UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA

"DIRITTI UMANI. TEORIA, STORIA E PRASSI"

XXXVIII Ciclo

Tesi di dottorato

La rilevanza penale del fattore culturale nella violenza di genere

Coordinatore

Ch.mo Prof. Antonio Cavaliere

Candidata

Dott.ssa Ilaria Iovinella

Tutor

Ch.ma Prof.ssa Valentina Masarone

Anno Accademico 2024/2025

Alla mia mamma e a tutte le donne che hanno avuto
il coraggio di scegliere, perché grazie a loro
oggi posso scegliere anch'io

Alla mia "squadra", che abita il mio cuore,
alla quale dedico ogni traguardo e desiderio

INDICE

INTRODUZIONE 9

CAPITOLO 1

COORDINATE ANALITICHE: CONTENUTI E CONFINI DI "CULTURA" E "GENERE"

1. Coordinate iniziali 16

2. Il fattore culturale nel quadro criminologico 22

3. "Cultura": un preliminare distinguo di contenuto 27

3.1. Un tentativo di definizione su tre livelli 27

3.2. La rilevanza penale della subcultura 32

3.3. Il test culturale: la cultura dell'imputato sotto la lente dell'interprete 35

4. Multiculturalismo e femminismo: tensioni e conflitti 39

4.1. Nodi critici nel dibattito tra W. Kymlicka e S. M. Okin 39

5. Il femminismo giuridico e la violenza di genere 44

5.1. Dai profili di disuguaglianza di genere nella legislazione penale fascista… 47

5.2. … ai limiti del diritto penale nella tutela dell'uguaglianza di genere 52

6. Lo sguardo internazionale sulla violenza di genere 54

6.1. Le prime affermazioni sul piano internazionale 54

6.2. La definizione di genere: convenzioni internazionali e prospettive sociologiche 57

6.3. Entro i confini europei: la Convenzione di Istanbul 65

6.4. Oltre il confine europeo 67

6.4.1. I Paesi dell'America Latina 68

6.4.2. I Paesi Africani 70

6.4.3. I Paesi Islamici 71

7. Universalità delle tutele: chimera o realtà possibile? 75

7.1. Opportunità e limiti di un *interkulturelles Strafrecht* 77

8. Le direttive di ricerca 85

CAPITOLO 2

PER UN DIRITTO PENALE *GENDER-NEUTRAL*

1. I valori in gioco: uguaglianza e dignità 93

1.2. La tutela dell'identità culturale 98

2. Quale bene giuridico per un diritto penale genderizzato? 104

2.1. Bene giuridico e funzione della pena 107

2.2. Bene giuridico e sussidiarietà dell'intervento penale 110

2.3. Bene giuridico e populismo penale 112

3. Contraddizioni e limiti di un diritto penale genderizzato 114

3.1. Tentativi di declinazione in chiave personalistica 120

3.2. Sulla materialità di una tutela genderizzata 125

4. Il valore del pluralismo nella dimensione della violenza di genere per la Corte EDU 132

4.1. Profili di paternalismo penale 142

5. Quale neutralità per il diritto penale in uno stato pluralista? 147

5.1. La neutralità dei valori nella funzione general-preventiva positiva della pena 149

6. Conclusioni 155

CAPITOLO 3

DALLA VIOLENZA SULLE DONNE ALLA VIOLENZA DI GENERE: EVOLUZIONE E CRITICITÀ DEL QUADRO NORMATIVO

1. La prospettiva sovranazionale: il ruolo del fattore culturale nella tutela della donna vittima 158

1.1. La Direttiva (UE) 2024/1385 del Parlamento europeo e del Consiglio 161

2. La prospettiva nazionale: la logica emergenziale dietro il contrasto alla violenza nei confronti delle donne 165

2.1. Le misure "amministrative" di contrasto alla violenza di genere 176

3. Il femminicidio: vessillo della lotta penale alla violenza di genere 179

3.1. Etimologia di un fenomeno dai labili contorni 179

3.2. La donna nel sistema penale 181

3.3. L'art. 577-*bis* c.p.: il fatto tipico 185

3.4. Il profilo sanzionatorio 191

3.5. La costante del simbolismo populista 194

4. Femminicidio culturalmente motivato: il caso Hina Saleem 197

5. Prospettiva comparata: il femminicidio in Argentina 205

5.1. Dal femminicidio ai femminicidi: contenuti e differenze 208

5.1.1. Il femminicidio in senso stretto e il femminicidio intimo: una preliminare distinzione alla luce della violenza di genere (art. 80 n. 11 e 1 *cod. pen.*) 209

5.1.2. Il crimine d'odio di genere e il *femminicidio vinculado* (art. 80, n. 4 e 12 *cod. pen.*) 212

5.2. Fino ai confini del concetto di genere: il caso Sacayán 215

5.2.1. La doppia condanna del *Tribunal Oral* 215

5.2.2. Il cambio di rotta nelle conclusioni della *Cámara Nacional de Casación*..... 217

5.3 Il paradosso del panpenalismo..... 221

6. Conclusioni: la dimensione extrapenale quale sede di adeguato riconoscimento del fattore di genere..... 222

6.1. Il fronte penale: valorizzazione del legame affettivo con l'autore e della vulnerabilità della vittima..... 223

6.2. Il fronte extrapenale: l'investimento vincente..... 227

6.3. Misure extrapenali di tutela della donna migrante..... 229

CAPITOLO 4

IL FATTORE CULTURALE NELLA STRUTTURA DEL REATO: PROFILI DOMMATICI E INCIDENZA DEL MOTIVO DI GENERE

1. Il fattore culturale nella tipicità..... 234

1.1. Le mutilazioni genitali femminili..... 234

1.1.1. Le differenze con la circoncisione maschile..... 237

1.1.2. La struttura della fattispecie *ex* art. 583-*bis* c.p. 240

1.1.3. Un primo bilancio..... 245

1.2. La costrizione o induzione al matrimonio..... 249

1.2.1. Il matrimonio "forzato" penalmente rilevante..... 252

1.2.2. La struttura della fattispecie *ex* 558-*bis* c.p. 256

1.2.3. Diritto vivente: un altro bilancio dai medesimi esiti..... 258

1.3. Gli elementi culturalmente connotati nelle principali ipotesi di violenza di genere..... 263

1.3.1. Gli atti sessuali..... 264

1.3.2. Il "mal-trattamento"..... 268

1.4. Il fattore culturale nella coscienza dell'offesa 273

2. Il fattore culturale nell'antigiuridicità 281

2.1. Il consenso dell'avente diritto nella struttura del reato 283

2.1.1. Il consenso alla lesione di beni indisponibili 285

2.1.2. L'indisponibilità del bene e la ritrovata centralità del titolare 289

2.2. L'art. 51 c.p. alla prova dei c.d. diritti culturali 292

2.2.1. Lo *jus corrigendi* tra aperture del passato e resistenze attuali 294

2.2.2. L'errore culturalmente motivato sulla scriminante *ex* art. 51 c.p. 297

2.3. Il potere punitivo come espressione del patriarcato e i suoi "correttivi": critica alla *battered woman defense* 301

2.3.1. L'attualità dell'offesa nell'ordinamento argentino 305

2.3.2. La giustificazione illegittima dell'omicidio del tiranno domestico 309

3. Il fattore culturale nella colpevolezza 312

3.1. L'*ignorantia legis* dopo la storica sentenza n. 364/1988 312

3.1.1. I criteri per valutare l'evitabilità dell'errore sul precetto 318

3.1.2. Applicazioni "discriminatorie" 320

3.2. Premesse a un discorso intorno all'esigibilità 325

3.2.1. Alle origini della categoria dell'esigibilità 328

3.2.2. L'irrisolto problema dei criteri di riferimento 334

3.2.3. Le riserve in ordine ad una deriva etica dell'esigibilità 337

3.2.4. Un bilancio provvisorio 340

3.2.5. Appendice: l'*error culturalmente condicionado* nella sistematica di E. R. Zaffaroni 342

3.3. La dimensione motivazionale 345

3.4. Il riconoscimento del fattore culturale nella determinazione della risposta sanzionatoria 353

CONCLUSIONI 360

BIBLIOGRAFIA 371

INTRODUZIONE

Il presente studio nasce dall'intersezione di due ambiti che, negli ultimi anni, sono stati posti al centro del dibattito penalistico, e non solo: quello dell'immigrazione e quello della violenza di genere.

Il punto di tensione da cui prende avvio l'indagine si colloca tra la rivendicazione dell'uguaglianza di genere, propria dei movimenti femministi di moderna affermazione, e l'approccio multiculturalista, orientato all'integrazione tra culture. In particolare, emerge il problema del riconoscimento delle identità culturali, che nel sistema penale si intreccia con la tematica dei c.d. reati culturalmente motivati, rispetto ai quali viene in rilievo l'incidenza che la cultura d'origine dell'agente ha avuto nel processo di commissione del reato. Se tali aspetti possono essere valorizzati in un'ottica di riduzione o di esclusione della sanzione penale, in coerenza con la funzione di integrazione sociale della pena e con il principio costituzionale di uguaglianza, questa prospettiva deve, però, confrontarsi con il rischio di "autorizzare" la perpetuazione di modelli socioculturali di dominio e di oppressione delle donne, suscettibili di tradursi in lesioni di beni fondamentali della persona.

Di fronte all'alternativa tra lasciare il fattore culturale nell'indifferenza del diritto oppure aggravare la risposta sanzionatoria per espellere determinati modelli da un ordinamento fondato sulla dignità della persona e sull'uguaglianza di genere *ex* artt. 2 e 3 Cost., si dipana una terza via, che consiste nel mantenere fermi sia l'approccio multiculturalista sia la tutela dei beni fondamentali della persona e, al contempo, nell'evitare che il richiamo al fattore culturale si traduca in un'automatica giustificazione di pratiche discriminatorie, finendo per legittimarle.

In un sistema fondato sul principio di personalità della responsabilità penale, infatti, non è ammissibile relegare il fattore culturale alla frontiera dell'indifferenza, senza procedere ad una valutazione in concreto dell'incidenza che la cultura dell'agente abbia avuto sulla rappresentazione del fatto o della sua illiceità. Da qui l'esigenza di analizzarne la possibile collocazione all'interno della struttura del reato, anche quando siano in gioco diritti fondamentali: il richiamo operato dalla giurisprudenza allo 'sbarramento invalicabile' dei diritti fondamentali, escludendo che il sistema penale possa abdicare «in ragione del rispetto di tradizioni culturali, religiose o sociali alla

punizione di fatti che colpiscano o mettano in pericolo beni di maggiore rilevanza»[1], non può tradursi in un sacrificio di garanzie ineliminabili dell'imputato a beneficio di un'ipertutela della vittima.

Sotto quest'ultimo profilo, si intrecciano un diritto penale orientato al tipo d'autore e un diritto penale orientato al tipo di vittima, i quali tendono a generare, tanto nella prassi applicativa quanto nella produzione normativa, dinamiche poco rispettose dei principi cardine del sistema.

L'immigrazione e la violenza di genere, infatti, vengono in rilievo come ambiti paradigmatici di «perenne emergenza»[2], nei quali il legislatore interviene sull'insicurezza percepita dai consociati, amplificata dai mezzi di comunicazione di massa, traducendola in norme incriminatrici ispirate a logiche di 'tolleranza zero'. Ne deriva la costruzione di figure di 'nemici' funzionali a placare l'allarme collettivo, senza incidere sulle cause del fenomeno criminoso attraverso interventi capaci di promuovere un reale cambiamento strutturale ed un riequilibrio tra poli contrapposti della società, la cui tensione alimenta le dinamiche di violenza e abuso.

Da un lato, infatti, il carattere pluralista della Carta costituzionale ha portato le istituzioni a confrontarsi con il tema del trattamento degli stranieri presenti sul territorio nazionale in relazione alla commissione di fatti previsti dall'ordinamento italiano come reato. L'atteggiamento del legislatore si è tuttavia orientato, in larga misura, verso la criminalizzazione dell'immigrazione irregolare ed un approccio di chiusura con conseguente rigetto di pratiche culturali che incidano su categorie vulnerabili, quali donne e minori.

Dall'altro lato, il fenomeno della violenza di genere ha contribuito alla costruzione di nuovi nemici pubblici contro cui mobilitare l'armamentario penale: l'uomo violento, il padre-padrone maltrattante, lo stupratore e, da ultimo, il femminicida. Questa contrapposizione tra donna-vittima e uomo-carnefice ha alimentato una specifica narrazione della 'violenza di genere', che rinvia a condotte lesive dell'integrità psicofisica e sessuale, motivate da una discriminazione fondata sul genere, inteso quale insieme di ruoli e attributi socialmente costruiti. Nel dibattito

[1] Cass. pen. sez. III, 20 novembre 2019 (dep. 26 febbraio 2020), n. 7590, in *IUS Penale*.
[2] L'espressione è mutuata dal titolo della celebre monografia di S. MOCCIA, *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 1995.

pubblico e giuridico, tale concetto tende a sovrapporsi a quello di 'violenza sulle donne basata sul genere', come definita dalla Convenzione di Istanbul del 2011 all'art. 3, comma 1, lett. a), quale violazione dei diritti umani e forma di discriminazione che comprende tutti gli atti di violenza idonei a provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica.

È proprio tale sovrapposizione che ha contribuito, al culmine di un progressivo susseguirsi di riforme, caratterizzate dalla criminalizzazione innecessaria di condotte già presidiate da tutela penale e da un costante inasprimento sanzionatorio, all'introduzione, con la l. 2 dicembre 2025, n. 181, di una disciplina espressa del femminicidio quale fattispecie autonoma *ex* art. 577-*bis* c.p., nonché della discriminazione e dell'odio di genere nei confronti delle donne quale circostanza aggravante in relazione ad una serie di reati. Questi ultimi, prevalentemente lesivi dell'integrità psicofisica e della libertà sessuale, erano già considerati espressione della violenza contro le donne, in quanto oggetto di interventi legislativi che dichiaratamente miravano a contrastare tale fenomeno. Solo a partire dalla riforma del 2025, tuttavia, essi vengono espressamente qualificati come manifestazioni di violenza di genere, laddove risultino essere atti di odio, discriminazione, prevaricazione, controllo, possesso o dominio in quanto donna, ovvero connessi al rifiuto della stessa di instaurare o mantenere una relazione affettiva o, ancora, come atti di limitazione delle sue libertà individuali.

Non stupisce, dunque, che con riferimento alla violenza di genere, rispetto alle "4P" (prevenzione, persecuzione dei colpevoli, protezione e politiche integrate) individuate dalla Convenzione di Istanbul, la retorica dell'emergenza abbia finito per legittimare un sistema fondato in larga parte sulla deterrenza, trasformando la questione in un problema di sicurezza.

Muovendo dunque dal presupposto che violenza di genere ed immigrazione non costituiscono fenomeni emergenziali, bensì strutturali, e che il legislatore italiano ha privilegiato un approccio di matrice prevalentemente giustizialista, l'oggetto della presente analisi rappresenta un tentativo di rispondere, sotto il profilo penalistico, al seguente interrogativo: il multiculturalismo è un male per le donne?[3] In altri termini, un approccio multiculturalista, coerente con i principi costituzionali, è compatibile con la

[3] È la domanda che dà il titolo al saggio di S. M. OKIN, *Is Multiculuralism Bad for Women?,* Princeton 1999, tradotto congiuntamente ad altri saggi in J. COHEN, M. HOWARD, M. C. NUSSBAUM (a cura di), *Diritti delle donne e multiculturalismo*, (ed. italiana a cura di A. BESUSSI, A. FACCHI), Milano 2007.

lotta alla violenza contro le donne, quando siano pratiche culturali integranti reato a perpetuare modelli oppressivi e discriminatori?

Se la cultura dello straniero viene spesso rappresentata come primitiva o arretrata, in contrapposizione a quella europea/occidentale, assunta quale modello di progresso, le donne migranti sono a loro volta descritte come vittime da salvare dallo straniero (che nella narrazione giustizialista non risparmia neppure le "nostre" donne). Esse finiscono così per essere osservate attraverso una duplice lente di subordinazione, di genere e razziale. In contrasto con tale impostazione, l'analisi adotta, specularmente, un approccio intersezionale, volto a cogliere la specificità della condizione della donna migrante, in un'ottica di tutela, tenendo conto della pluralità di fattori di vulnerabilità che la caratterizzano e che, in parte, possono essere condivisi anche con l'autore della condotta (partner, marito o familiare) appartenente al medesimo contesto culturale. Tale prospettiva mira a superare generalizzazioni relative al genere e all'esperienza femminile, valorizzando, di volta in volta, le diverse dinamiche socio-culturali che vengono in rilievo.

Il primo capitolo traccia, dunque, le coordinate generali, anche extrapenali, dell'indagine, evidenziando l'utilità di collocarla in un sistema di scienze penalistiche integrate, nel quale non possono essere ignorate le dimensioni empiriche e l'interdisciplinarietà nello studio del fenomeno in esame.

L'analisi si svilupperà sia nella identificazione del 'fattore culturale', al fine di evidenziarne, nel corso della trattazione, il ruolo nel sistema penale, sia nella delimitazione del concetto di genere, rilevante rispetto alla tipologia di delitti considerati. Sotto il primo profilo, l'analisi si concentra sulle diverse dimensioni e sui livelli in cui si articola il concetto di cultura: con l'obiettivo di individuare, in linea con l'orientamento prevalente in dottrina, una nozione penalmente rilevante di cultura, idonea a delimitare un ambito caratterizzato da marcata indeterminatezza e da contorni particolarmente labili. Con riguardo, invece, al tema della violenza e della discriminazione di genere, si prenderanno in esame sia il processo di emersione e di presa d'atto nella coscienza sociale del fenomeno, anche grazie al contributo del femminismo giuridico, sia il progressivo riconoscimento, in ambito internazionale, della necessità di contrastare il fenomeno discriminatorio.

Infine, nell'inquadramento generale dell'intersezione tra multiculturalismo e femminismo, si procederà a mettere in luce i principali punti di tensione tra i due contesti, fino ad esaminare opportunità e criticità di un diritto penale interculturale.

Nel secondo capitolo si affronta, invece, il problema della possibilità di configurare una tutela penale rafforzata in ragione del genere, muovendo dalla considerazione secondo cui non possono essere previste discipline differenziate o nuove incriminazioni se non in presenza di un bene giuridico meritevole di tutela, idoneo a giustificare l'intervento penale.

In tale prospettiva, si analizza la percorribilità dell'individuazione di un bene giuridico riconducibile all'uguaglianza di genere, che possa fungere da fondamento per un diritto penale "genderizzato". L'analisi circa la percorribilità di tale ricostruzione viene posta a confronto con i valori cardine del sistema penale, non solo con riferimento ai principi di necessità e offensività, ma anche alla luce della funzione della pena quale integrazione sociale e della centralità della persona nel sistema costituzionale.

Su tali basi, ci si interroga sulla compatibilità di un simile modello con i caratteri propri del sistema penale in uno Stato sociale di diritto, verificando se e in quale misura esso possa conciliarsi con un sistema connotato da neutralità e laicità. Si procede pertanto a declinare i tratti di tale neutralità, al fine di individuare le coordinate entro cui leggere e disciplinare le lesioni dei diritti fondamentali della persona, anche quando esse si inseriscano in una dimensione discriminatoria e culturalmente connotata.

Esclusa la percorribilità di un diritto penale "genderizzato", nel terzo capitolo si procede a tracciare il quadro normativo della c.d. violenza di genere, tanto in prospettiva sovranazionale quanto in quella nazionale. In particolare, viene ricostruito l'*iter* evolutivo che ha condotto all'adozione della l. n. 181/2025, primo intervento normativo che consente di parlare compiutamente di una "normativizzazione" della violenza di genere.

L'analisi si sofferma in chiave critica proprio sull'introduzione del delitto di femminicidio, esaminato, in prospettiva comparata, anche nell'ordinamento argentino, il quale, pur non prevedendo una fattispecie autonoma, disciplina il fenomeno attraverso circostanze aggravanti costruite secondo logiche in parte analoghe a quelle adottate dal legislatore italiano. Nelle more delle prime applicazioni della disciplina italiana, il

raffronto comparatistico si ritiene infatti funzionale ad evidenziare le criticità emerse, in sede applicativa, nell'esperienza argentina.

Il capitolo si conclude con alcune riflessioni *de iure condendo* in ordine a una possibile riforma della materia, muovendo dall'abrogazione sia della fattispecie autonoma di femminicidio sia delle aggravanti di genere. In tale prospettiva, si offre, altresì, un quadro sintetico delle principali alternative di intervento di natura extrapenale, ritenute preferibili, sul piano della prevenzione, alla luce del principio di necessità del diritto penale.

Infine, il quarto capitolo analizza i possibili profili di rilevanza del fattore culturale nei tre livelli del reato: tipicità, antigiuridicità e colpevolezza/responsabilità personale.

Tale indagine è condotta con specifico riferimento all'autore culturalmente motivato di delitti riconducibili alla dimensione della violenza di genere: ci si riferisce, cioè a quelle fattispecie che incidono primariamente su beni fondamentali della persona, quali la vita, l'integrità fisica, l'autodeterminazione sessuale, sulle quali si innesta una componente discriminatoria dotata, a sua volta, di una significativa connotazione culturale.

Con riguardo al primo livello del reato, l'analisi si concentra anzitutto sulle fattispecie culturalmente pregnanti, quali le mutilazioni genitali femminili e i matrimoni forzati, nelle quali la dimensione culturale risulta strettamente intrecciata con quella di genere. In secondo luogo, si esaminano gli elementi culturalmente connotati all'interno di fattispecie riconducibili alla medesima area, quali gli atti sessuali *ex* art. 609-*bis* c.p. e ss. e maltrattamenti *ex* art. 572 c.p. Su tali basi, segue una prima riflessione sulla coscienza dell'offesa alla luce del fattore culturale, considerando come essa si collochi tra la percezione immediata della lesione di beni fondamentali e la variabilità, culturalmente determinata, del disvalore connesso alla componente discriminatoria.

Nel quadro dell'antigiuridicità, l'attenzione si concentra principalmente su due profili: il consenso dell'avente diritto, *ex* art. 50 c.p., e l'esercizio di un diritto, *ex* art. 51 c.p., quali ambiti nei quali emerge con particolare evidenza il problema della rilevanza del movente culturale. In tale contesto, L'analisi è altresì orientata a verificare la possibilità di declinare le cause di giustificazione non tanto a favore dell'autore

culturalmente motivato, quanto piuttosto in favore della vittima. A tal fine, si affronta, anche in prospettiva comparata, il tema della legittima difesa nella peculiare ipotesi della reazione omicidiaria della donna vittima di violenza nei confronti del c.d. "tiranno domestico", con riferimento al dibattito sviluppatosi intorno alla *battered woman defense*.

Quanto, infine, al piano della responsabilità personale, l'indagine si articola lungo due direttrici principali: da un lato, l'ipotesi dell'agente culturalmente motivato inconsapevole del disvalore giuridico della propria condotta, rispetto al quale viene il rilievo la tematica dell'ignoranza della legge penale *ex* art. 5 c.p.; dall'altro, quella dell'agente consapevole dell'illiceità, ma rispetto al quale risulti compromessa l'esigibilità di un comportamento alternativo lecito in ragione del condizionamento culturale. È proprio all'intersezione tra queste due dimensioni, alla luce della graduabilità della responsabilità personale, che viene valorizzato l'istituto dell'inesigibilità ed emerge la categoria delle 'quasi scusanti', sulla quale si tornerà in sede di conclusioni.

Nella prospettiva delineata, l'analisi è dunque orientata a una ricostruzione della responsabilità penale che sia al contempo personale e umana, capace di tenere conto non solo della funzione di integrazione sociale della pena, ma anche del principio di uguaglianza sostanziale e delle altre garanzie proprie dello Stato sociale di diritto.

CAPITOLO 1

COORDINATE ANALITICHE: CONTENUTI E CONFINI DI "CULTURA" E "GENERE"

---

1. Coordinate iniziali

La costruzione sociale del genere, plasmata secondo il paradigma patriarcale, ha storicamente attribuito ruoli distinti a uomini e donne, collocando i primi in una posizione di predominio e relegando le seconde ad una condizione subordinata. È dalla mancata consapevolezza di questa asimmetria che trae origine il dibattito intorno alla violenza contro le donne, definita significativamente "violenza di genere": un fenomeno che affonda le sue radici proprio nella marginalizzazione del soggetto femminile e nella legittimazione di forme di dominio maschile, in ragione dei ruoli sociali rispettivamente attribuiti.

È una storia antica, che attraversa il diritto greco e romano[1], secoli di storia[2], fino alla criminologia positivista di Cesare Lombroso[3]: in nessuno di questi passaggi è la

[1] Per approfondimenti si veda *ex multiis*, E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno: Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Milano 2013; ID., *Gli inganni di Pandora. L'origine delle discriminazioni di genere nella Grecia antica*, Milano 2019.

[2] E. R. ZAFFARONI, *La muyer y el poder punitivo*, in *Revista Boliviana de Ciencias Penales*, n. 4/1995, pp. 153-158, ricostruisce la storia della subordinazione della donna, individuandone il principale momento di consolidamento nel Medioevo, con la consacrazione del potere punitivo. Il filo conduttore della storia di oppressione femminile, infatti, che trova un ulteriore momento di "splendore" nel secolo scorso, fino alla fine della Seconda Guerra Mondiale, segue l'affermazione del modello corporativo della società, il cui principale strumento è stato, non a caso, il potere punitivo. Ed è attraverso quest'ultimo che si instaura una civiltà gerarchica, regolata da un potere di vigilanza funzionale al mantenimento dell'ordine sociale costituito. L'Autore sostiene che il potere punitivo non sia esercitabile indistintamente dall'uomo e dalla donna, ma che sia, invece, strutturalmente vincolato alla dominazione del primo sulla seconda. Sarebbe soltanto mediante la riduzione e il contenimento di questo potere che la donna può superare la sua posizione subordinata, e non, invece, rivendicandone l'esercizio.

[3] G. SMAUS, *Io sono io. Per una criminologia critica femminista,* (ed. a cura di) J. FEST, B. PALI, H. J. TRENZ, Roma 2024, p. 51, sottolinea come «a non trovare comprensione sono solo le donne che con il loro comportamento deviante si discostano non solo dal lato del "dovere" del ruolo femminile, ma anche dalla devianza femminile, per così dire, attesa. Il genere di devianza dal ruolo è prescritto quanto il ruolo stesso». A partire da tali premesse, emerge la necessità di una criminologia femminista, che sia in grado di mettere in dialogo l'applicazione del diritto penale con una nuova considerazione del femminile; per E. R. ZAFFARONI, *El discurso feminista y el poder punitivo*, in H. BIRGIN (a cura di), *El género del derecho penal. Las trampas del poder punitivo*, Buenos Aires 2000, pp. 29-28, attraverso la criminologia di Lombroso si afferma e si consolida una criminologia patriarcale, che usa la scienza come giustificazione dell'esclusione e del controllo delle donne. L'autore traduce in stereotipi criminali le discriminazioni proprie delle minoranze dominanti, e quella femminile non costituisce un'eccezione. Per approfondimenti C. LOMBROSO, G. FERRERO, *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, Torino-Roma 1893, pp. 182 ss., secondo gli Autori, la donna si caratterizza per una inferiorità intellettuale e morale, frutto di un adattamento evolutivo che ne ha offuscato le facoltà mentali, allontanandola dal crimine, ma avvicinandola alla menzogna e alla seduzione. Alla luce di tali premesse, gli Autori leggono il tasso di

differenza biologica tra uomo e donna a fondare la loro disuguaglianza, bensì è la lettura sociale e culturale della differenza che ha generato, e tutt'ora riproduce, discriminazioni sistemiche. Da questa consapevolezza si è sviluppato un discorso giuridico e sociale fondato sull'idea di uguaglianza di genere e pari opportunità. Il femminismo si è progressivamente diffuso in ogni ambito della vita sociale, evolvendosi parallelamente alle rivendicazioni che hanno portato a un sempre più consapevole riconoscimento dell'urgenza di una vera e propria questione femminile: se negli anni '50 del secolo scorso l'obiettivo era il suffragio universale, oggi, in una società in cui l'accesso al lavoro è formalmente riconosciuto ad ogni donna, si parla di parità salariale; nell'epoca della liberazione dei corpi, il tema centrale diventa l'autodeterminazione sessuale, accompagnato da un nuovo ruolo della donna nella sfera familiare e sociale, frutto di un processo di rinascita individuale, e così via.

Alla luce di tutto ciò, non stupisce che anche il diritto penale, storicamente principale contenitore delle paure collettive e delle tensioni sociali più profonde, sia stato chiamato a confrontarsi con il tema. Tuttavia, a guidare il confronto è spesso una classe politica impreparata ad affrontare le emergenti sfide culturali e sociali, scegliendo un approccio che resta prevalentemente emergenziale e securitario: alla violenza "di genere" si risponde con l'aumento delle pene, con il rafforzamento di misure cautelari, con interventi legislativi di carattere squisitamente punitivista, come si avrà modo di specificare nel corso della trattazione. Si preferisce agire sul piano repressivo anziché investire sulla prevenzione del crimine sul piano extrapenale, mediante, ad esempio, la promozione di un'educazione sessuale articolata in età scolastica, di politiche antidiscriminatorie sui luoghi di lavoro e di strumenti di promozione dell'autonomia femminile (principalmente economica). Ricorrendo, invece, esclusivamente al potere punitivo, in modo da alimentare il risentimento sociale in tema di discriminazioni di genere, piuttosto che incidere concretamente sul riequilibrio degli assetti discriminatori consolidati all'interno della società, si plasma un nuovo "nemico pubblico"[4]: l'uomo

criminalità femminile, inferiore a quello maschile, come una minore propensione della donna al delitto, dovuta proprio alla sua inferiorità rispetto all'uomo.

[4] T. PITCH, *Il malinteso della vittima*, Torino 2022, pp. 49-50, nell'ambito di processi di criminalizzazione della marginalità sociale: «Le donne sono il primo Altro degli uomini e nell'immaginario maschilista sono le depositarie insieme del passato e del futuro, delle tradizioni e dell'identità della nazione (…) si tratta, per i Veri Uomini, di difenderle dall'assalto dei barbari (gli immigrati) e in tal modo preservare la comunità dal contagio e dalla dissoluzione».

violento e sessista, bersaglio ideale del giustizialismo penale, soprattutto quando non è italiano, quando agisce secondo codici culturali "altri" rispetto a quelli occidentali[5].

In questa (volutamente provocatoria) rappresentazione del contesto contemporaneo, un aspetto di particolare interesse sorge dall'intersezione del femminismo, inteso come movimento di riconoscimento di eguaglianza e pari dignità della donna, con il multiculturalismo. A prima vista essi sembrerebbero guardare nella medesima direzione, alla tutela del genere oppresso l'uno e delle minoranze culturali l'altro, ragion per cui tali istanze trovano riconoscimento anche nella Costituzione italiana, nei termini che verranno di seguito esposti. Ma *quid iuris* se la cultura minoritaria si presenta come oppressiva nei confronti della donna? In questi casi, proteggere la cultura significa, indirettamente, proteggere pratiche discriminatorie, inerenti, ad esempio, al controllo sulla sessualità e sul corpo femminile?[6]

Il nodo centrale, pertanto, non è (solo) stabilire se e in che misura la cultura dell'autore rilevi nella commissione del reato, bensì riconoscere che la violenza di genere costituisce un fenomeno trasversale, che attraversa culture e strutture sociali differenti[7]. Non si tratta dunque di un mero costume circoscritto, ma di una realtà che assume forme diverse a seconda della cultura di provenienza dell'autore e che, proprio per questo, pone al diritto penale questioni nuove e complesse, in un contesto di costante mutamento. Ne deriva una tensione sistemica che si ricollega, e in parte trascende, il tema dei cosiddetti "reati culturalmente motivati", imponendo una riflessione sulle molteplici declinazioni del fattore culturale, ciascuna delle quali può assumere diversa rilevanza ai fini dell'imputazione della responsabilità penale.

---

[5] Sulla lunga storia della «saldatura narrativa tra elementi di alterità razziale e di criminalità», A. SBRACCIA, *Pericolosi e funzionali, gli stranieri nel pensiero socio-criminologico*, in F. CURI, F. MARTELLONI, A. SBRACCIA, E. VALENTINI, *I migranti sul sentiero del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici*, Torino 2020, pp. 3-48, in cui si denuncia anche la vittimizzazione istituzionale subita dai migranti, in ordine alla sovrarappresentazione degli stranieri nelle carceri. Ciò è in parte dovuto, si segnala, a specifiche opzioni di politica criminale orientate ad un securitarismo "del nemico", che non mettono in luce i fattori culturali che incidono sulle valutazioni giudiziali relative alle misure cautelari e alternative alla detenzione (l'assenza di un contratto di lavoro stabile, la presenza della famiglia sul territorio nazionale, una residenza non stabile).

[6] S.M. OKIN, *Feminism and Multiculturalism: Some Tensions*, in *Ethics*, vol. 108, n. 4/1998, pp. 661-684; efficace l'immagine "familiare" suggerita da O. DI GIOVINE, *Multiculturalismo e violenza contro le donne*, in *Arch. Pen*., vol. 70, n. 1/2018, p. 120, in riferimento ai nodi problematici che una politica di mera tolleranza non è riuscita a sciogliere: «Il multiculturalismo ha cominciato a "litigare" con altri "figli" del liberalismo. In particolare, nonostante condividessero gran parte del patrimonio genetico, è entrato in conflitto con sua "sorella" femminismo, dotata di analogo appeal e latrice di argomenti non meno convincenti».

[7] P. BORDIEU, *Il dominio maschile*, Milano 1998, pp. 97 ss.

In termini essenziali, le condotte culturalmente motivate, infatti, si caratterizzano da un lato per la loro rilevanza penale, in quanto lesive di beni giuridici tutelati dall'ordinamento, e dall'altro per il legame con l'appartenenza dell'autore a un gruppo culturale, che può approvare, giustificare o persino incoraggiare tali condotte[8]. Le implicazioni dommatiche di tale assetto saranno approfondite nel prosieguo della trattazione; allo stato, basti sottolineare che, di fronte a tali fenomeni, il sistema penale si trova a confrontarsi con l'incontro-scontro tra due dimensioni: da un lato quella culturale, che informa l'agire dell'autore, dall'altro quella ordinamentale, che predispone strumenti di tutela del bene giuridico leso[9].

La stessa concezione della violenza contro le donne come fenomeno da contrastare è, di per sé, il prodotto di una specifica elaborazione culturale[10]. Condotte che nell'ordinamento italiano assumono rilievo penale, in quanto lesive di beni giuridici ritenuti meritevoli di tutela, possono infatti collocarsi, in altri contesti culturali e giuridici, all'interno di modelli comportamentali socialmente accettati. Ne deriva una dimensione fortemente segnata dal fattore culturale, che pone rilevanti problemi di delimitazione per il diritto penale. Ne consegue che la questione diventa ancor più delicata quando comportamenti oppressivi e discriminatori nei confronti di un gruppo

---

[8] C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa 2010, p. 30, riprendendo J. VAN BROECK, *Cultural Defense and Culturally motivated Crimes (Cultural Offenses)*, in *Eur. J. Crime, Crim. L. & Crim. J.*, vol. 9, 2001, p. 31, definisce il reato culturalmente motivato come «un comportamento realizzato da un soggetto appartenente ad un gruppo etnico di minoranza, che è considerato reato dalle norme del sistema della cultura dominante. Lo stesso comportamento, nella cultura del gruppo di appartenenza dell'agente, è invece condonato, accettato come normale, o è approvato, o, in determinate situazioni, è addirittura imposto»; analogamente riprende e condivide tale definizione F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano 2010, pp. 41-42.

[9] È il *Liberals' Dilemma* di D. LAMBELET COLEMAN, *Individualizing Justice through Multiculturalism: The Liberals' Dilemma*, in *Columbia Law Review,* vol. 96, n. 5/1996, pp. 1144 ss., tale dilemma viene dall'A. sciolto attraverso un bilanciamento tra esigenze contrapposte, evidenziando l'ingiustificabilità, anche alla luce del multiculturalismo, di pratiche che ledono i diritti conquistati da donne, bambini e minoranze. Da ciò deriva la conclusione secondo cui la *cultural defense* risulta incompatibile con questi valori, in quanto rischia di legittimare violenze di genere come le mutilazioni genitali femminili o i matrimoni forzati.

[10] J. C. CAMPBELL, *Beating of Wives: A Cross-Cultural Perspective*, in *Victimology*, 1985 (10), pp. 174-185, analizza le variabili che possono influenzare la presenza degli abusi coniugali in una determinata cultura. Da tale indagine emerge come tali comportamenti possano certamente rappresentare un'espressione individuale di ostilità nei confronti delle donne, manifestandosi tanto in aggiunta quanto in alternativa a forme di aggressione istituzionalizzate proprie di quello specifico contesto culturale. Accanto a dimensioni "individuali", nelle quali la violenza si configura ad esempio come strumento di controllo personale o espressione di gelosia sessuale, si riscontrano, infatti, anche manifestazioni di carattere sociale proprie di un determinato contesto, quali l'esclusione delle donne dalla sfera pubblica, una concezione della virtù femminile come elemento strettamente connesso all'onore della famiglia allargata e della comunità.

minoritario si sviluppano all'interno di un'altra minoranza, i cui riferimenti valoriali non coincidono pienamente con quelli dell'ordinamento ospitante.

A ciò si aggiunga che l'intensità del rilievo attribuito dall'ordinamento alla dimensione culturale dipende in larga misura dal modello di gestione della questione multiculturale adottato, di tipo assimilazionista o, al contrario, multiculturalista. Il modello multiculturalista "all'inglese" si caratterizza per una «concezione sostanziale dell'uguaglianza»[11], in quanto orientato all'accoglimento e all'integrazione delle diverse identità culturali, soprattutto sul piano extrapenale, mediante l'adozione di politiche orientate al pluralismo, consistenti, ad esempio, nell'assicurare alle minoranze l'accesso all'impiego e all'istruzione, adattando conseguentemente i programmi scolastici alla varietà delle culture di provenienza. Di contro, il modello assimilazionista-integrazionista si caratterizza per un'impostazione insensibile al fattore culturale, costruita intorno al richiamo al principio di eguaglianza formale[12]. Un esempio emblematico è rappresentato dal sistema francese, che adotta un modello di integrazione "coatta"[13], imponendo agli immigrati un processo di assimilazione alla cultura del Paese ospitante, ben potendo determinare, come estrema conseguenza di fatto, la rinuncia alla propria identità culturale d'origine.

La risposta dell'ordinamento può, inoltre, assumere orientamenti differenti: talvolta improntati a maggiore tolleranza nei confronti di determinate condotte, già di per sé controverse sotto il profilo dell'offensività[14], talaltra più rigorosi, in ragione del bene

[11] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pp. 60-61; A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino 2006, p. 94, sottolinea come l'esclusione della punibilità in ragione del fattore culturale rischi di configurarsi come una disparità di trattamento tra consociati, difficilmente conciliabile con la dimensione formale del principio di uguaglianza, la quale non può essere sacrificata in nome della sua componente sostanziale; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., pp.73 ss., distingue dal modello della *cultural defense*, il multiculturale forte, idoneo anche ad escludere la responsabilità del *cultural offender*, un modello multiculturale debole diffuso principalmente negli USA. Le corti statunitensi hanno, infatti, sviluppato un modello intermedio, volto a bilanciare il rispetto dei principi del diritto penale con l'apertura alla diversità culturale. In questo contesto, emerge la *cultural evidence*: una strategia processuale utilizzata dalla difesa per introdurre elementi culturali che possano incidere sulla responsabilità dell'imputato, attraverso il riconoscimento di cause di non punibilità tradizionali (come l'incapacità di intendere e di volere o l'errore di fatto), nonché fungere da attenuante o influenzare il giudizio di pena. Diversamente, la *cultural defense* non è formalmente riconosciuta nel sistema nordamericano, o meglio, è diffusa solo in dottrina, in quanto l'approccio prevalente è ancora quello della mediazione rivolta all'integrazione.

[12] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., pp. 57-60.

[13] C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 32.

[14] A. BERNARDI, *Modelli penali*, cit*.,* p. 97; ID., *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino 2010, p. 39; è il caso dell'indiano *sikh* e del suo *kirpan*: «La pretesa culturalmente fondata di soggetti appartenenti ad un dato gruppo minoritario non sembra implicare il sacrificio di nessun bene/interesse significativo né

giuridico coinvolto[15]. Si pensi, in tal senso, alla distinzione operata dalla giurisprudenza italiana tra i cosiddetti reati artificiali e i reati naturali[16]. L'oggetto della presente trattazione concerne, tuttavia, condotte violente che incidono su beni di primaria importanza per l'ordinamento giuridico, quali l'integrità fisica, l'integrità morale e l'autodeterminazione sessuale. Non vi è dubbio che i diritti fondamentali costituiscano un limite insuperabile alla tolleranza, poiché la loro tutela rappresenta il punto di approdo di tutti i limiti garantisti del diritto penale[17]. La questione centrale non riguarda, dunque, l'esistenza di tali limiti, bensì la loro concreta configurazione, che non può prescindere da una valutazione del fattore culturale. Ignorare le possibili declinazioni penalistiche della dimensione culturale, infatti, rischia di condurre verso una deriva assimilabile al c.d. diritto penale del nemico[18], in cui l'immigrato appartenente a una cultura diversa viene ridotto a null'altro che allo stereotipo del "mostro stupratore" o del "marito selvaggio" che maltratta la moglie.

Si precisa, in via preliminare, di condividere l'impostazione di autorevole dottrina, che ha escluso la possibilità di ricondurre nell'alveo dei reati culturalmente motivati quelli commessi in forza di un movente esclusivamente di genere, quando, cioè, non accompagnato da un fattore idoneo a configurare un effettivo conflitto tra culture[19]. Sotto questo aspetto, l'indagine sulla cultura di provenienza del soggetto ben si presta a tradursi in un accertamento delle dinamiche personali dell'agente, tali da svuotare di

---

per altri membri di tale gruppo né per i membri di eventuali gruppi antagonisti, né per gli appartenenti al gruppo culturalmente maggioritario, né per la società nel suo complesso».

[15] A. BERNARDI, *Il "fattore culturale",* cit., pp. 27 ss. parla di "ondivaga" rilevanza del fattore culturale, condizionata principalmente da quattro ragioni: quelle di stampo politico-ideologico, quelle d'ordine politico-criminale, quelle relative al "tipo di autore" (si pensi alla differenza tra un membro di un popolo originario che insiste su un territorio "storicamente proprio" e l'immigrato) e al tipo di reato, principalmente in riferimento al tipo di beni giuridici coinvolti.

[16] È la tradizionale distinzione tra *mala in se* e *mala quia prohibita*, tra atti che sono sbagliati in sé e atti che sono vietati dalla legge, ma non dalla morale. Sul superamento della pertinente distinzione tra reati naturali e artificiali, F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., pp. 131-132; A. BERNARDI, *Il "fattore culturale",* cit., p. 41.

[17] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., pp. 69-71; I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti culturali*, Milano 2012, pp. 224-233, secondo cui anche nelle Costituzioni che espressamente riconoscono diritti alle minoranze culturali o un generale diritto all'identità culturale, la tutela della cultura viene comunque limitata, trovando applicazione solo nella misura in cui non entri in conflitto con altri interessi fondamentali. Emblematico è il caso della Costituzione dell'Uganda, che all'art. 32, comma 2, vieta espressamente «leggi, culture, costumi e tradizioni contrarie alla dignità, al benessere o all'interesse delle donne o di altri gruppi marginalizzati (…)».

[18] È il modello che C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 32 chiama assimilazionista discriminatorio, a cui associa proprio l'ordinamento italiano; A. BERNARDI, *Il "fattore culturale",* cit., pp. 50-52, entro questi confini traccia il passaggio da un diritto penale dell'indifferenza a un diritto penale dell'intolleranza.

[19] C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 9, parla di «conflitti di cultura».

contenuto non solo il profilo oggettivo, ma soprattutto quello soggettivo del reato. Quando si discute di rilevanza del fattore culturale, infatti, non ci si può limitare a considerare una mera inclinazione caratteriale, bensì occorre guardare ad una dimensione più profonda, capace di incidere sull'individuo al punto da collocarlo in uno spazio intermedio tra più culture di riferimento, ciascuna delle quali attribuisce al medesimo fatto significati e valutazioni differenti.

Per individuare il ruolo che il fattore culturale può rivestire nell'ambito della violenza di genere, si rende pertanto necessario, in primo luogo, circoscrivere i termini della questione multiculturale e, successivamente, interrogarsi sullo spazio che possa essere riconosciuto all'elemento del genere quale fondamento di un intervento penale peculiare, anche sotto il profilo del trattamento dei reati culturalmente motivati.

2. Il fattore culturale nel quadro criminologico

Innanzi ad un fenomeno sociale di tale estensione, quale quello della violenza di genere, è utile partire dalla constatazione che le pratiche violente di cui si tratta sono tutt'altro che statiche e immutabili, essendo influenzate dai contesti sociali che vengono in rilievo: anche la criminologia, infatti, ha riconosciuto l'importanza del contesto culturale nell'analisi dei comportamenti devianti.

È a partire dalla visione di Durkheim che il crimine non rappresenta più un fenomeno patologico, quanto una normale condizione sociale[20]: la possibilità che si producano condotte devianti è inevitabile, dal momento che la convivenza sociale si concepisce come etero-regolata e le forme della condotta criminale sono predeterminate, caso per caso, dal tipo sociale dominante e dal suo stato evolutivo[21]. Su questa base si inserisce l'elaborazione di Merton, che sviluppa un proprio concetto di anomia da porre alla base della devianza. L'Autore mostra come le strutture sociali possano mettere i consociati in condizioni individuate, in rapporto alle quali la

[20] E. DURKHEIM, *Le regole del metodo sociologico* (trad. it. *Les règles de la méthode sociologique,* 1895), Milano 1963, p. 81, in cui si legge: «Il reato è (…) necessario; esso è vincolato alle condizioni fondamentali di ogni tipo di vita sociale, ma proprio per questo motivo è utile; infatti le condizioni a cui è legato sono indispensabili alla evoluzione normale della morale e del diritto (…)».

[21] *Ivi*, p. 82, contro l'immutabilità del compendio di valori di una società, in quanto «nulla è indefinitamente e incondizionatamente buono». Da qui il concetto dell'utilità della devianza come messa in discussione dello *status quo*, tale da fungere da motore allo sviluppo sociale; ripreso anche da R. K. MERTON, *Teoria e struttura sociale. Vol. II. Studi sulla struttura sociale e culturale* (trad. it. *Social theory and social structure*, 1949), Bologna 2000, pp. 383-384, sulla scia di G. MURRAY, *Greek Studies*, Oxford 1946, p. 75.

violazione delle norme diventa una risposta normale, perfino prevedibile[22]. Secondo Merton, infatti, la condotta deviante nasce dal conflitto tra le mete culturali calate in un sistema valoriale condiviso dalla maggioranza e i mezzi legittimi che la società mette effettivamente a disposizione per raggiungerle[23].

La sociologia della devianza ha, dunque, il merito di aver colto l'importanza delle incongruenze culturali, intese come conflitti tra valori comunitari e vita sociale, e del modo in cui agiscano in maniera diversa a seconda della posizione del gruppo di appartenenza: un valore come il "successo economico" avrà un impatto diverso su chi appartiene a un ceto privilegiato (che ha mezzi reali per perseguirlo) rispetto a chi appartiene a un ceto subalterno (che sperimenta invece forti barriere strutturali). Le teorie dell'anomia hanno, infatti, permesso di superare la criminologia positivista, che contribuì a emarginare interi gruppi culturali considerati "subumani", aprendo la strada a interpretazioni più attente allo sviluppo socioculturale[24]. Dall'idea che le reazioni individuali non possano essere comprese prescindendo dal contesto sociale, discende che la stessa frustrazione sociale non produce lo stesso effetto ovunque, ma varia secondo le disuguaglianze di classe, etnia, *status*.

Dal presupposto, dunque, che la cultura imponga agli strati più bassi della piramide sociale degli standard insostenibili (in quanto si chiede loro di orientare la propria

---

[22] R. K. MERTON, *Teoria e struttura sociale,* cit., pp. 769-773, sotto il profilo dell'integrazione tra gruppi etnici in conflitto è interessante il contributo della c.d. profezia che si autoadempie. L'educazione, che di solito viene vista come lo strumento privilegiato per favorire l'integrazione e superare i pregiudizi, secondo l'A. si scontra con un limite strutturale: gli stessi insegnanti, i programmi scolastici (analogamente alla propaganda di massa) riflettono i pregiudizi della società dominante. Rischiano, dunque, di riprodurre, anziché scalfire, le stesse discriminazioni che vorrebbero eliminare. In altre parole, se l'*in-group* parte dall'idea che gli *out-groups* siano inferiori, ogni loro comportamento verrà letto come conferma di questa inferiorità, creando un circolo vizioso.

[23] *Ivi,* pp. 363 ss. Merton analizza i vari tipi di adattamento all'anomia, in opposizione alle condotte conformiste rispetto alle mete socialmente determinate e ai mezzi istituzionalizzati di perseguimento delle stesse: l'innovazione, primo tipo di comportamento deviante che si esprime nel rifiuto delle convenzioni e dei metodi istituzionalmente ammessi pur accettando le mete culturali diffuse; il ritualismo, che consiste nell'abbandono delle aspirazioni culturali, e contemporanea sottomissione quasi forzata alle norme istituzionali; la rinuncia, consistente nel sostanziale abbandono sla delle mete culturali cui si dava precedentemente valore, sia dei sistemi istituzionalizzati miranti a raggiungere queste mete. E infine la ribellione, che rifiuta l'ordine sociale esistente per proporne uno alternativo.

[24] Per stessa precisazione di R.K. MERTON, *Social Structure and Anomie*, in *American Sociological Revie*w vol. 3, n. 5/1938, p. 672, la costruzione presentata guarda alle situazioni generate dalle strutture sociali, in relazione alle quali i comportamenti devianti costituiscono una risposta "normale", dove normale è una «risposta culturalmente orientata, se non addirittura approvata»; per una critica metodologica ed assiologica, inerente principalmente alla ridotta attenzione riservata alla dimensione individuale e alla neutralità di valori a cui si orienta la ricerca di Merton, R. DEL OLMO, *Ruptura Criminológica*, Caracas 1979, pp. 132 ss.; F. A. VILLAVICENCIO TERREROS, *Diversidad cultural y derecho penal*, Lima 2017, pp. 150-151.

condotta verso l'ideale del benessere, ma si negano in gran parte le opportunità per raggiungerla), Merton spiega l'alta percentuale di condotte devianti tra i meno abbienti e gli emarginati. In tal modo, la sua analisi conduce alla correlazione tra delinquenza e povertà[25], rispetto alla quale Sutherland farà un passo in avanti. Nel contesto della Scuola di Chicago, l'Autore osserva come la criminalità nasca dal conflitto tra culture o subculture diverse. Si pensi, ad esempio, ai migranti di prima generazione, che hanno valori e stili di vita che possono scontrarsi con quelli della società in cui "s'innestano": è questo scarto culturale a favorire l'emersione di comportamenti devianti[26]. In questa costruzione, la criminalità è "sociale" quanto "individuale"[27]: non basta voler commettere un reato, bisogna trovarsi in un contesto che lo approvi o lo legittimi, deve sussistere il sostegno morale del gruppo di pari, in cui si trasmette l'idea che certe violazioni delle leggi siano accettabili o addirittura vantaggiose.

D'altro canto, se questa ricostruzione fornisce una coerente spiegazione dell'apprendimento della criminalità all'interno di un contesto sociale o subculturale non necessariamente collocato ai margini della società[28], essa non dice alcunché del motivo per cui certi gruppi sociali siano più esposti alla criminalità o alla repressione[29]. Così, dove lo sviluppo di una subcultura delinquenziale viene ricostruito come un processo di mantenimento e rafforzamento di un codice di comportamento che esiste in

---

[25] R.K. MERTON, *Studi sulla struttura sociale e culturale*, cit., pp. 323-324, sull'«alto grado di comportamento criminale» dei meno abbienti, ove «la povertà e gli svantaggi che ad essa si associano in termini della competizione per quei valori della cultura che valgono per tutti i membri della società, vengono a collegarsi ad una accentuazione culturale del successo pecuniario considerato come la meta predominante».

[26] T. SELLIN, *Culture Conflict and Crime, in American Journal of Sociology*, vol. 44, n. 1/1938, pp. 100-101, rileva come anche la seconda generazione dei gruppi migranti possa presentare un elevato tasso di coinvolgimento in fenomeni di devianza e criminalità, fenomeno ricondotto al conflitto culturale maturato tra i valori trasmessi dalla famiglia d'origine e quelli propri della società di approdo. L'A. sottolinea, tuttavia, la necessità di una valutazione articolata dei diversi fattori coinvolti: in particolare, evidenzia come occorra considerare il diverso grado di controllo esercitato dalla comunità o dal gruppo culturale di appartenenza sui soggetti di seconda generazione, nonché distinguere se tali dinamiche siano prevalentemente riconducibili al rapporto con la cultura d'origine oppure alle condizioni dell'ambiente sociale di inserimento, non essendo i gruppi migranti realtà omogenee sotto questo profilo. In termini analoghi, M. PAVARINI, *Criminalità e pena nella società multiculturale*, in A. BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Milano 2006, p. 170, osserva come siano soprattutto i migranti di seconda generazione a sperimentare i conflitti di valore tra i modelli culturali trasmessi dalla famiglia e quelli propri della società di accoglienza. L'autore evidenzia altresì come tali tensioni tendano progressivamente ad attenuarsi con la terza generazione, a conferma del legame esistente tra fenomeni di devianza, processi di integrazione sociale e dinamiche di interazione culturale.

[27] E. H.SUTHERLAND, *Principles Of Criminology*, Philadelphia 1947, pp. 69 ss.

[28] Celebri sono gli studi dell'Autore sui crimini dei colletti bianchi, cfr. E. H. SUTHERLAND, *White-Collar Criminality*, in *American Sociological Review* vol. 5, n.1/1940, pp. 1-12.

[29] V. SCALIA, *Cultura, relazioni e danno. La criminalità dei colletti bianchi*, in *Diritto penale e uomo*, n. 11/2021, p. 47.

opposizione ai valori dominanti[30], trova spazio l'elaborazione di Sykes e Matza[31]. Gli Autori analizzano principalmente la delinquenza giovanile, notando come in tale dimensione l'autore non ignora (né può ignorare) completamente le norme sociali dominanti, in quanto ancora inserito in un contesto di dipendenza dagli adulti e di controllo sociale: egli sembra riconoscere in molti casi la validità morale del sistema normativo dominante, perché prova senso di colpa o vergogna, approva certe figure conformi e distingue tra bersagli appropriati e inappropriati per le sue azioni[32]. Viene così incorniciato il quadro in cui s'innesta la devianza, sulla base di strutture 'scusanti', denominate tecniche di neutralizzazione. Le giustificazioni della devianza vengono così pensate come affini alle cause di esclusione della punibilità del sistema penale, consentendo al delinquente di agire senza rimproverarsi, scusando la propria condotta. Tra le principali tecniche, vengono individuate la negazione della responsabilità e del danno, ma soprattutto la negazione della vittima[33]: il deviante si pone come vendicatore e trasforma la vittima in colpevole; distingue chi può essere vittimizzato, spesso in base alla vicinanza sociale, all'etnia, alla classe o ai legami personali. Questa tecnica evidenzia come l'autore giustifichi la propria azione scegliendo attentamente i bersagli, evitando chi considera "intoccabile"[34]. Lo sviluppo di una sottocultura delinquenziale risponde, dunque. anche in questa ricostruzione, ai problemi posti da una specifica e sfavorevole collocazione nella struttura sociale.

Il fattore culturale trova così un esplicito e adeguato riconoscimento anche in criminologia: senza analizzare criticamente le condizioni sociali che generano devianza, però, la teoria rimane sterile, incapace di proporre soluzioni o di comprendere un fenomeno in profondità[35].

Il superamento di tali limiti inizia con quella che è stata definita «una rivoluzione scientifica nell'ambito della sociologia criminale»[36]: il *labelling approach*, a cui va

---

[30] Cfr., A.K. COHEN, *Delinquent boys: the culture of the gang*, New York 1955, pp. 49 ss.
[31] F. A. VILLAVICENCIO TERREROS, *Diversidad cultural y derecho penal*, cit., pp. 155-156, tratta della teoria di Sykes e Matza come un'alternativa alla teoria subculturale.
[32] G. M. SYKES, D. MATZA, *Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency*, in *American Sociological Review,* vol. 22, n. 6/1957, pp. 664-666.
[33] *Ivi*, pp. 667-670, gli Autori ne aggiungono altre due, quali *the condemnation of the condemners* e *the appeal to higher loyalties.*
[34] *Ibidem,* per il delinquente la vittima merita il trattamento ricevuto, che, dunque, non viene dall'autore percepito come un'ingiustizia, ma come una giusta punizione.
[35] F. A. VILLAVICENCIO TERREROS, *Diversidad cultural y derecho penal*, cit., p. 159.
[36] L'espressione è di A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Milano 2019, p. 123.

riconosciuto il merito di aver posto al centro della riflessione criminologica il problema della legittimità dell'esercizio del potere punitivo e dei valori posti alla base della selezione dei comportamenti penalmente rilevanti.

Come il nome stesso suggerisce, la "teoria dell'etichettamento" muove dall'assunto secondo cui il comportamento deviante non costituisce una qualità intrinseca dell'azione, bensì è il risultato di un processo di attribuzione di significato, che prende forma all'interno della realtà sociale di riferimento[37]. In questa prospettiva, la conseguenza più significativa dell'essere "intercettati" dal diritto penale consiste in una sorta di mutamento dell'identità sociale dell'individuo, al quale viene attribuito lo *status* di "deviante", che il soggetto coinvolto tende progressivamente ad interiorizzare, con il rischio di consolidare la condizione cui la stigmatizzazione lo ha relegato[38].

Ai fini della presente indagine, tale prospettiva assume particolare interesse per il rilievo attribuito al principio di uguaglianza nell'analisi dei processi di criminalizzazione e dell'esercizio del potere punitivo[39]. Ciò vale tanto con riferimento ai gruppi culturali che coesistono all'interno del medesimo ordinamento giuridico, quanto rispetto alle dinamiche di genere, anch'esse, come si avrà modo di approfondire, profondamente connotate sul piano culturale e sociale. Il processo di *labelling,* mediante il quale una violazione normativa viene trasformata in devianza, si colloca, infatti, all'interno di un patrimonio condiviso di significati e valori sociali culturalmente determinati. Nella violenza di genere quanto nei reati culturalmente motivati, il fattore culturale si intreccia con rapporti di potere e modelli sociali di subordinazione,

[37] *Ivi*, pp. 127 ss., l'A. ricostruisce una «stilizzazione» del paradigma del controllo, la cui emersione e il cui sviluppo sono stati favoriti dal *labelling approach*, alla luce del contributo dei suoi principali esponenti. Tra questi si ricorda, anzitutto, Edwin M. Lemert, cui si deve la distinzione tra devianza primaria e devianza secondaria: mentre la prima coincide con l'iniziale comportamento trasgressivo, la seconda deriva dalla reazione sociale successiva all'etichettamento e dal conseguente processo di stigmatizzazione. Particolare rilievo assume, inoltre, il contributo di Howard Becker, il quale concentrò la propria attenzione sul procedimento attraverso cui una condotta violatrice di norme viene qualificata come deviante. Peter McHugh e John I. Kitsuse, analizzando invece i processi di interpretazione della condotta alla luce del senso comune, hanno invece consentito di affermare che la reazione sociale di disapprovazione nei confronti delle condotte criminalizzate deriva non tanto dal comportamento in sé considerato, quanto piuttosto dal significato ad esso attribuito. In tale prospettiva, si è osservato, infatti, come non si produce la medesima reazione sociale in presenza di un fatto commesso per caso fortuito o forza maggiore, ovvero da un soggetto privo della coscienza della condotta realizzata, nei cui confronti non può formularsi il rimprovero di aver potuto agire diversamente conformandosi alle norme condivise.
[38] *Ivi*, pp. 134-135; tali conclusioni suggeriscono altresì l'importanza di evitare ulteriori processi di desocializzazione dell'autore del reato, quale ultimo presidio della funzione di integrazione sociale della pena: prospettiva efficacemente evidenziata in S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, pp. 105-106.
[39] *Ivi*, pp. 157 -160.

rendendo necessario un approccio capace di contestualizzarli adeguatamente e di coglierne le reciproche interconnessioni.

In questa prospettiva, è possibile anticipare che un approccio di tipo multiculturalista al tema della violenza di genere culturalmente motivata appare preferibile, non soltanto perché consente di offrire una risposta coerente con il principio di uguaglianza sostanziale, rispetto alle diseguaglianze sociali e culturali esistenti, ma anche perché permette di comprendere le interazioni tra fattore culturale e fattore di genere nella valutazione del fatto penalmente rilevante.

3. "Cultura": un preliminare distinguo di contenuto

Parlare di subculture delinquenziali non esaurisce, tuttavia, uno dei punti fondamentali del presente studio, rappresentato dalla necessità di delimitare con precisione il concetto di cultura penalmente rilevante.

Per il vocabolario Treccani la cultura è, nel suo primo significato, «l'insieme delle cognizioni intellettuali che una persona ha acquisito attraverso lo studio e l'esperienza, rielaborandole peraltro con un personale e profondo ripensamento così da convertire le nozioni da semplice erudizione in elemento costitutivo della sua personalità morale, della sua spiritualità e del suo gusto estetico, e, in breve, nella consapevolezza di sé e del proprio mondo»[40]. Questo stretto legame con la persona fino a fondersi con essa dà esatta misura dell'importanza che il fattore culturale riveste nell'ordinamento penale.

3.1. Un tentativo di definizione su tre livelli

La difficoltà di definire il concetto di cultura è irriducibile qualunque sia l'elemento caratteristico da cui si parta: che si circoscriva il gruppo culturale a partire dallo Stato di provenienza o dal culto religioso, la complessità della regolazione dei confini di significato non viene meno[41]. Si pensi, ad esempio, a un contesto culturale comune tra

[40] Sul modello di B. VALERIUS, *Kultur und Strafrecht*, Berlino 2011, p. 28, che riporta la voce "Cultura" dell'Enciclopedia Brockhaus, la cui definizione corrisponde a «tutto ciò che è stato creato dall'uomo, dunque non dato dalla natura»; l'A. riprende inoltre l'etimologia del termine cultura (dal lat. *cultura*, der. di *colĕre*, coltivare), evidenziando il collegamento tra il concetto di prodotto umano e la dimensione della natura, come condizione preesistente: fu Cicerone il primo a collegare lo spirito umano con l'attività della coltivazione e della cura, conferendo così alla "cultura" quel significato linguistico che le è proprio ancora oggi.

[41] B. VALERIUS, *Kultur und Strafrecht*, cit., pp. 33-34; T. HÖRNLE, *Kultur, Religion, Strafrecht - Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft*, München 2014, p. 12, secondo cui, nel considerare il multiculturalismo sociale, vanno presi in esame anche altri elementi identitari, che possono incidere in maniera persino più significativa della religione di appartenenza. Si pensi, ad esempio, alla

più Stati, come quello europeo, in cui i membri condividono una storia geopolitica dalla quale si è sviluppato un assetto di valori comuni. Valga per tutti il riferimento ai "diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri", riconosciuti come principi generali nel quadro delle fonti del diritto dell'Unione, *ex* art. 6 par. 3 TFUE[42], sintomatici di quella cultura condivisa che caratterizza gli Stati fondatori e quelli successivamente annessi[43].

Ebbene, anche in questo caso emerge l'insufficienza di un semplice rimando a un patrimonio comune di valori giuridicamente tutelati. A primo impatto potrà sembrare strano pensare che l'Italia e la Germania abbiano tradizioni giuridico-culturali differenti[44]; eppure, la 'cultura' di un cittadino italiano è stata individuata in Germania come fattore idoneo a giustificare un trattamento sanzionatorio attenuato. È l'esito del giudizio presso il Tribunale di Bückeburg del 25 gennaio 2006, conclusosi con una sentenza di condanna di un cittadino di Cagliari per sequestro di persona, lesioni personali e ripetute violenze sessuali ai danni della donna lituana con cui intratteneva una relazione. La condanna a sei anni di reclusione, come si legge nella motivazione della decisione[45], risulta dal fatto che sia stato valutato in *favor rei* «che i reati sono stati un efflusso di un esagerato pensiero di gelosia», nonché «le particolari impronte culturali ed etniche dell'imputato», concludendo che «il quadro dell'uomo e della

differenza tra la provenienza da contesti urbani con alto livello di istruzione e quella da aree rurali con basso livello di istruzione.

[42] Un ulteriore richiamo si rinviene nell'articolo 49, par. 2 CDFUE, il quale, dopo aver sancito al par. 1 il principio di irretroattività in materia penale, specifica che ciò «non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni». Non può, inoltre, trascurarsi il riferimento contenuto nel preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nel quale si afferma: «L'Unione contribuisce al mantenimento e allo sviluppo di questi valori comuni, nel rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli europei, dell'identità nazionale degli Stati membri». La Carta si pone così come una *summa* di tutele e garanzie della persona, riaffermando «i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo».

[43] Sono i cosiddetti *Copenhagen criteria*, stabiliti dal Consiglio nel 1993 e ora inseriti all'articolo 49 TUE, che si apre affermando: «Ogni Stato europeo che rispetti i valori di cui all'articolo 2 e si impegni a promuoverli può domandare di diventare membro dell'Unione». Tali valori fanno riferimento alla «dignità umana, alla libertà, alla democrazia, all'uguaglianza, allo Stato di diritto e al rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze», i quali, ai sensi dell'articolo 2 TUE, «sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

[44] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit*.,* p. 88.

[45] Riportata in F. PARISI, *Colpevolezza attenuata in un caso dubbio di motivazione culturale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., n. 3/2008, p. 1446.

donna, esistente nella sua patria, non può certo valere come scusa, ma deve essere tenuto in considerazione come attenuante». Senza soffermarsi, per ora, sugli strumenti penalistici utilizzabili al fine della valorizzazione del pluralismo culturale, si può ritenere che questo caso rappresenti un esempio significativo dell'importanza di circoscrivere il concetto di cultura, al fine di valutarne l'incidenza sulle condotte e di stabilire l'opportunità di un suo adeguato riconoscimento ai fini dell'*an* e del *quantum* della punibilità.

La cultura, dunque, incide profondamente anche sulla dimensione giuridica, non solo attraverso la presenza di elementi normativi che favoriscono l'integrazione tra norma penale e norma socio-culturale, ma anche influenzando la sensibilità degli operatori del diritto e il modo in cui viene percepita una determinata offesa al bene giuridico[46]. Per evidenziare la vastità e la complessità del concetto di cultura, idoneo ad assumere prospettive e declinazioni differenti, si propone in questa sede una tripartizione utile a sottolineare i diversi livelli di incidenza che il fattore culturale può assumere nel riconoscimento della responsabilità penale: in primo luogo, la prospettiva dei popoli originari; poi quella che potremmo definire delle culture di minoranza (importate da un Paese in cui erano maggioritarie); e, infine, quella delle subculture intra-sociali. Si tratta di un'operazione di delimitazione concettuale necessaria per distinguere i diversi fenomeni e assicurare all'analisi una maggiore aderenza al pluralismo della realtà sociale.

Il tema dei popoli originari[47], in particolare, non riveste particolare rilevanza per l'ordinamento italiano, riguardando piuttosto Paesi caratterizzati da una forte diversità

[46] È interessante, in questo senso, che B. VALERIUS, *Kultur und Strafrecht,* cit*.,* pp. 51-52, nel presentare una rassegna di decisioni giudiziarie provenienti da contesti culturali differenti, ha accostato il caso di alcuni giudici iraniani, che negarono il riconoscimento della legittima difesa a una ragazza rea di aver ucciso il proprio aggressore nel tentativo di sottrarsi a una violenza sessuale, alla sentenza n. 6329 del 2006 della terza sezione della Cassazione italiana. In quest'ultima pronuncia è stata riconosciuta l'attenuante della minore gravità del fatto, ai sensi dell'art. 609-*quater*, comma 3, c.p., valorizzando la circostanza che la minore non fosse vergine al momento del rapporto. Non può tuttavia escludersi che il riferimento alla verginità sia stato utilizzato dai giudici non già in chiave moralistica, bensì quale indice ritenuto rilevante ai fini della tutela dell'interesse primariamente protetto dalla norma, rappresentato dal sereno sviluppo sessuale del minore. La precedente vita sessuale della ragazza, infatti, non è stata valutata con occhio bigotto, ma con un approccio giuridico, volto a riequilibrare l'irrilevanza del consenso all'atto sessuale. Se, infatti, il consenso rappresenta un elemento centrale nei rapporti tra adulti, nel caso dei minori cede il passo ad una tutela rafforzata, giustificata dalla presunzione legislativa di un'incapacità di autodeterminazione. Si ritiene, pertanto, che la critica debba essere mossa a monte, ossia nella stessa costruzione del bene giuridico così configurato.

[47] E.R. ZAFFARONI, *Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal*, in C. ESPINOSA GALLEGOS-ANDA, D. CAICEDO TAPIA (a cura di), *Derechos Ancestrales Justicia en*

etnico-culturale, nei quali si è resa necessaria, non di rado, la regolamentazione della convivenza tra sistemi giuridici differenti.

Parlare dei contesti di popoli indigeni consente, però, di segnare il livello più alto di autonomia culturale calata in un contesto pluralista. Quanto avviene in forza di tradizioni e regole di popoli nativi non può, infatti, essere propriamente etichettato nella categoria dei "reati culturalmente motivati", trattandosi piuttosto di un vero e proprio problema di coesistenza tra sistemi giuridici distinti. Ciò consente di collocare la giustizia indigena in cima a una "scala" di pervasività della cultura di provenienza sul soggetto agente, rappresentando anche l'occasione per analizzare il più alto livello possibile di integrazione tra culture: la giustizia comunitaria[48], intesa come un "sistema alternativo di risoluzione dei conflitti" in una società multiculturale[49].

Contextos Plurinacionales, Quito 2009, pp. 100-101, per cui il pluralismo giuridico, anche in ambito penale, deve necessariamente confrontarsi con l'eredità coloniale: gli ordinamenti attuali dei Paesi con un passato coloniale discendono, nella ricostruzione dell'A., da quelli dei colonizzatori, al punto da poter affermare che ci siano diritti nazionali che affondano le proprie radici nel colonialismo. In prospettiva, si auspica l'istituzione di una Corte civile internazionale per le riparazioni; tuttavia, ciò presuppone preliminari passi concreti a livello nazionale, volti a sperimentare forme di giustizia riparativa e a interrompere l'aggravarsi delle conseguenze dei crimini coloniali, anche attraverso l'introduzione di forme di giustizia comunitaria, come quelle delineate dall'Autore nell'*Anteproyecto de Código Penal* boliviano.

[48] G. CHÁVEZ VALLEJO, *El control costitucional de la justicia indígena en el estado plurinacional. Especificidades, particularidades, dilemas y desafíos*, Ciutad de Mexico 2018, p. 43, parla della riforma costituzionale dell'Ecuador del 2008 come di un virtuoso esempio di pluralismo giuridico democratico, in quanto ha riconosciuto la giustizia indigena come parte integrante dell'ordinamento statale. Si riconosce, infatti, all'interno delle frontiere nazionali, l'esistenza di un "*otro derecho*" distinto da quello statale, democratico perché «*resuelve por los cauces institucionales democráticos de más alto rango de legitimidad, el poder constituyente, lo que es el pluralismo jurídico».* Il quarto capitolo della Costituzione ecuadoriana, infatti, ad oggi disciplina i «*derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades*», riconoscendo e garantendo loro, primariamente, la nazionalità ecuadoriana (art. 7) e i diritti previsti a livello costituzionale e internazionale, in quanto (così si apre il quarto capitolo, con l'art. 56) *«las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible»*.

[49] Definizione di E.R. ZAFFARONI, *Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal,* cit.*,* pp. 115 ss., che ben sottolinea la differenza del sistema di giustizia comunitaria da un sistema statuale che valorizzi i principi del pluralismo, mediante la risoluzione dei conflitti tramite un'autorità "di prossimità", come i giudici di pace o di vicinato, con competenza a risolvere le liti, valorizzando i principi culturali delle etnie originarie cui appartengono le persone coinvolte. L'Autore affronta il tema in relazione all'*Anteproyecto de Código Penal* boliviano, inserito in un ordinamento costituzionale che riconosce e garantisce *la diversidad cultural*, come sancito dall'articolo 98 della Costituzione boliviana. In questo contesto, l*'Anteproyecto* propone un articolato che contiene criteri di competenza favorevoli al sistema che meglio garantisca pace sociale e rispetto del pluralismo (art. 1); l'esclusione della legge penale quando, per la cultura della comunità, il fatto non integri reato, salvo beni giuridici fondamentali (art. 11) e il complementare riconoscimento alle comunità della facoltà di sanzionare infrazioni non penalmente rilevanti (art. 14); il divieto di doppia punizione, con prevalenza della giustizia comunitaria (art. 13). Interessante e al contempo controverso appare invece l'art. 12, che esclude le "pene crudeli" che sarebbero previste dal diritto consuetudinario dei popoli indigeni. Queste rappresentano, infatti, il principale argomento addotto in opposizione alla giustizia comunitaria. L'Autore, a riguardo, riporta innanzitutto le opinioni di antropologi che hanno escluso il perpetuarsi, in tempi

L'esperienza peruviana[50] costituisce, in questo senso, un caso emblematico: la Costituzione del 1993 riconosce e protegge *«la pluralidad étnica y cultural de la Nación»* (*ex* art. 2 n. 19, che in tema di diritti fondamentali della persona, assicura la tutela della "*identidad étnica y cultural"*), nonché la diversità culturale nella dimensione educativa (artt. 17 e 19) e linguistica (art. 48), oltre a prevedere, all'art. 149, forme di coordinamento tra le funzioni giurisdizionali delle comunità indigene e quelle dello Stato[51]. Il riconoscimento dei popoli indigeni trova, dunque, fondamento nella Carta costituzionale e conseguente disciplina nella legge ordinaria, che individua criteri oggettivi e soggettivi per definire tali popoli come *sujetos colectivos*[52]. Sotto il primo profilo ci si riferisce alla discendenza diretta dalle popolazioni originarie, ai legami spirituali e storici con i territori tradizionalmente occupati, alle istituzioni sociali e alle consuetudini proprie, a modelli culturali e stili di vita distinti da quelli della popolazione nazionale; il criterio soggettivo, invece, è rappresentato dall'autoconsapevolezza del gruppo di possedere un'identità indigena o originaria.

Accanto a questa dimensione, si colloca un'esperienza diversa: quella dei migranti stabilitisi negli agglomerati urbani, che, ad esempio, nel contesto latinoamericano sono definiti *pueblos jóvenes*[53]. Essi, intrecciando tradizioni rurali ed esperienze urbane, hanno sviluppato nuove identità socio-culturali, nonché un proprio sistema di vigilanza e di gestione dei conflitti. Pur mancando dei requisiti per essere assimilati alle comunità

---

moderni, di pene crudeli e inaccettabili; successivamente sottolinea che l'intervento del diritto penale statale con il suo sistema sanzionatorio non sarebbe coerente con le logiche della giustizia comunitaria. Ciò perché molte di quelle pene non costituiscono vere torture, bensì rituali di reintegrazione del reo nella comunità, rivestendo un ruolo fondamentale nel ristabilimento della pace sociale.

[50] F. A. VILLAVICENCIO TERREROS*, Diversidad cultural y derecho penal,* cit*.,* pp. 12 ss. Sono così espressamente riconosciute a livello legislativo istituzioni come le comunità contadine, aggregazioni di famiglie legate a un territorio e da rapporti di mutuo aiuto e lavoro agricolo comunitario, la cui origine risale sia alla disarticolazione dell'organizzazione sociale incaica sia alla dominazione coloniale spagnola; le *ronde campesinas*, nate spontaneamente come organismi di autodifesa contro l'assenza dello Stato e oggi riconosciute dalla legge (dal 1986) come forme di giustizia comunitaria e di controllo sociale; le comunità amazzoniche, che conservano strutture sociali e culturali preesistenti alle invasioni coloniali e si considerano differenti dalle società dominanti presenti nei loro territori. L'art. 89 della Costituzione peruviana sancisce che lo Stato riconosce la *«existencia legal»* e personalità giuridica a *las Comunidades Campesinas y las Nativas,* e ne *«respeta la identidad cultural».*

[51] Si riconosce a *«las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas»* l'esercizio delle *«funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona»*; per il testo della Costituzione del Perù 1988 (aggiornato all'ultima riforma del 2005), si consulti il sito *web* federalismi.it.

[52] F. A. VILLAVICENCIO TERREROS, *Diversidad cultural y derecho penal,* cit., p. 38, la fonte normativa è l'art. 7 della legge n. 29785 del 7 settembre 2011 sul «*derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indigenas u Originarios»,* che recepisce la Convenzione n. 169 dell'OIT (*Organización Internacional del Trabajo*).

[53] *Ivi*, p. 62.

indigene, questa realtà mostra come la cultura del gruppo di appartenenza rappresenti un criterio decisivo per valutare la rilevanza delle pratiche sociali ai fini giuridici. Come osservato da autorevole dottrina peruviana[54], anche se non si ritiene opportuno riconoscere ai *pueblos jóvenes* un regime di coesistenza analogo a quello delle comunità indigene[55], si propone la predisposizione di strumenti istituzionali che consentano di integrare il sistema di convenzioni regolatrici di queste comunità etniche, considerandola un prerequisito per il progresso sociale ed economico di un Paese multiculturale.

3.2. La rilevanza penale della subcultura

Se la distinzione tra popoli originari e popoli "giovani" può rivelarsi utile, nel contesto italiano[56], al più per delimitare, ad esempio, la cultura della comunità rom o di alcune comunità musulmane stabilmente insediate nei centri urbani[57] rispetto alla cultura italiana di maggioranza, rimane comunque necessario tracciare un confine minimo entro cui la cultura possa assumere rilevanza penale: ed è proprio su questo limite che si colloca la nozione di subcultura.

Seguendo una prospettiva antropologica, dunque, si potrebbe dire che tra etnia e subcultura vi sia un rapporto di genere a specie, ed è in questo senso che appare

---

[54] *Ivi*, pp. 54 ss., si parla di *«un sistema istitucional que permita la integración de la informalidad a la legalidad».*

[55] Sul riconoscimento dei diritti dei popoli indigeni nel diritto internazionale dei diritti umani e in America Latina, G. CHÁVEZ VALLEJO, *El control costitucional de la justicia indígena en el estado plurinacional*, cit., pp. 181 - 197.

[56] Lo stesso F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., pp. 43-48, riprendendo W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale,* Bologna 1999, pp. 35-37, quando parla di società multiculturale, distingue due tipologie: quella multinazionale, in cui nel medesimo territorio statale coesistono più gruppi di minoranza autoctoni che rivendicano un proprio autogoverno (situazione tipica dei contesti post-coloniali); e quella polietnica, in cui il pluralismo nasce a partire dalle migrazioni. In quest'ultimo caso, le uniche rivendicazioni dei membri dei gruppi di minoranza consistono, nel processo di integrazione con la cultura di maggioranza, nel mantenimento della propria identità collettiva. Considerando che l'Italia possa essere ricondotta, a grandi linee, al modello polietnico, nel corso della trattazione ci si riferirà a quest'ultimo ordine di pretese. Sulla stessa linea, relativamente agli effetti dell'immigrazione nell'emersione del problema multiculturale in Italia, A. BERNARDI, *Modelli penali,* cit., pp. 87-88.

[57] Una distinzione di questo tipo emerge anche nella Costituzione ecuadoriana, che prevede un sistema di riconoscimento di diritti e poteri, anche giudiziali, alle comunità native, disciplinato in un apposito capo. Parallelamente, l'art. 21 riconosce un generale diritto culturale del cittadino, che si traduce nel diritto di costruire e mantenere la propria identità culturale, di determinare la propria appartenenza a una o più comunità, nonché di esprimere la propria libertà estetica e tutelare la conoscenza della memoria storica e del relativo patrimonio culturale, sempre con un importante limite: «*No se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución»*. Analogamente, l'art. 57, comma 1, n. 10, riconosce e garantisce alle *comunas*, comunità, popoli e nazionalità indigene, conformemente alla Costituzione e alle convenzioni internazionali sui diritti umani, il diritto collettivo di creare, sviluppare, applicare e praticare il proprio diritto consuetudinario, con l'unico limite della violazione di diritti costituzionali, *«en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes».*

particolarmente efficace la ricostruzione proposta da Linton. Sebbene gli etnologi parlino spesso di tribù o nazionalità come unità primarie portatrici di cultura, la "cultura totale" di una società è, in realtà, costituita da un insieme di subculture, apprese e trasmesse dai gruppi locali che la compongono[58].

La tradizione culturale si sviluppa attraverso linee differenziali, legate non solo all'appartenenza a specifiche subculture, ma anche alle diverse categorie sociali interne alle unità funzionali, come le linee familiari e quelle di genere: in tutte le culture, infatti, la conoscenza delle specializzazioni attribuite alle donne viene trasmessa quasi esclusivamente lungo la linea femminile, mentre quelle degli uomini lungo la linea maschile[59].

A differenza della categoria etnica, dunque, la diversità subculturale si presenta meno marcata: mentre l'identità etnica tende a fondarsi su elementi storicamente condivisi e percepiti come originari, la subcultura nasce da variazioni interne a un medesimo contesto sociale o dalla condivisione di specifici modelli di comportamento e di costume all'interno di un quadro comune, contribuendo tanto alla riproduzione quanto alla trasformazione delle tradizioni stabilite.

Autorevole dottrina[60], in tema di reati culturalmente motivati, propone, così, una definizione penale particolarmente stringente di cultura, fondata proprio sul riferimento all'etnicità. In particolare, la ricostruzione in esame guarda agli studi di Will Kymlicka, che distingue tra diverse accezioni di cultura: una più ristretta, riferita a consuetudini, visioni del mondo di singoli gruppi, e una più ampia, che accomuna le democrazie occidentali come parti di una civiltà industrializzata e laica. Ai fini di valutazioni inerenti alla disciplina del multiculturalismo, il concetto rilevante è quello di cultura etnica o nazionale, intesa come appartenenza a una comunità storicamente e

[58] R. LINTON, *The study of man*, New York 1936, pp. 271- 273, distingue il contenuto della cultura principalmente in tre categorie: elementi universali (*universals*), condivisi da tutti i membri della società, ad esempio la lingua; elementi specializzanti (*specialities*), pratiche condivise da specifici gruppi sociali, ma non dall'intera popolazione (in questa categoria rientrano, ad esempio, le occupazioni maschili e femminili in una tribù, poiché "tutte le donne di una tribù saranno *familiar* con certe occupazioni e tecniche, mentre gli uomini lo saranno con una serie diversa"); elementi alternativi (*alternatives*), tratti condivisi solo da alcuni individui, che vanno dalle abitudini particolari di una singola famiglia, fino a realtà come diverse scuole di pittura o di scultura.
[59] R. LINTON, *The study of man,* cit., p. 279.
[60] C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 27.

linguisticamente definita, con una certa coesione territoriale e istituzionale[61]. Affinché il fattore culturale possa assumere rilievo sul piano penalistico (incidendo, come si avrà modo di approfondire, sulla struttura del reato e sull'attribuzione della responsabilità personale), è necessario che esso sia riconducibile a pratiche, tradizioni o sistemi valoriali sufficientemente determinati e socialmente individuabili, così da circoscriverne il contenuto ed evitare che il richiamo alla cultura si traduca in una categoria indeterminata.

Le caratteristiche che identificano il gruppo di appartenenza, dunque, sono innanzitutto una cultura comune, in tale accezione etnica, un'influenza della stessa sullo sviluppo della singola persona, il riconoscimento da parte del gruppo «come portatore dei valori culturali della comunità di riferimento» e il riconoscimento esterno della propria cultura, il senso di appartenenza a tale gruppo come conseguenza del riconoscimento stesso[62].

Si ritiene, inoltre, che per esigenze di provabilità nel processo penale, non sia sufficiente fare riferimento "semplicemente alla cultura dell'autore del reato"[63], bensì è necessario ancorare l'analisi "alla cultura del gruppo di appartenenza dell'agente"[64], dotata di specifiche caratteristiche. Tale impostazione si giustifica sia per ragioni di natura sociale, legate agli effetti negativi che il riconoscimento del reato come culturalmente orientato possa avere nel rafforzare l'isolamento del gruppo etnico di

---

[61] W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale,* cit*.,* p. 35, in C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 26, uno stato è multiculturale se i suoi membri appartengono a diverse nazioni (uno stato multinazionale) o sono emigrati da diverse nazioni (uno stato polietnico) e se questo fatto costituisce un elemento importante dell'identità personale e della vita politica dello Stato stesso.

[62] C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., pp. 28-30.

[63] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit*.,* pp. 26-27, sottolinea che ciascun individuo, in base alle proprie caratteristiche personali, interiorizzerà la cultura in modi differenti e, allo stesso modo, che la cultura non esaurisce la spiegazione del comportamento individuale; quest'ultimo possiede piuttosto una componente culturale che può emergere in maniera variabile (cfr. C. KLUCKHOHN, A. L. KROEBER, *Il concetto di cultura*, Bologna 1972, pp. 982 ss.); anche W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale,* cit., pp. 134 ss., concepisce la cultura come sociale, cioè un insieme condiviso di pratiche, istituzioni, valori e ricordi che danno significato alle diverse sfere della vita, da quella privata a quella pubblica. L'A. sottolinea due aspetti fondamentali: da un lato, la cultura è ciò che rende possibile la libertà individuale, perché fornisce le alternative tra cui scegliere e ne determina il significato; dall'altro, l'appartenenza culturale ha un valore profondo per l'identità personale, in quanto il rispetto per sé stessi è strettamente legato al riconoscimento del gruppo culturale a cui si appartiene. Sull'evoluzione del concetto di cultura e la sua incidenza nell'agire dei consociati dal punto di vista sociologico, P.P. GIGLIOLI, P. RAVAIOLI*, Bisogna davvero dimenticare il concetto di cultura? Replica ai colleghi antropologi*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, n. 2/2004, pp. 267 – 298.

[64] C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit*.,* p. 144; anche tra i primi test culturali elaborati nella dottrina nordamericana viene preso in considerazione esclusivamente l'appartenente a un gruppo etnico come soggetto rispetto al quale valutare l'operatività della *cultural defense*. Per approfondimenti A. DUNDES RENTELN, *The cultural defense*, Oxford 2004, *passim*.

riferimento[65] , sia, soprattutto, per motivi di politica criminale. In particolare, si intende evitare l'appiattimento della categoria dei reati culturalmente motivati «su qualunque manifestazione criminale sorretta da un motivo *lato sensu* culturale espresso dall'agente»[66]. Parte della dottrina individua tre peculiari caratteristiche che una cultura deve possedere per poter essere oggetto di indagine da parte del diritto penale: che il gruppo a cui fa riferimento sia costituito «da un numero rilevante di individui», che abbia una sua lingua che lo identifichi e un territorio geografico su cui insistere[67].

Questa ricostruzione permette di introdurre una precisazione fondamentale, relativamente all'ulteriore filo conduttore della trattazione, quello della violenza di genere: il patriarcato non può essere considerato una cultura, bensì uno strumento di conservazione e rafforzamento dell'autorità[68]. Cultura di minoranza e patriarcato sono fenomeni che si intersecano, ma non coincidono. Il patriarcato, infatti, ha carattere trasversale e agisce in direzione diversa: il suo bersaglio privilegiato è l'uguaglianza di genere. La ricostruzione della rilevanza del fattore culturale nella violenza di genere deve partire anche da questa consapevolezza, ossia che il patriarcato non è cultura da proteggere, ma struttura di potere da riconoscere e decostruire. Infatti, non può tacersi sulla possibilità che anche la dimensione giuridica si faccia portatrice di stereotipi per il mantenimento di questo potere.

3.3. Il test culturale: la cultura dell'imputato sotto la lente dell'interprete

Negli ordinamenti nordamericani, sia la giurisprudenza che la dottrina hanno elaborato specifici test culturali per affrontare i conflitti multiculturali. Tali strumenti sono definiti come «mezzi volti a risolvere dispute originate da rivendicazioni avanzate

---

[65] Anche A. BERNARDI, *Modelli penali,* cit*.,* pp. 90-91.

[66] *Ivi,* p. 145; I. RUGGIU, *Il giudice antropologo,* cit*.,* pp. 198-199, evidenzia la tendenza giurisprudenziale al panculturalismo, ossia quell'atteggiamento in forza del quale qualsiasi comportamento posto in essere da un appartenente a un gruppo minoritario viene automaticamente ricondotto a un movente culturale. Tale tendenza, secondo l'A., deriva anche dall'assenza di un *cultural test* chiaramente definito, la cui introduzione viene proposta dalla stessa Autrice e che si avrà modo di approfondire in seguito.

[67] F. BASILE*, Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit*.,* pp. 31-32.

[68] E. R. ZAFFARONI, *El discurso feminista y el poder punitivo,* cit., pp. 20-21, rappresenta il patriarcato come una delle vie maestre attraverso cui si fonda un potere strutturalmente discriminatorio; analogamente C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 27, riprendendo la definizione di W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale,* cit*.,* p. 35, precisa che «l'emarginazione delle donne, (…) attraversa i confini dei gruppi nazionali ed etnici; la si rileva nelle culture maggioritarie e negli stati nazionali omogenei così come nelle minoranze nazionali e nei gruppi etnici, ed essa va combattuta in tutti questi luoghi»; J. K. CONWAY, S. C. BOURQUE, J.W. SCOTT, *El concepto de género*, in M. LAMAS (a cura di)*, El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*, Mexico 1996, pp. 23 ss., analizzano come la produzione culturale di forme di comportamento maschile e femminile rappresenti una funzione centrale dell'autorità sociale, in quanto i confini del genere, analogamente a quelli di classe, vengano tracciati per assolvere a una grande varietà di funzioni politiche, economiche e sociali.

da immigrati, stranieri o minoranze nazionali, finalizzate a far valere aspetti connessi alla propria cultura di appartenenza»[69]. Essi si caratterizzano per una serie di domande a contenuto antropologico, volte a chiarire i contorni della dimensione culturale entro cui si colloca la condotta rivendicata e a valutare l'incidenza che tale contesto ha sull'imputato. In questa prospettiva, ancor prima di applicare il test, il giudice dovrebbe interrogarsi sulla stessa utilizzabilità della categoria di "cultura" nel caso concreto. Il test culturale, infatti, si rivela funzionale a ciò che la dottrina statunitense definisce *cultural evidence*, ossia la possibilità di introdurre nel processo elementi probatori relativi all'influenza del contesto culturale sull'imputato[70]. Non ci si soffermerà, in questa sede, sulla "perizia culturale" e sulla sua compatibilità con l'art. 220, comma 2, c.p.p., resa ancor più problematica dai recenti interventi normativi in cantiere[71], tuttavia, l'analisi resa possibile dal test potrebbe consentire di integrare nell'*iter* motivazionale del giudice elementi di valutazione imprescindibili, soprattutto nei casi in cui il giudizio riguarda condotte di violenza di genere.

Un limite significativo al test culturale è tuttavia rappresentato da ciò che parte della dottrina ha definito "convergenza culturale"[72]: le pretese delle minoranze hanno maggiori probabilità di essere accolte quando i valori sottesi coincidono, di fatto, con quelli già riconosciuti dalla cultura dominante. Inoltre, la considerazione del fattore

[69] I. RUGGIU, *Il giudice antropologo,* cit*.,* pp. 268-269.
[70] I. RUGGIU, *Il "test culturale" come strumento per risolvere i conflitti del multiculturalismo*, in *Revista general de derecho público comparado*, n. 32/2022. Lo scopo del test culturale è principalmente quello di procedimentalizzare l'*iter* argomentativo del giudice, in modo da far sì che tutte le questioni rilevanti quando viene in gioco una diversa cultura siano ordinatamente considerate nel processo. F. BASILE. *I reati cd. «culturalmente motivati» commessi dagli immigrati: (possibili) soluzioni giurisprudenziali*, in *Quest. Giust.,* n. 1/2017, p. 132, dopo aver individuato tre variabili fondamentali che consentono di differenziare le condotte con matrice culturale (quali il livello di offensività del fatto commesso, la natura della norma culturale osservata e la biografia del soggetto agente) afferma che esse, per la loro rilevanza, potrebbero costituire l'ossatura di un vero e proprio test culturale, riconoscendo in quest'ultimo un utile strumento per i giudici penali chiamati a decidere casi in cui l'imputato invochi la propria cultura d'origine a fondamento della difesa. L'A. segnala, inoltre, alcuni casi concreti in cui questa impostazione sembra già avere trovato applicazione proprio nelle motivazioni delle sentenze.
[71] Ci si riferisce alla proposta di legge n. 1517 AS, relativa all'introduzione della figura dello psichiatra ovvero psicologo forense nei procedimenti penali relativi ai casi di violenza di genere, che si occupi, come si legge nella relazione, dell'«accertamento sanitario temporaneo obbligatorio, nei casi in cui, anche in assenza di flagranza, emergano fondati motivi per ritenere che sussista un concreto ed attuale rischio per la vita o l'integrità fisica e psichica della vittima».
[72] È la *cultural convergence* di C. LEE, *Cultural Convergence: Interest Convergence Theory Meets the Cultural Defense*, in *Ariz. L. Rev*., vol. 49:911, 2007, p. 914, riportata in C. DE MAGLIE, cit*.,* pp. 98-99.

culturale rimane affidata alla sensibilità del singolo giudice, tale da generare, non di rado, disparità di trattamento[73].

L'attenzione deve, allora, concentrarsi sul fatto che un'apparente apertura del sistema giuridico alla diversità culturale può, in realtà, celare costi molto elevati per i gruppi minoritari, i quali già difficilmente riescono a far sentire la propria voce all'interno di schemi già definiti dal contesto maggioritario. Resta quindi da chiedersi come stabilire un costo realmente sostenibile del rispetto del multiculturalismo, evitando al contempo che il diritto penale si mostri indifferente rispetto alle vulnerabilità di partenza[74].

Anche la dottrina italiana[75] ha proposto un modello di test culturale, strutturato in tredici domande[76] rispondenti a tre gruppi di esigenze informative[77]. Particolarmente

---

[73] C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 100, riporta il caso Kimura, in cui l'imputata, un'immigrata giapponese residente nell'area di Los Angeles, viveva in una condizione di completo isolamento sociale (non guidava, non aveva interessi al di fuori della famiglia e incarnava il modello tradizionale della moglie e madre devota), fu condannata per l'omicidio dei due figli, commesso nel tentativo di realizzare il rito giapponese dell'*oyako-shinju,* una pratica culturalmente radicata (seppur penalmente sanzionata in Giappone) consistente nel suicidio congiunto di madre e figli, attraverso la quale la moglie punisce l'infedeltà o la trascuratezza del marito, privandolo della rispettabilità e del prestigio sociale. Alla luce delle risultanze psichiatriche, l'imputazione originaria di *murder* fu ridotta a *voluntary manslaughter*, come spesso accade nei casi di infanticidio realizzati in circostanze analoghe da donne americane (sempre condannate per *manslaughter* invece che per *murder*); L. SCUDIERI, *Dalla Cultural Defense al "test culturale": luci e (soprattutto) ombre del dibattito italiano*, in *Sociologia del diritto*, n. 1/2018, pp. 143-148, riporta e commenta criticamente due sentenze invece accolte favorevolmente da altra parte della dottrina, sotto il profilo di un corretto uso del test culturale (F. BASILE, *I reati cd. «culturalmente motivati» commessi dagli immigrati,* cit*.,* pp. 126-135; ID. *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis cp*., in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, 2013, pp. 1-12): nel primo caso, un'imputazione *ex* art. 583-*bis* c.p. a carico di due genitori che avevano sottoposto le proprie figlie al rituale dell'*arué*, tipico della comunità africana Edo-Bini, i giudici della Corte d'Appello di Venezia (sent. n. 1485/2012) hanno escluso il dolo specifico di menomazione delle funzioni sessuali e di controllo della sessualità femminile, in ragione della tradizione culturale cogente e del basso livello di integrazione degli imputati, ma soprattutto reputando minimo il grado di offensività della condotta; il secondo caso è la sentenza Cass. n. 34909/2007, di condanna per violenza sessuale di un marito marocchino ai danni della moglie, nella quale si evidenzia l'insufficienza del riferimento alla differenza culturale per escludere il dolo o affermare l'inevitabilità dell'ignoranza della legge, sebbene sia stato valutato a favore dell'imputato nella determinazione della pena che, nella cultura d'origine (condivisa da imputato e vittima), la violenza sessuale intraconiugale non costituisse reato.

[74] F. BASILE, *Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati*, in *Polít. crim*. vol. 6, n.12/2011, pp. 376-377, opera un distinguo: nei casi in cui la *cultural defense* conduce ad assoluzioni o pene troppo lievi per reati come uxoricidio o stupro, la preoccupazione per i diritti delle vittime è evidente; se invece si traduce solo in una modesta riduzione della pena, essa può rappresentare un equilibrio tra tutela della vittima e considerazione dei fattori che incidono sulla colpevolezza. Ad opinione dell'Autore, il giudice è chiamato a valutare il singolo imputato e la sua condotta, non a giudicare la cultura di appartenenza: se l'adesione culturale riduce effettivamente la colpevolezza, ciò deve essere considerato, indipendentemente dal giudizio di valore sulla cultura in sé.

[75] I. RUGGIU, *Il Giudice Antropologo,* cit., pp. 285 ss.

rilevanti, nell'ottica del rapporto tra tutela della cultura e protezione delle minoranze, sono gli ultimi quesiti, e poiché l'uguaglianza di genere rappresenta un valore cardine: anche in forza del riconoscimento da parte di molte Costituzioni e da documenti internazionali, si è ritenuto opportuno che il test tenga conto anche di questo profilo[78]. La dodicesima domanda, infatti, riguarda la questione: la pratica perpetua il patriarcato? Tuttavia, tale riferimento deve essere utilizzato con cautela: qualsivoglia valutazione andrebbe debitamente contestualizzata, poiché esistono forme di patriarcato che vengono negoziate anche dalle stesse donne (si pensi, ad esempio, al velo nel mondo musulmano) e che non possono essere superficialmente qualificate come meri strumenti

---

[76] I. RUGGIU, *Il giudice antropologo e il test culturale*, in *Questione giustizia*, n. 1/2017, p. 226. Il test culturale proposto dall'Autrice, nella formulazione risultante dai più recenti sviluppi dei suoi studi, è così articolato: 1) se la categoria di «cultura» risulti utilizzabile; 2) come possa essere descritta la pratica culturale e quali siano le caratteristiche del gruppo di riferimento; 3) in che modo la singola pratica si inserisca nel più ampio sistema culturale da cui proviene; 4) se la pratica sia essenziale alla sopravvivenza del gruppo e se presenti carattere obbligatorio ovvero facoltativo; 5) in quale misura la pratica sia condivisa all'interno del gruppo oppure contestata; 6) quale sarebbe il comportamento dell'agente modello appartenente a quella cultura; 7) quanto il soggetto che rivendica la pratica appaia sincero e coerente; 8) se il gruppo risulti discriminato all'interno della società; 9) se esista un equivalente culturale nella cultura maggioritaria; 10) se la pratica arrechi un danno; 11) se la pratica contribuisca a perpetuare il patriarcato; 12) quale impatto produca la pratica culturale sulla cultura ospite; 13) quali ragioni giustifichino la prosecuzione della pratica da parte della minoranza, alla luce del criterio della scelta di vita ugualmente valida.

[77] I. RUGGIU, *Il "test culturale" come strumento per risolvere i conflitti del multiculturalismo*, cit. Il test, dunque, consta di una prima parte oggettiva di sei domande, orientate a verificare se il fatto oggetto del giudizio costituisce effettivamente una pratica culturale e a raccogliere, auspicabilmente con il supporto di esperti culturali, informazioni sulle tradizioni della comunità di riferimento che ne consentano una piena comprensione; segue la parte soggettiva, in cui si indaga sul grado di adesione dell'imputato alla cultura di provenienza e la misura in cui questa ha inciso sulla condotta (si tratta della domanda relativa a come si comporterebbe la persona media appartenente alla cultura in esame, e di quella volta a verificare se nella vita del soggetto vi sia coerenza tra la pratica rivendicata e la generale condotta di vita); e infine una terza parte relazionale/interculturale, nella quale vengono assunti elementi per operare un bilanciamento tra valori e diritti della cultura di maggioranza e di minoranza.

[78] Nella monografia del 2012, tradotta e aggiornata in I. RUGGIU, *Culture and the Judiciary. The Anthropologist Judge*, London 2019, il test culturale era originariamente articolato in dodici domande, nel 2019 ne è stata aggiunta una tredicesima, relativa alla verifica se la pratica perpetui il patriarcato. La scelta di inserire quest'ultima domanda nel test culturale risponde all'esigenza di evitare che il riconoscimento del fattore culturale possa tradursi in una forma di legittimazione di pratiche lesive dell'uguaglianza di genere. Sulla scia delle critiche formulate dal femminismo giuridico nei confronti del multiculturalismo, talvolta accusato di aver finito per avallare assetti culturali discriminatori nei confronti delle donne, nella prospettiva dell'Autrice il diritto non può limitarsi a comprendere i fenomeni sociali secondo la prospettiva relativista propria dell'antropologia, ma deve necessariamente valutarli alla luce dei principi fondamentali dell'ordinamento, primo fra tutti quello di uguaglianza. L. SCUDIERI, *Dalla Cultural Defense al "test culturale": luci e (soprattutto) ombre del dibattito italiano,* cit., pp. 141-142, riporta come in un primo momento dello studio, Ruggiu abbia escluso l'inserimento della categoria di genere all'interno dei test culturali, in quanto avrebbe comportato conflitti con i principi della Costituzione, rappresentando, inoltre, un ostacolo al dibattito multiculturale, nonché un «cortocircuito concettuale», in cui sembra che il "genere" metta in crisi lo stesso spazio di discussione sui diritti delle minoranze culturali. Scudieri condivide solo in parte questa preoccupazione: ammette che un uso rigido e standardizzato dell'argomento anti-patriarcale possa essere problematico, ma trova molto più grave e paradossale l'idea che sia proprio la tutela del genere femminile a mettere in pericolo l'argomento culturale. Infatti, sottolinea che non di rado la giurisprudenza ha utilizzato l'argomento culturale per legittimare pratiche violente contro le donne, riaffermando implicitamente la cultura patriarcale.

di oppressione[79]. La tredicesima domanda è strettamente collegata a questo aspetto e riguarda le buone ragioni che la minoranza può presentare per continuare la pratica[80]. Si tratta di un passaggio cruciale, perché, da un lato, favorisce il dialogo interculturale nella fase del test che mette in relazione le culture in conflitto, dall'altro, può stimolare la maggioranza a riconsiderare anche alcune proprie pratiche culturali. In questo senso, il test non si limita a un giudizio sul caso concreto, ma diventa uno strumento di integrazione dinamica tra culture, orientata alla miglior tutela della persona, e capace di superare il rischio di un paternalismo occidentale che impone modelli di comportamento precostituiti.

4. Multiculturalismo e femminismo: tensioni e conflitti

Non è possibile, dunque, trascurare le disuguaglianze e gli squilibri sociali che, in concreto, ostacolano i soggetti discriminati, ossia i "più deboli", nel pieno accesso ai beni giuridici tutelati dal diritto penale. Tale consapevolezza impone di articolare l'analisi su più piani: da un lato, la considerazione delle minoranze culturali; dall'altro, la tutela dei membri più vulnerabili all'interno delle stesse.

Occorre, pertanto, delineare i principali contorni del dibattito relativo alla compatibilità tra un approccio multiculturalista e l'affermazione dell'uguaglianza di genere, nonché, con specifico riferimento al piano penalistico, la tutela dei beni fondamentali della persona.

4.1. Nodi critici nel dibattito tra W. Kymlicka e S. Okin

Al di fuori dell'area strettamente penale, il tema del multiculturalismo individua tra i suoi punti cardine il riconoscimento di diritti culturali, volti a consentire ai membri delle minoranze di mantenere un legame con la comunità d'origine. I diritti culturali s'inseriscono nella più ampia tutela dello sviluppo della persona, della sua storia, delle sue radici e del senso di appartenenza a una comunità: tutti valori pienamente

[79] L. SCUDIERI, *Dalla Cultural Defense al "test culturale",* cit*.,* p. 129, propone che la prima domanda del test richiami espressamente il divieto di giustificazione della violenza di genere su base culturale di cui all'art. 42 par. 1 della Convenzione di Istanbul, affinché si garantisca che pratiche violente contro le donne siano considerate mere espressioni di patriarcato e non di cultura, e pertanto sottratte a qualsiasi forma di negoziazione.

[80] I. RUGGIU, *The "Cultural Test" as Cultural Expertise: Evolution of a Legal–Anthropological Tool for Judges*, in *Laws, MDPI* vol. 8, n. 3/2019, p. 9.

riconducibili alla tutela dell'identità personale[81]. Essere riconosciuti nella propria cultura, lingua o religione rappresenta, infatti, una componente fondamentale della dimensione sociale che deve essere garantita ad ogni soggetto di diritto. Da qui trae fondamento quella corrente di pensiero che individua nel mancato riconoscimento dell'identità culturale l'atto discriminatorio per eccellenza nei confronti delle minoranze[82].

In questa prospettiva, Will Kymlicka sostiene una teoria liberale dei diritti di gruppo[83], finalizzata a preservare l'identità collettiva, nel rispetto delle minoranze presenti all'interno della stessa compagine culturale: tali diritti sono infatti accettabili solo se contribuiscono a promuovere l'uguaglianza, mentre risultano inammissibili se generano o aggravano disuguaglianze all'interno dello stesso gruppo. Il punto centrale della ricostruzione dell'Autore è che il multiculturalismo liberale non vada inteso come un lasciapassare per forme di autogoverno autoritarie o illiberali, ma come uno strumento per garantire che le diverse culture possano partecipare equamente alla società, senza compromettere i principi di libertà individuale e uguaglianza[84]. Solo ove le comunità minoritarie riescano a esercitare l'autogoverno rispettando i diritti individuali, dunque, le loro rivendicazioni risulteranno compatibili con un modello liberale.

L'approccio di Kymlicka, infatti, si differenzia dal liberalismo tradizionale[85], in quanto esclude che basti semplicemente garantire al gruppo minoritario gli stessi diritti

---

[81] W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale,* cit*.,* pp. 157 – 163.

[82] C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, in G. RIGAMONTI (trad. it. a cura di), *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano 2003, pp. 10-17.

[83] W. KYMLICKA, *Interpreting Group Rights*, in *The Good Society* vol. 6, n. 2/1996, p. 11, per cui i *multiculturalist group rights* rappresentano una caratteristica inevitabile di una democrazia liberale, in quanto per perseguire una reale integrazione non può pretendersi che i membri del gruppo di minoranza siano obbligati a seguire lo stile di vita della maggioranza. L'Autore segnala, infatti, che le istituzioni dello Stato sono progettate in base alla cultura di maggioranza e la riflettono, favorendo automaticamente gli stili di vita dei cittadini storici, e lasciando tutti gli altri esclusi.

[84] W. KYMLICKA *Interpreting Group Rights,* cit., pp. 9-10; analogamente anche C. KUKATHAS, *Distinguished Lecture in Public Affairs: Is Feminism Bad for Multiculturalism?,* in *Public Affairs Quarterly* vol. 15, n. 2/2001, p. 90.

[85] W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale,* cit*.,* pp. 158 ss., respinge, infatti, una concezione «comunitaria» dell'individuo, inteso come interamente assorbito nella dimensione culturale di appartenenza. Secondo l'Autore, ciascun individuo deve poter prendere le distanze dalla propria tradizione culturale e dal ruolo sociale da essa derivante, a condizione che gli sia anzitutto riconosciuto tale diritto e che siano garantite le condizioni sociali idonee a sviluppare questa consapevolezza e la relativa «capacità di uscita». Proprio in ciò si coglie uno dei principali limiti dell'ideologia liberale tradizionale, la quale tende a trascurare quei fattori interni alla cultura stessa che possono ostacolare concretamente tale possibilità di distacco, come le pressioni esercitate dai membri della comunità di appartenenza, in particolare nell'ambito familiare. A. FACCHI, *Donne, culture e diritto: aspetti*

di quello dominante: occorre considerare anche le strutture istituzionali delle minoranze, al fine di adattare il processo di dialogo alle loro effettive condizioni di partenza[86]. Ciò può giungere fino al riconoscimento di diritti speciali, volti a tutelare la sopravvivenza della cultura stessa: ed è qui che s'innesta il discorso intorno ai *group rights*. In questi termini, il multiculturalismo si presenta quindi come un alleato e non un nemico del femminismo, poiché condivide con esso sia le battaglie che le strategie[87].

Di diverso avviso è, invece, Susan Moller Okin, che osserva il multiculturalismo con scetticismo, considerandolo un ostacolo alle conquiste femministe, in quanto potenziale fattore legittimante di dinamiche sessiste e patriarcali, nonché idoneo a compromettere il raggiungimento della piena uguaglianza di genere, fine ultimo del femminismo. Viene così in rilievo, nella ricostruzione dell'Autrice, come il potere si eserciti all'interno delle minoranze: da qui la tensione tra il femminismo, che vuole correggere le disuguaglianze interne (quelle di genere), e il multiculturalismo, che invece volge la sua attenzione all'esterno, concentrandosi sulle differenze tra gruppi culturali (tra minoranze e maggioranza)[88]. La tutela dell'identità culturale, infatti,

---

dell'immigrazione femminile in Europa, in *Immigrati, diritti e conflitti: saggi sul pluralismo normativo*, Bologna 1999, pp. 84- 85, ritiene invece che il c.d. diritto di uscita, inteso come la possibilità per l'individuo di distaccarsi dal gruppo cui appartiene, sia per nascita sia per scelta, rappresenti una specifica espressione della libertà personale e costituisce una fondamentale garanzia contro il rischio che i diritti del singolo vengano sacrificati in favore di quelli collettivi. Proprio perché, nella pratica, tale possibilità risulta spesso difficile da esercitare, è opportuno adottare particolare cautela nel riconoscimento e nella tutela dei diritti culturali e prediligere piuttosto «un'ampia e contestualizzata interpretazione dei diritti di libertà e eguaglianza, la cui piena realizzazione richiede evidentemente anche misure riequilibratrici e promozionali». C. SANTORO, *La tutela penale dei soggetti vulnerabili nell'Italia multiculturale tra simbolicità e ineffettività*, in F. ABBONDANTE, S. PRISCO (a cura di), *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza,* Napoli 2015, pp. 129- 130, evidenzia come il "diritto di uscita" rischi di rimanere garantito solo in astratto, qualora non siano riconosciute adeguate condizioni socio-economiche che consentano di renderlo concretamente effettivo e di «sfuggire» ai vincoli con la comunità di appartenenza.

[86] A. FACCHI, *Donne, culture e diritto: aspetti dell'immigrazione femminile in Europa*, in *Immigrati, diritti e conflitti: saggi sul pluralismo normativo*, cit., pp. 85-86, in materia di uguaglianza di genere, l'A. non esclude neanche una normazione discriminatoria che realizzi l'uguaglianza attribuendo, alle donne, diritti preclusi agli uomini, in nome dell'uguaglianza non solo formale, ma anche sostanziale, tenendo cioè conto degli squilibri sociali di partenza. Diversa sul punto è l'opinione di C. KUKATHAS, *Is feminism bad for Multiculturalism?,* cit., pp. 94-97, che critica l'intervento statale come soluzione alle disuguaglianze di potere nei gruppi culturali, poiché le *élites* dominanti trovano spazio e voce anche attraverso il potere statale, finendo per rafforzare, anziché correggere, le ingiustizie esistenti: né lo Stato né la maggioranza sociale, dunque, dovrebbero intervenire per rendere i gruppi culturali più liberali. Di contro, si recrimina a questa prospettiva di non tutelare adeguatamente i membri vulnerabili, in quanto determinerebbe la tolleranza di pratiche oppressive, se accettate dal gruppo di minoranza.

[87] W. KYMLICKA, *Compiacimenti liberali*, in J. COHEN, M. HOWARD, M. C. NUSSBAUM, (a cura di), *Diritti delle donne e multiculturalismo,* cit., p. 32, rimprovera al femminismo di non essere stato abbastanza attento ai problemi della differenza culturale.

[88] S. M. OKIN, *Feminism and Multiculturalism: Some Tensions,* cit*.,* pp. 669 ss.

secondo Okin, rischia di alimentare assetti culturali intrinsecamente misogini[89], nella misura in cui molte culture risultano strutturate su rapporti di potere che pongono le donne in posizione di svantaggio: a conferma di ciò, si osserva come le tre maggiori religioni, tra cui il cristianesimo dominante in Occidente (e in particolare in Italia), abbiano storicamente esercitato un controllo sulla donna, sulla sua sessualità e sulla sua autonomia[90].

Parlare di diritti di gruppo, in altre parole, per Okin significa rischiare di ignorare le disuguaglianze interne. La "selezione" proposta da Kymlicka, ossia l'attribuzione di tali diritti solo alle culture considerate non discriminatorie, soprattutto se questa valutazione viene effettuata da ordinamenti in cui l'uguaglianza di genere non è ancora pienamente realizzata, rischia di trascurare tutte le forme di disuguaglianza tra i sessi non immediatamente riconoscibili[91], comprese le pratiche oppressive culturalmente approvate anche dalle donne, il cui sviluppo avviene all'interno della stessa cultura patriarcale che le opprime[92].

---

[89] Analogamente anche L. VOLPP, *(Mis)Identifying Culture: Asian Women and the "Cultural Defense,"* in *Harvard. Women's LawJournal* vol. 17, n. 93/1994, pp. 91 ss., contraria alla *cultural defense*, analizza la duplice oppressione subita dalle donne immigrate: sia dalla propria cultura, che dalla società maggioritaria.

[90] S. M. OKIN, *Il multiculturalismo è un male per le donne?,* in J. COHEN, M. HOWARD, M. C. NUSSBAUM (a cura di), *Diritti delle donne e multiculturalismo,* cit., p. 145. Di contro M. C. NUSSBAUM, *Un invito a non semplificare*, in J. COHEN, M. HOWARD, M. C. NUSSBAUM (a cura di), *Diritti delle donne e multiculturalismo,* cit., pp. 117 – 129; ID., *Diventare persone*, Bologna 2001, pp. 205 ss., sottolinea come le religioni e le loro pratiche non siano di per sé sessiste, né si fondino su stereotipi, oltre a rappresentare una componente culturale imprescindibile per la persona, influenzandone l'evoluzione anche come membro di una collettività. E ciò tanto a livello individuale, quanto collettivo: molte spinte sociali, come il movimento americano per i diritti civili o la lotta indipendentista degli indiani, affondano le loro radici nella religione. Per l'A., il punto di partenza è rappresentato dal «ragionevole pluralismo di dottrine omnicomprensive del bene», incluse le dottrine religiose, ritenute compatibili con i valori politici fondamentali, quali l'uguaglianza tra i cittadini. Garantire la possibilità di vivere liberamente la propria dimensione religiosa consente all'individuo di scegliere e perseguire una personale concezione del bene, dando così forma a una «concezione politica dell'autonomia». In tal senso, i valori condivisi che ne derivano non sono accettati per il loro contenuto morale, bensì in quanto fondativi della convivenza sociale: politici, dunque, nel senso più autentico del termine.

[91] S. M. OKIN, *Il multiculturalismo è un male per le donne?,* cit., p. 19, parla di subordinazione delle donne «informale e privata», tale che «oggi quasi nessuna cultura al mondo, minoritaria o maggioritaria che sia, risulterebbe conforme» al criterio di assenza di discriminazioni sessuali, condizione necessaria, per Kymlicka, per la legittima affermazione del multiculturalismo.

[92] C. MACKINNON, *Le donne sono umane?,* Bari 2012, pp. 171-173, sottolinea come il pensiero post-moderno abbia fornito il fondamento di giustificazioni multiculturaliste alla violenza maschile, indebolendo, più in generale, «la pratica dei diritti umani».

T. PITCH, *A proposito di "Le donne sono umane?" Di Catharine Mackinnon*, in *Sociologia del diritto*, n. 3/2012, p. 162, evidenzia come per MacKinnon "La differenza sessuale (…) è soltanto il fatto che gli uomini hanno potere e le donne no; le differenze tra donne (etniche, culturali, economiche) contano ben poco di fronte a questo fatto; la soggettività femminile è un'illusione, giacché interamente forgiata da questo medesimo fatto".

Nella corrente femminista, si è sostenuto, infatti, che le donne sono state subordinate non solo dalle istituzioni politiche, attraverso la privazione di diritti, ma anche dalla struttura stessa delle istituzioni sociali fondamentali, come il matrimonio e la famiglia. Fino a che punto, allora, quei diritti di gruppo vanno garantiti, in quanto inerenti alla dimensione strettamente personale, se risultano deleteri per alcuni membri della compagine sociale?

Da qui emerge la necessità di considerare anche le esigenze dei soggetti più vulnerabili all'interno dei gruppi culturali di minoranza[93]: i diritti di gruppo non possono essere riconosciuti "alla cieca", bisogna invece chiedersi se danneggiano qualcuno all'interno del gruppo stesso. Per questo, le minoranze devono evolvere e adattarsi[94], almeno in parte, alla società più ampia, così da non perpetuare discriminazioni al loro interno.

Nelle intenzioni di chi sostiene questa visione, ciò consentirebbe non solo un assottigliamento delle differenze tra culture[95], ma attraverso interventi sostanziali volti ad azzerare i meccanismi di potere si ambisce a creare condizioni effettive che permettano a tutti di scegliere liberamente la vita che vogliono vivere. Non manca, però, un punto critico: fino a che punto l'assimilazionismo può dirsi conforme allo Stato sociale di diritto, e quando invece assume le tinte paternalistiche che compromettono una reale garanzia di multiculturalismo?

---

[93] S. M. OKIN, *Il multiculturalismo è un male per le donne?,* cit*.,* pp. 133 – 138, l'A. sostiene a spada tratta che «dare credito a tali pretese di unità, concedendo diritti di gruppo a comunità non democratiche, equivale a schierarsi con i potenti - con i privilegiati, contro gli emarginati», andando dunque a compromettere l'idea stessa di uguaglianza che s'intende perseguire.

[94] W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale,* cit*.,* pp. 168 – 174, sottolinea come non tutti i soggetti che emigrano in una nuova comunità presentino il medesimo grado di apertura nei confronti della cultura di arrivo. Ad esempio, nel caso di immigrazione volontaria, tale scelta implica anche una parziale rinuncia ai diritti nazionali connessi alla cultura d'origine; ne consegue che il processo di integrazione assume un carattere bidirezionale, nel quale la società ospitante si apre agli immigrati e questi ultimi si adattano, almeno in parte, alla cultura maggioritaria. Diversa è, invece, la situazione dell'immigrazione involontaria, sebbene la linea di distinzione risulti spesso sfumata, anche per la difficoltà di ricondurre a un'unica categoria realtà molto eterogenee: si pensi, ad esempio, tanto alla condizione del rifugiato quanto a quella di chi, pur non essendo perseguitato, proviene da contesti di forte povertà e decide di emigrare alla ricerca di condizioni di vita più dignitose. L'A. evidenzia come, in tali ipotesi, gli immigrati non possano pretendere di trasferire integralmente la propria cultura d'origine nel nuovo contesto, se non in un'ipotesi ideale (ma, ad oggi, inesistente) di equa distribuzione delle risorse a livello globale, che annullerebbe le disuguaglianze tra Paesi ricchi e Paesi poveri. Piuttosto, appare opportuno valorizzare un atteggiamento di maggiore tolleranza da parte della comunità di accoglienza, accompagnato dal rafforzamento di politiche e servizi volti a favorire un'effettiva integrazione.

[95] S. M. OKIN, *Replica,* in J. COHEN, M. HOWARD, M. C. NUSSBAUM (a cura di), *Diritti delle donne e multiculturalismo,* cit*.,* p. 134.

Okin si colloca in una prospettiva dichiaratamente femminista, in cui è considerato favorevolmente tutto ciò che pone donne e uomini in condizioni di uguaglianza: tutte le strutture sociali che non lo consentono sono pertanto criticabili alla luce di questo obiettivo. Secondo questa prospettiva, vi è una possibilità di miglioramento della condizione delle donne in una minoranza se la cultura di provenienza viene progressivamente modificata[96] fino a integrarsi con la cultura della maggioranza o, meglio ancora, se viene incoraggiata a cambiare in modo da rafforzare l'uguaglianza delle donne, almeno fino a raggiungere gli standard di tutela previsti dalla cultura dominante. Resta tuttavia una domanda cruciale: in questa prospettiva, si tiene davvero conto dell'importanza della cultura di provenienza per lo sviluppo della persona?

5. Il femminismo giuridico e la violenza di genere

L'affermazione del pensiero femminista ha contribuito a diffondere tra i consociati una crescente consapevolezza delle dinamiche di genere, portando tale tematica al centro del dibattito non solo politico, ma anche giuridico[97].

Il percorso del giusfemminismo ha avuto, quale primo passaggio fondamentale, il riconoscimento del patriarcato come elemento profondamente radicato anche nelle strutture del diritto: è da questa consapevolezza che sorge l'indagine sulle dinamiche del potere presenti nella (e attraverso la) dimensione giuridica[98]. Negli ultimi anni, infatti, la teoria femminista ha progressivamente superato l'idea del diritto come tecnica intrinsecamente maschile, rivalutandone il ruolo quale strumento capace di esprimere identità e culture femminili. La nuova scienza giuridica femminile mira, infatti, non solo

---

[96] S. M. OKIN, *Il multiculturalismo è un male per le donne?,* cit., p. 20.

[97] G. CHÁVEZ VALLEJO, *El control costitucional de la justicia indígena en el estado plurinacional,* cit., pp. 49-50, sull'intersecarsi della critica femminista con lo studio delle questioni giuridiche (costituzionali) come risultato dell'abbandono della prospettiva positivista.

[98] F. OLSEN, *El sexo del derecho*, in A. E. C. RUIZ (a cura di)*, Identidad femenina y discurso jurídico*, Buenos Aires 2000, pp. 146 ss., analizza le principali correnti del giusfemminismo a partire dalla nozione di dualismi, quali razionale/irrazionale, attivo/passivo, oggettivo/soggettivo, che attraversano ogni dimensione della vita sociale, incluso il diritto. L'A. sottolinea come tali opposizioni siano «sessualizzate», nel senso che, all'interno di ciascuna coppia, il termine associato al maschile viene tradizionalmente considerato superiore. Ne deriva che il diritto, in quanto espressione di razionalità, è stato storicamente qualificato come un prodotto maschile. Le critiche femministe al sistema giuridico si articolano, tuttavia, in modo differenziato, proprio in ragione delle diverse modalità con cui viene interpretato il rapporto tra diritto e razionalità. Da un lato, vi sono posizioni che accettano sia la sessualizzazione sia la gerarchizzazione dei dualismi, ma ne rovesciano l'impostazione, sostenendo la superiorità della prospettiva femminile. Dall'altro lato, si collocano coloro che, pur riconoscendo la sessualizzazione del diritto, rifiutano la logica gerarchica, mirando piuttosto a una valorizzazione paritaria delle dimensioni coinvolte; in tale prospettiva, il diritto è considerato parte integrante della struttura di dominio maschile e, per questo, ideologicamente oppressivo nei confronti delle donne.

a decostruire categorie e norme esistenti, ma anche ad evitare la costituzione di un nuovo ordine modellato su un soggetto-donna astratto e neutrale, riconoscendo e valorizzando, piuttosto, le differenze di classe, cultura e orientamento sessuale tra le donne[99].

Questo approccio si è esteso anche al diritto penale: si invoca un esercizio del potere punitivo, innanzi alla "violenza di genere", più attento alla dignità e alla specificità dei soggetti coinvolti, che superi il paradigma classico del diritto penale fondato su un principio di neutralità[100], caratterizzato da reati indifferenti rispetto al sesso o al genere di chi li commette o di chi li subisce. È proprio questa pretesa neutralità, in origine esaltata come garanzia di uguaglianza formale, che viene oggi messa in discussione: è ritenuta incapace di cogliere le forme specifiche e strutturali della violenza che colpisce le donne "in quanto donne", in relazione alla quale viene invocata, invece, una tutela sostanziale *ex* art. 3, comma 2 Cost. In altre parole, si pone l'accento sul rischio che trattare tutti "allo stesso modo" si traduca, nei fatti, in una profonda disuguaglianza sostanziale, ignorando le diverse condizioni di partenza dei soggetti considerati.

Da qui l'idea che anche il diritto penale possa essere usato non solo per reprimere condotte offensive, ma anche per dare un nome alle realtà sociali: si fa leva, dunque, sul suo potere simbolico[101], che può essere impiegato per riconoscere pubblicamente la

---

[99] A. FACCHI, *A partire dall'eguaglianza: un percorso nel pensiero femminista sul diritto*, in *International Journal of Gender Studies* vol.1, n. 1/2012 pp. 137-138. La corrente più progressista del femminismo, sviluppatasi sul finire degli anni Settanta con il femminismo intersezionale, ha offerto un contributo decisivo in tal senso. Nata come reazione ai limiti del femminismo tradizionale, questa prospettiva ha reso la riflessione più inclusiva rispetto alle molteplici forme di oppressione che colpiscono donne con identità marginalizzate. Il femminismo intersezionale, infatti, analizza le interazioni tra i diversi sistemi di oppressione (fondati, ad esempio, su razza, disabilità, transessualità) per mostrare come il patriarcato incida in misura e con intensità differenti a seconda delle combinazioni tra tali fattori. Per approfondimenti si rimanda a: P. HILL COLLINS, *Intersezionalità come teoria critica della società*, F. CORBISIERO, M. NOCENZI (a cura di), Torino 2022; K. CRENSHAW, *On Intersectionality: Essential Writings*, New York 2017; A. DAVIS, *Women, race & class*, New York, 1981; B. HOOKS, *Feminist Theory: From Margin to Center*, Boston 1984. Attenta al tema è, inoltre, la Raccomandazione generale n. 28 (47a sessione, 2010) sugli obblighi fondamentali degli Stati Parti *ex* art. 2 CEDAW, specificando che «La discriminazione delle donne sulla base del sesso e del genere è indissolubilmente legata ad altri fattori che interessano le donne, come razza, etnia, religione o credo, salute, stato, età, classe, casta, orientamento sessuale e identità di genere. (…). Gli Stati Parti devono riconoscere legalmente tali forme intersecanti di discriminazione e il loro impatto negativo combinato sulle donne interessate e vietarle» (punto III, A, 18).

[100] P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Il femminicidio esiste ed è un delitto di potere*, in *Sist. pen.*, n. 5/2025, pp. 15-16; F. FILICE, *Diritto penale e genere*, in *Diritto Penale e Uomo*, n. 9/2019, pp. 22-24, sulla "genderizzazione" del discorso giuridico nelle pronunce giudiziali, tenendo conto della costruzione patriarcale dei rapporti tra i generi nella valutazione degli elementi di fatto e di diritto.

[101] Il diritto penale non è infatti scarno di quelle che 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.*, n. 4/2008, pp. 1547-1548, chiama «leggi solo performative», ossia norme che reagiscono all'emersione di determinati fatti senza essere il risultato di un autentico

violenza di genere e combatterla anche sul piano culturale. Non si tratterebbe, quindi, di creare un diritto penale "di parte" o di introdurre privilegi, ma di riconoscere che la disuguaglianza si manifesta in forme concrete, anche legate al genere, e che la "vera" uguaglianza si realizza solo trattando in modo diverso soggetti che si trovano in situazioni diverse: non si tratterebbe di creare eccezioni, ma di realizzare un'esigenza di giustizia attraverso la considerazione delle differenze.

Il dato secondo cui l'intera realtà sociale è strutturata sul binomio maschile–femminile costituisce, dunque, il presupposto logico della subordinazione di uno dei due poli rispetto all'altro. Parte della dottrina criminologica ha evidenziato come tale distinzione di ruoli nel sistema sociale trovi riflesso anche nell'ambito penale, in particolare nel modo in cui il sistema reagisce alla devianza femminile, che appare fortemente ancorata alla dimensione familiare. Si pensi, infatti, ai reati specificamente caratterizzati dal sesso femminile, quali l'interruzione della gravidanza, l'infanticidio o l'aborto, in cui la donna assume la posizione, per certi versi paradossale, di essere al contempo autrice e "vittima"[102].

La selettività dell'ordinamento penale risulta, dunque, strettamente connessa anche all'esclusione delle donne dal discorso criminologico: se all'uomo è tradizionalmente assegnata una funzione produttiva, non stupisce che la popolazione carceraria sia composta in larga parte da uomini non integrati nel sistema economico[103]; al contrario, alla donna, cui è attribuito un ruolo riproduttivo, si guarda prevalentemente nella sfera privata[104], ambito che non è direttamente regolato dal diritto penale, ma piuttosto da meccanismi informali interni alla famiglia e alla comunità[105].

---

percorso di elaborazione fondato sull'accertamento di una corrispondenza tra il fatto e un'offesa non ancora prevista dall'ordinamento penale. Si tratta, piuttosto, di disposizioni il cui principale, se non esclusivo, motore risiede nella capacità di intercettare reazioni emotive collettive, funzionale alla mera aggregazione del consenso.

[102] Anche G. SMAUS, *Io sono io,* cit*.,* p. 40 evidenzia che «uomini e donne non siedono davanti ai tribunali in quanto esseri biologici e i membri di queste istituzioni, a loro volta, interagiscono con loro in quanto portatori del genere sociale, tematizzato nei ruoli».

[103] Anche A. BARATTA, *El paradigma de género desde la cuestión criminal hacia la cuestión humana*, in A. E.C. RUIZ (a cura di), *Identidad femenina y discurso jurìdico*, Buenos Aires 2000, pp. 117 ss.

[104] Analogamente, C. PATEMAN, *Críticas feministas a la dicotomía público/privado*, in R. ÁVILA SANTAMARÍA, J. SALGADO, L. VALLADARES (a cura di), *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Quito 2009, p. 46.

[105] J. K. CONWAY, S. C. BOURQUE, J.W. SCOTT, *El concepto de género*, cit., p. 32, analizzano i sistemi di genere come mezzo di concettualizzazione culturale e di organizzazione sociale; M. C. NUSSBAUM, *Hiding from Humanity: disgust, shame, and the law*, Princeton-Oxford 2004, pp. 271-271, sottolinea come la stigmatizzazione, nel territorio delle discriminazioni, trovi spazio soprattutto in relazione a

5.1. Dai profili di disuguaglianza di genere nella legislazione penale fascista…

Può pertanto condividersi la prospettiva di chi evidenzia il carattere selettivo del diritto penale[106], tale per cui alcune situazioni restano invisibili, mentre altre vengono poste sotto l'attenzione privilegiata dell'intervento punitivo.

Ciò ha indotto parte della dottrina a sostenere che lo stesso esercizio del potere punitivo tenda a riprodurre stereotipi e forme di violenza sistemica, ad esempio attraverso l'elaborazione di categorie che escludono o attenuano l'imputabilità delle donne sulla base di presunte caratteristiche di fisiologica inferiorità o di carenza di sviluppo, connaturate al genere femminile[107], nonché mediante la creazione di spazi di impunità per atti violenti e discriminatori posti in essere dagli uomini nei confronti delle donne. In tal modo, il diritto penale concorrerebbe al mantenimento delle disuguaglianze di genere, rafforzando al contempo il controllo informale esercitato dal dominio patriarcale nella sfera privata[108]. Si tratta di un'affermazione che, se riferita all'attuale assetto della legislazione penale, calata nel contesto costituzionale, richiede alcune puntualizzazioni, ma che appare invece fondata con riferimento alla disciplina

---

«comportamenti considerati devianti rispetto al genere»: al di fuori del discorso strettamente giuridico si pensi ad una donna che si veste in modo troppo "mascolino", un uomo "effeminato".

[106] E. R. ZAFFARONI, A.SLOKAR, A. ALAGIA, *Derecho Penal. Parte general,* Buenos Aires 2022, pp. 9 ss.; anche E. R. ZAFFARONI, *Lineamientos de derecho penal*, Buenos Aires 2022, pp. 49 ss., l'A. fonda il proprio sistema riduzionista del potere punitivo sul concetto di selettività dello stesso, tema sul quale si avrà modo di tornare nel corso della trattazione. In questa sede, è sufficiente richiamarne le premesse: la criminalizzazione secondaria tende a realizzarsi colpendo prevalentemente soggetti appartenenti a posizioni sociali svantaggiate (povertà, marginalità, esclusione), i quali finiscono per rientrare con maggiore facilità, rispetto a persone con diversa posizione di partenza, nel raggio dell'intervento penale. In tal modo, la selettività del potere punitivo appare strutturalmente orientata a incidere su determinate tipologie di autore. Per questa ragione, essa risulta strettamente connessa al concetto di vulnerabilità, che incide nella costruzione della colpevolezza elaborata dall'Autore: non si intende affermare che si venga colpiti per la mera appartenenza a uno *status* sociale, bensì che, nel controbilanciare l'intrinseca selettività del sistema, si riconosca al soggetto vulnerabile una minore responsabilità. Sulla selettività del sistema punitivo anche A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1985, pp. 444-445.

[107] Sulla c.d. *infirmitas sexus*, M. GRAZIOSI, *Infirmitas sexus. La donna nell'immaginario penalistico*, in *Democrazia e diritto*, n. 2/1993, pp. 99-143; A. MANNA, *La donna nel diritto penale*, in *Ind. pen*., n. 3/2005, pp.852 ss., l'A. riporta anche il capovolgimento di prospettiva proposto da V. BENETTI, nel saggio *La donna nella legislazione italiana* del 1908, in cui l'Autrice si mostra favorevole all'introduzione di uno statuto penale differenziato per la donna, non già in ragione di una presunta inferiorità intellettuale o spirituale, bensì volto a compensare le discriminazioni civili e sociali.

[108] G. SMAUS, *Io sono io,* cit*.,* pp. 47 ss.; A. BARATTA, *El paradigma de género desde la cuestión criminal hacia la cuestión humana*, cit*.,* pp. 121-122, per cui il diritto penale è selettivo non solo perché decide chi punire (selettività positiva), ma anche perché decide chi non punire (selettività negativa). Nel caso della violenza maschile contro le donne, questa mancata punizione non è casuale: riflette e rinforza il patriarcato, rendendolo "ufficiale" attraverso l'inerzia dello Stato. È l'approccio che F. OLSEN, *El sexo del derecho,* cit*.,* pp. 151-155, definisce «*teoría jurídica crítica feminista»*, che riconosce il carattere oppressivo del diritto per le donne, in quanto, storicamente, il diritto è stato soprattutto praticato da uomini, e quindi descritto e modellato attraverso i loro punti di vista.

vigente nell'ordinamento italiano prima dell'emersione del giusfemminismo e della crescente attenzione, non solo mediatica, ma anche giuridica e politica, nei confronti del fenomeno della violenza di genere.

Emblematica, in tal senso, era la disciplina codicistica dei delitti contro il matrimonio, che contribuiva a rafforzare e rifletteva le disuguaglianze sociali fondate sul genere, che trovavano spazio nella dimensione familiare.

Nonostante il dovere di fedeltà fosse formalmente imposto a entrambi i coniugi, la tutela penale del matrimonio lo declinava in modo profondamente differenziato, determinando una marcata disparità di trattamento tra marito e moglie. In particolare, l'art. 559 c.p. puniva qualsiasi forma di adulterio della moglie, mentre l'art. 560 c.p. sanzionava il marito soltanto in presenza di una relazione di concubinato. Ne derivava che alla donna era richiesto un obbligo di fedeltà assoluta, coerente con un controllo della sessualità femminile che ha a lungo caratterizzato la narrazione sociale e giuridica in senso discriminatorio; all'uomo, invece, era imposto unicamente di non instaurare una relazione stabile e pubblicamente riconoscibile[109]. L'uso dell'espressione "tenere una concubina", impiegata nel primo comma dell'art. 560 c.p., infatti, evidenzia come, ai fini della punibilità del marito, fosse necessario qualcosa di più della mera relazione extraconiugale: il reato di concubinato richiedeva che la relazione si svolgesse "nella casa coniugale o notoriamente altrove", mentre, nel caso dell'adulterio della moglie, risultavano del tutto indifferenti le modalità di realizzazione del fatto. Ciò equivale a dire che le violazioni della fedeltà coniugale che erano necessarie e sufficienti a integrare il reato di adulterio della moglie non sarebbero state idonee, se realizzate dal marito, a renderlo responsabile di concubinato.

Si è pertanto indotti a ritenere che un sistema così strutturato rispondesse a una logica di doppia morale: rigore per la donna e tolleranza per l'uomo. Il trattamento differenziato in materia di adulterio costituiva, infatti, il riflesso di condizioni sociali non più coerenti con il dettato costituzionale, alla luce del quale la donna ha

[109] In questo quadro si colloca la previsione di cui all'art. 562 c.p., relativa alla pena accessoria della perdita dell'autorità maritale, istituto che venne successivamente abrogato con la legge 17 luglio 1919, n. 1176, la c.d. legge Sacchi, dal nome di Ettore Sacchi, promotore del Partito Radicale Italiano. Tale intervento normativo, sebbene rappresentasse, al tempo della sua emanazione, un significativo progresso, in quanto riconosceva alle donne la piena capacità giuridica, mostrò con l'avvento della Costituzione tutta la propria inattualità, permanendo al suo interno profili di disuguaglianza. Emblematico, in tal senso, è il tema dell'accesso delle donne ai pubblici uffici e alle professioni, pienamente riconosciuto solo con la legge 9 febbraio 1963, n. 66.

progressivamente acquisito pienezza di diritti e una partecipazione sempre più intensa alla vita economica e sociale della famiglia e dell'intera collettività, fino al raggiungimento di una piena parità con l'uomo, sul piano formale[110].

Anche nel diritto penale sessuale d'epoca fascista, che si caratterizzava per una vocazione personalistica carente, se non del tutto assente, si riviene una concezione della donna non riconosciuta come autonomo soggetto di diritti, ma ancorata alla dimensione domestica e, per ciò stesso, ritenuta meritevole di tutela.

Tra le fattispecie che più emblematicamente esprimevano tale impostazione si ricordano i reati di ratto: quello previsto dall'art. 522 c.p., se commesso a fine di matrimonio ai danni di una donna non coniugata, e quello di cui all'art. 523 c.p., commesso a fine di libidine ai danni di un minore o di una donna maggiorenne, ritenuto ancor più riprovevole e perciò punito più gravemente. Le finalità di matrimonio e di libidine contribuivano a delineare la specialità del ratto rispetto al sequestro di persona[111]: infatti, l'autonomia della fattispecie nel sistema del 1930 era riconducibile alla specificità, se non all'alterità, del bene giuridico tutelato, individuato nella libertà sessuale, distinta dall'integrità fisica[112]. Nella misura in cui la libertà sessuale veniva

---

[110] Tali considerazioni trovano riscontro anche nelle pronunce della Corte costituzionale che hanno condotto all'abrogazione della disciplina in esame. In particolare, con la sentenza 19 dicembre 1968, n. 126, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del primo comma dell'art. 559 c.p. In tale occasione, la Corte ha osservato che, nel sancire sia l'eguaglianza tra i coniugi sia l'unità familiare, la Costituzione attribuisce prevalenza a quest'ultima solo qualora un trattamento paritario tra i coniugi la ponga effettivamente in pericolo. Muovendo da tale premessa, la Corte ha rilevato che la disciplina censurata non fosse idonea a garantire l'unità familiare, ma si risolvesse piuttosto in «un privilegio assicurato al marito; e, come tutti i privilegi» risultasse lesiva del principio di parità. La legge, infatti, non attribuendo rilevanza all'adulterio del marito e punendo invece quello della moglie, collocava quest'ultima in una posizione di inferiorità, ledendone la dignità e costringendola a subire l'infedeltà senza disporre di un'adeguata tutela penale. Tale percorso è stato poi completato con la sentenza 27 novembre 1969, n. 147, relativa alla disciplina del concubinato, in cui è stato inoltre sottolineato come l'intero sistema delineato dagli artt. 559 e 560 c.p. rechi l'impronta di un'epoca in cui la donna non godeva della stessa posizione sociale dell'uomo, riflettendo così, nella disciplina dei diritti e dei doveri coniugali, una condizione di marcata inferiorità. Le sentenze della Corte costituzionale citate nel presente lavoro sono consultabili all'indirizzo: https://www.cortecostituzionale.it.

[111] A. ROCCO, *Relazione sul libro II*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, pt. II, Roma 1929, p. 310, in cui, sulla persona offesa di cui all'articolo 523 c.p., si legge: «non si esclude che anche un uomo di età maggiore possa essere sottratto a fine di libidine; ma il Progetto intende soltanto di stabilire che, verificandosi tale non frequente ipotesi, non trovi più applicazione il titolo del reato in esame, ma eventualmente sottentri altro titolo, per es., quello di sequestro di persona»; accordando, dunque, una tutela che atterrebbe non alla pubblica morale e al buon costume, quanto all'integrità della persona.

[112] T. PADOVANI, *Violenza carnale e tutela della libertà*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., n. 4/1989, pp. 1308-1309; A.A. DALIA, voce *Ratto (dir. vig.),* in *Enc. Dir.* [XXXVIII, 1987], pp. 743 ss., riconduce la scomparsa del delitto di ratto dall'attuale impianto penale alla progressiva valorizzazione della libertà personale quale primario bene giuridico oggetto di tutela, in luogo delle originarie motivazioni, prevalentemente di ordine sociologico, che ne giustificavano l'autonoma incriminazione. Tali motivazioni

ricondotta alla sfera della moralità pubblica, il ratto finiva per essere considerato lesivo non tanto della persona, quanto del costume sociale, che non ammetteva che matrimonio e atti di libidine si realizzassero attraverso tali modalità. In questa prospettiva si spiegano sia il più severo trattamento sanzionatorio previsto dal legislatore[113], sia la circostanza attenuante di cui all'art. 525 c.p., applicabile nel caso in cui il colpevole, prima della condanna e senza aver compiuto atti di libidine, restituisse spontaneamente la persona offesa in libertà.

Particolarmente significativa era, inoltre, la previsione dell'art. 544 c.p., che contemplava la speciale causa di estinzione del reato del c.d. matrimonio riparatore. Il dibattito sviluppatosi in sede legislativa attorno alla sua abrogazione offre un rilevante spaccato del senso e della direzione della risposta penale in materia di libertà sessuale[114]. L'eliminazione di tale disposizione si inserisce, infatti, nel più ampio intervento riformatore realizzato con la legge 5 agosto 1981, n. 442, volto a espungere dal sistema penale la rilevanza della causa d'onore. In questo contesto si colloca anche l'abrogazione dell'omicidio d'onore *ex* art. 587 c.p., che prevedeva una pena di favore da tre a sette anni in luogo di quella prevista per l'omicidio semplice[115], per chiunque cagionasse «la morte del coniuge, della figlia o della sorella, nell'atto in cui ne scopre la

---

erano infatti strettamente connesse al ruolo che la persona rapita rivestiva nell'ordine sociale: in un contesto in cui la libertà sessuale era ricondotta alla sfera della pubblica moralità, il ratto veniva considerato lesivo non tanto dell'autodeterminazione individuale, quanto del costume sociale, che non ammetteva che il matrimonio o gli atti di libidine si realizzassero al di fuori dei percorsi socialmente consentiti. In questa prospettiva, anche il diritto penale si faceva garante di tale assetto, reprimendo condotte ritenute deviate rispetto all'ordine morale vigente.

[113] Il sequestro di persona *ex* art. 605 c.p. è attualmente punito con la reclusione da sei mesi a otto anni, mentre il ratto a fine di matrimonio, previsto dall'art. 522 c.p., era sanzionato con la reclusione da uno a tre anni e il ratto a fine di libidine, disciplinato dall'articolo successivo, con la reclusione da tre a cinque anni.

[114] Si legge, nei Verbali della seduta del 18 febbraio 1981 della Commissione giustizia (consultabili all'indirizzo: https://documenti.camera.it) l'intervento dell'onorevole Rizzo (pp. 484 ss.) che, in riferimento alle ipotesi di violenza carnale "presunta", mostra preoccupazione per lo scenario che si sarebbe prospettato all'abrogazione dell'art. 544 cp: «Quantomeno andrebbe, allora, riscritta la fattispecie dell'articolo 544, prevedendo che il matrimonio abbia rilevanza come causa estintiva del reato nel caso in cui non venga commessa violenza dall'autore. Se formulassimo in tal modo la fattispecie (…) eviteremmo di prevedere la punizione nei casi in cui il fatto sia stato commesso con il consenso di entrambe le parti, un consenso che poi determina il matrimonio».

[115] F. BASILE, *La tutela delle donne dalla violenza dell'uomo: dal Codice Rocco... al Codice Rosso*, in *Diritto penale e uomo*, n. 11/2019, p. 81, qualifica come «quasi ridicola» la pena prevista per l'omicidio d'onore, soprattutto se confrontata con la reclusione da ventiquattro a trent'anni stabilita in via generale per l'omicidio del coniuge *ex* artt. 575 e 577, comma 2, c.p., peraltro nella pratica raramente eseguita in carcere a causa dell'incidenza delle circostanze attenuanti e della frequente applicazione dell'indulto.

illegittima relazione carnale e nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onor suo o della famiglia»[116].

Non sorprende, pertanto, che il bene dell'onore, di per sé di incerta delimitazione[117], venisse posto in bilanciamento con la libertà sessuale, risultando spesso prevalente, in un assetto codicistico nel quale i delitti contro l'onore erano collocati tra i delitti contro la persona, mentre quelli contro la libertà sessuale risultavano gerarchicamente inferiori, inseriti nel titolo dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume. Ne derivava, inoltre, una scarsa attenzione alla libertà e alla validità del consenso, preso in considerazione solo in presenza di atti di violenza, in coerenza con l'onere di resistenza gravante sulla vittima[118].

A tale impostazione non si sottrasse neppure la Corte costituzionale, che, con ordinanza 31 dicembre 1982, n. 266, dichiarò manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 544 c.p. in relazione all'art. 3 Cost., sia per l'intervenuta abrogazione della norma, sia per l'irrilevanza della questione nel caso concreto. La Corte escluse altresì la violazione del principio di uguaglianza, ritenendo che la disposizione non fosse diretta a premiare il ravvedimento del reo, bensì a evitare che la condanna penale costituisse un ostacolo duraturo alla vita coniugale dei soggetti coinvolti. In tal modo, la commissione di un reato contro la libertà sessuale veniva ridotta a una questione relazionale, confermando la scarsa considerazione attribuita a tale bene giuridico.

---

[116] A. ROCCO, *Relazione sul libro II*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale,* cit., pp. 387-388, si osserva che il riferimento normativo al coniuge, anziché alla sola moglie, non trova il proprio fondamento nella rilevanza penale del tradimento, già disciplinato attraverso fattispecie quali l'adulterio e il concubinato, bensì nel sentimento soggettivo di offesa all'onore. Si sottolinea, infatti, come la causa d'onore non operi al di fuori della tutela di tale bene giuridico: essa non giustifica la vendetta, ma si limita ad attenuare la pena in ragione dello stato d'ira determinato dall'offesa subita. Ne consegue che è necessario che il soggetto percepisca effettivamente la lesione del proprio onore derivante dalla scoperta di una relazione carnale illegittima. In questa prospettiva, si ammette che anche la donna possa provare un analogo turbamento e che anche il suo onore possa risultare leso. Tuttavia, riemerge la struttura patriarcale della famiglia e la posizione di supremazia del marito laddove la norma richiama espressamente la figlia e la sorella, senza fare alcun riferimento al tradimento o al concubinato di un membro maschile della famiglia. Ciò si spiega in quanto l'onore del padre e del fratello si estendeva anche alla rettitudine sessuale delle donne a loro sottoposte, fino al punto da ritenere lesa tale dimensione dell'onore e da giustificare il trattamento sanzionatorio di favore previsto dall'art. 587 c.p.

[117] *Ex multiis* sul tema, E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano 1974.

[118] T. PADOVANI, *Pre-Art. 609-bis c.p. Art. 1 l. 15 febbraio 1996, n. 66*, in A. CADOPPI (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova 2006, p. 421. I. ROSONI, voce *Violenza (dir. intermedio)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, 1993, pp. 852-855, la dottrina di diritto comune distingueva tra *stuprum* volontario e violento, ma solo quest'ultimo veniva punito con la pena capitale, senza distinzione di sesso della vittima né della natura dell'atto. Perché fosse riconosciuto come violento, tuttavia, si richiedeva che la donna avesse opposto una resistenza fisica evidente e continua, manifestata in modo chiaro prima, durante e dopo il fatto.

È in questo quadro che si colloca l'effetto dirompente della riforma del 1996, che ha profondamente riscritto il diritto penale sessuale, segnando il passaggio a una concezione centrata sulla persona e sulla tutela della libertà sessuale[119]. Proprio nell'intento di allontanarsi ulteriormente da quell'assetto normativo e dal relativo substrato culturale si inseriscono, oggi, le suggestioni sovranazionali e i progetti di riforma volti ad adeguare la disciplina della violenza sessuale a un modello autenticamente consensualistico[120].

5.2. … ai limiti del diritto penale nella tutela dell'uguaglianza di genere

Il discorso femminista sulle disuguaglianze trova, dunque, proprio nel dibattito giuridico un punto di osservazione privilegiato, dal quale mettere in luce la connaturata selettività del sistema penale. Non può tuttavia omettersi di considerare come i tempi siano profondamente mutati e come, in epoca recente, il volto repressivo del diritto penale sembri aver individuato nuovi "nemici" da punire, in luogo del rafforzamento del dominio patriarcale nella sfera privata e sociale.

L'orientamento più recente del legislatore appare infatti volto a rispondere a una sempre crescente richiesta di giustizia rispetto alle discriminazioni, promuovendo l'uguaglianza di genere anche nel diritto penale, o, più propriamente, mediante il diritto penale. Tale emergenza si inserisce in un quadro costituzionale nel quale il principio di uguaglianza, sancito dall'art. 3 Cost. anche nella sua dimensione sostanziale, quale impegno alla rimozione degli ostacoli che ne impediscono la piena realizzazione, assume rilievo trasversale, trovando espressione altresì nella disciplina della famiglia (art. 29 Cost.), del lavoro (art. 37 Cost.) e dell'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive (art. 51 Cost.). Tale assetto non può, però, giustificare la legittimazione di un utilizzo *ad hoc* dello strumento penale contro la violenza e le discriminazioni di genere.

---

[119] Per approfondimenti, si rinvia a A. CADOPPI (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit.; A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo II, Milano 2023, pp. 9 - 62; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, vol. II, tomo I, Torino 2020, pp. 305 – 342; G. FIANDACA, voce *Violenza sessuale*, in *Enc. dir. agg., IV*, 2000, pp. 1153 - 1166; F. MANTOVANI, *Diritto penale. I delitti contro la persona*, Milano 2022, pp. 411 - 492; B. ROMANO, *I delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano 2013, pp. 97 - 189; D. BRUNELLI, *Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale*; R. BORGOGNO, *Il delitto di violenza sessuale*, in F. COPPI (a cura di), *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Torino 2007, pp. 37-78, 81-153.

[120] Si rimanda a cap. 3, par. 2, nota n. 27.

Si avrà modo, nel prosieguo della trattazione, di chiarire le ragioni per cui non appare ammissibile un sacrificio dei principi cardine del diritto penale, primo tra tutti quello di quello di sussidiarietà; basti in questa sede evidenziare che il diritto penale non può essere considerato lo strumento idoneo a interrompere il ciclo della violenza di genere, né a estirpare le radici della discriminazione da cui essa origina.

Non s'intende, con tali affermazioni, disconoscere la rilevanza del fenomeno in esame: come si è potuto osservare dal rapido *excursus* proposto, numerosi passi sono stati compiuti verso la realizzazione dell'assetto costituzionale, ossia verso un progressivo adeguamento ai suoi principi, e molti altri restano ancora da compiere per giungere a una piena ed effettiva società di eguali. Tuttavia, quando si affronta il tema della violenza di genere, si entra in un ambito che coinvolge beni giuridici fondamentali della persona, rispetto ai quali la tutela penale interviene necessariamente in via successiva, ossia a lesione già avvenuta. Il ricorso al potere punitivo non può, pertanto, rappresentare né il primo né il principale strumento da invocare per fronteggiare tale fenomeno. Si impone piuttosto una riflessione critica sull'opportunità politico-criminale di fare ricorso allo strumento penale per perseguire finalità di uguaglianza: non sembra, infatti, configurabile l'elaborazione di un autonomo bene giuridico "di genere", né appare giustificabile, su tale base, riconoscere un ulteriore disvalore idoneo a fondare un diritto penale "genderizzato".

La prospettiva da privilegiare appare invece quella di un'uguaglianza che permei realmente l'intero ordinamento giuridico, senza tradursi nella costruzione di beni giuridici fittizi. L'indagine sulle radici del problema consente di delineare un possibile nuovo modello di diritto, nel quale anche le politiche extrapenali di "discriminazione positiva"[121] mostrano i propri limiti, nella misura in cui sono suscettibili di rafforzare la categorizzazione delle donne come gruppo vulnerabile, stabilizzando le differenze invece di superarle.

L'obiettivo dovrebbe essere piuttosto il pieno riconoscimento della cittadinanza politica delle donne: la sfida consiste nel decostruire le dinamiche di potere fondate sul genere e nel sostituirle con una "soggettività umana androgina"[122], intesa non come artificiosa fusione dei generi, ma come superamento della loro contrapposizione. Solo in

[121] T. PITCH, *Libertà femminile, diritto, diritti, politica*, in *Frontiere della psicoanalisi*, n. 2/2022, p. 354.
[122] Espressione di A. BARATTA, *El paradigma de género desde la cuestión criminal hacia la cuestión humana,* cit*.,* pp. 131-133.

tal modo può realizzarsi una trasformazione strutturale delle istituzioni e della cultura giuridica, finalmente emancipate da logiche di genere.

6. Lo sguardo internazionale sulla violenza di genere

Data la rilevante attenzione che il tema della violenza di genere ha ricevuto negli ultimi anni, un ulteriore interessante punto di partenza si ritiene possa essere la dimensione internazionale, la quale più di ogni altra consente di ragionare in termini di condivisibilità di valori e prospettive da cui si sviluppano le diverse forme di tutela. Le stesse convenzioni internazionali mostrano la consapevolezza del carattere transculturale della violenza di genere, nonché la sua frizione con contesti culturali che non ne mettano in discussione le dinamiche oppressive, ma al contrario le consolidino[123].

Ed è, dunque, proprio in ragione della stretta connessione della violenza di genere con il valore globale riconosciuto ai diritti umani, che risulta utile dare uno sguardo agli strumenti internazionali predisposti da Stati di diversi luoghi del mondo, al fine di comprendere se e in che misura le istanze di tutela in esame si traducano in impegni concreti, anche al di fuori del contesto occidentale.

6.1. Le prime affermazioni sul piano internazionale

Benché il principio di uguaglianza tra i sessi fosse già stato affermato nella Dichiarazione universale dei diritti umani adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948[124], quest'ultima incaricò la Commissione sulla

[123] Tale consapevolezza emerge, ad esempio, dall'art. 17 CEDAW (Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna), che istituisce il Comitato di monitoraggio dei progressi compiuti nell'attuazione della Convenzione, e dispone che i suoi membri siano "eletti dagli Stati Parti tra i loro cittadini e siedano a titolo personale, tenendo conto di un'equa distribuzione geografica e della rappresentanza delle diverse forme di cultura nonché dei principali ordinamenti giuridici".

[124] La Dichiarazione Universale dei Diritti Umani già nel Preambolo sottolinea come a fondamento dei popoli delle Nazioni Unite ci sia "uguaglianza dei diritti dell'uomo e della donna". All'articolo 2, specifica che "ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciate nella (…) Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni (…) di sesso". A prima lettura, nei primi strumenti internazionali di riconoscimento e tutela dei diritti umani il riferimento non è al genere, bensì al sesso biologico. La Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali del 1950, infatti, all'art. 14 in relazione al "godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella (…) Convenzione", sancisce un divieto di discriminazione anche in base al sesso, poi ribadita nel Protocollo 12 del 2000 all'art. 1, in un divieto "generale" di discriminazione. Analogamente anche la c.d. Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea (2000/C 364/01), che all'articolo 21 sancisce il divieto di discriminazione "fondata, in particolare, sul sesso (…)" e all'articolo 23 la parità tra uomini e donne "in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione" precisando al primo capoverso che "Il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano

condizione della donna (CSW) di redigere una Dichiarazione specificamente volta all'eliminazione della discriminazione nei confronti delle donne. Tale Dichiarazione venne adottata il 7 novembre 1967 con la Risoluzione 2263 (XXII) e pone, all'art. 1, la prima pietra del legame tra la dignità umana e il riconoscimento della donna come parte di un gruppo discriminato, stabilendo che la discriminazione contro le donne, negando o limitando la loro uguaglianza di diritti con gli uomini è *«fundamentally unjust and constitutes an offence against human dignity»*[125].

Per giungere a una definizione compiuta di discriminazione di genere, però, bisognerà attendere il 1979, anno in cui l'Assemblea generale delle Nazioni Unite adottò la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, da ora in poi CEDAW), ratificata dall'Italia con la legge 14 marzo 1985, n. 132. L'art. 1 della Convenzione definisce la discriminazione contro le donne come "ogni distinzione, esclusione o limitazione effettuata sulla base del sesso e che ha l'effetto o lo scopo di compromettere o nullificare il riconoscimento, il godimento o l'esercizio da parte delle donne, indipendentemente dal loro stato civile e sulla base della parità dell'uomo e della donna, dei diritti umani e delle libertà fondamentali nel settore politico, economico, sociale, culturale, civile, o in ogni altro settore"[126].

Il primo strumento internazionale a menzionare espressamente la "violenza" contro le donne come fenomeno giuridico e sociale autonomo, individuandone gli atti concreti, di carattere coercitivo, e gli effetti che ne conseguono, è invece la Dichiarazione delle Nazioni Unite sull'eliminazione della violenza contro le donne del 1993[127]. Essa, all'art. 1, definisce la violenza contro le donne come qualsiasi atto di violenza basata sul genere che provochi, o possa probabilmente provocare, danni o sofferenze fisiche, sessuali o psicologiche alle donne, comprese le minacce di tali atti, la coercizione o la privazione

---

vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato". Il riferimento al genere verrà introdotto soltanto a seguito del riconoscimento della specificità del fenomeno della violenza sulle donne, in quanto strettamente connesso al ruolo sociale della donna e all'oppressione cui, in forza di tale ruolo, essa è sottoposta.

[125] Testo ufficiale disponibile e consultabile all'indirizzo *web* della Biblioteca digitale delle Nazioni Unite: https://digitallibrary.un.org/record/202972?ln=es&v=pdf.

[126] Testo in traduzione dall'inglese a cura del Ministero della Giustizia – Direzione Generale del Contenzioso e dei Diritti Umani, effettuata dalla dott.ssa Nicoletta Marini consultabile al seguente indirizzo: https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/CEDAW.pdf.

[127] Adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con risoluzione 48/104 del 20 dicembre 1993.

arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica sia in quella privata[128]. Si tratta di una definizione volutamente ampia, ripresa ed estesa dalla c.d. Convenzione di Istanbul, sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica, adottata dal Consiglio d'Europa l'11 maggio 2011 e ratificata dall'Italia con la legge 27 giugno 2013, n. 77.

Il tema dell'identità di genere si intreccia, peraltro, con quello delle altre identità collettive, rendendo complesso stabilire a quale cultura fare riferimento e, ancor di più, individuare un gruppo unitario laddove l'unico tratto comune sia il genere stesso. Quest'ultimo non sembra emergere, almeno in origine, come elemento identitario volto a rivendicare specificità positive (una tradizione, una storia), ma piuttosto come risposta alle discriminazioni subite: il concetto di genere si è affermato, infatti, per rivendicare uguaglianza e non per affermare differenza[129]. Basti ricordare che l'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OSCE), nella prima versione della propria Guida pratica alla persecuzione giudiziaria dei crimini d'odio[130], includeva il genere tra le "*frequently protected characteristics*", distinguendolo tuttavia dalle "*most commonly protected characteristics*" quali la razza, l'origine etnica, la nazionalità e la religione. Tale distinzione si fondava su un criterio meramente quantitativo: tutte le legislazioni sui crimini d'odio prese in considerazione dall'OSCE contemplano la "razza" come categoria protetta, mentre solo alcune estendono la tutela a categorie quali il "genere", l'"orientamento sessuale" o la "disabilità". È soltanto con la seconda edizione del 2022[131], infatti, che tutte queste caratteristiche vengono ricondotte sotto la comune etichetta di *frequently protected characteristics*, distinte a loro volta da quelle *less frequently protected*, quali, ad esempio tra le tante, l'affiliazione politica, l'età o la classe sociale. Tuttavia, anche in questa sede, il riferimento al genere rimane neutro: non si fa, cioè, menzione esplicita della condizione femminile, ma, seguendo la definizione adottata dalle Nazioni Unite, il genere viene infatti inteso come gli attributi sociali e le opportunità associati all'essere *«male and female»*[132]. In questo contesto, si

[128] Testo ufficiale disponibile e consultabile al seguente indiritto: https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-violence-against-women.
[129] È ciò che A. FACCHI, *A partire dall'eguaglianza,* cit., pp. 119-120, definisce «femminismo della differenza».
[130] OSCE/ODIHR, *Hate crime laws. A practical guide*, Warsaw 2016, pp. 40-45.
[131] OSCE/ODIHR, *Hate Crime laws: A Practical Guide*, ed. 2, Warsaw 2022.
[132] OFFICE OF THE SPECIAL ADVISOR ON GENDER ISSUES AND ADVANCEMENT OF WOMEN (OSAGI), *Gender Mainstreaming: Strategy For Promoting Gender Equality*, 2001, in OSCE, *Practical guide*, 2022, cit., p. 53, la definizione in lingua inglese si riferisce a «*social attributes and opportunities associated*

precisa soltanto che, dal lato dell'autore, uno dei fattori motivanti di tali crimini risiede spesso nella percezione delle norme di genere; mentre, dal lato delle vittime, l'essere prese di mira deriva dalla percezione della non conformità alle norme di genere, anche in relazione all'orientamento sessuale e all'identità di genere[133].

6.2. La definizione di genere: convenzioni internazionali e prospettive sociologiche

Espressamente di "violenza nei confronti delle donne", invece, si parla nella c.d. Convenzione di Istanbul[134], che all'art. 3, par. 1, lett. a, la definisce come una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti gli atti di violenza basata sul genere che provochino, o possano probabilmente provocare, danni o sofferenze fisiche, sessuali, psicologiche o economiche alle donne, comprese le minacce di tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica sia in quella privata.[135]. Viene, così, introdotta anche la violenza economica, recentemente riconosciuta anche dalla giurisprudenza di legittimità italiana[136], e, alla lett. b, viene formulata una specifica definizione di violenza domestica, come sottocategoria che desta maggiore allarme sociale, in forza della relazione di prossimità tra autore e vittima.

Emergono, dunque, due profili essenziali: da un lato, la Convenzione sottolinea l'autonomia del concetto di discriminazione rispetto a quello di violenza; dall'altro,

---

with being male and female and the relationships between women and men and girls and boys, as well as the relations between women and those between men».

[133] *Ibidem,* si fa riferimento a *«perceived deviation from gender norms, including on the basis of their sexual orientation and gender identity».*

[134] Il preambolo della Convenzione di Istanbul richiama la Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne (CEDAW, 1979), il suo Protocollo opzionale (1999), nonché la Raccomandazione generale n. 19 del CEDAW sulla violenza contro le donne, che contiene una definizione molto simile a quella poi recepita nella Dichiarazione del 1993.

[135] Il testo originale recita: «*a violation of human rights and a form of discrimination against women and shall mean all acts of gender-based violence that result in, or are likely to result in, physical, sexual, psychological or economic harm or suffering to women, including threats of such acts, coercion or arbitrary deprivation of liberty, whether occurring in public or in private life*».

[136] Prima Cass. pen., sez. VI, 13 gennaio 2025 (ud. 14 novembre 2024), n. 1268, in *Giur. Pen.*, 20 gennaio 2025, in cui la violenza economica viene ricondotta ai maltrattamenti *ex* art. 572 c.p., in quanto concretizzatasi nell'imposizione di «un sistema di potere asimmetrico all'interno del nucleo familiare, di cui la componente economico-patrimoniale rappresenta un profilo di particolare rilievo»; da ultimo rappresenterebbe una presa di posizione nel contrasto alla violenza economica, anche Cass. Pen., Sez. VI, 27 maggio 2025 (ud. 4 aprile 2025), n. 19715, con nota di F. GARISTO, *La Cassazione torna a occuparsi di violenza economica, con riguardo al mancato pagamento delle spese straordinarie*, in *Sist. pen.*, 19 agosto 2025, in riferimento alla rilevanza penale della mancata corresponsione delle spese straordinarie a favore dei figli di coniugi separati o divorziati, integrante il delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio *ex* art. 570-*bis* c.p., anziché, come affermavano le precedenti pronunce sul tema, riconducibile alla più generale disciplina dell'art. 570 comma 2 c.p.

quest'ultima viene ricondotta nell'alveo dei diritti umani, in quanto forma di aggressione che ne mina le fondamenta. La discriminazione, dunque, non è più semplicemente un attributo del disvalore della violenza, ma acquisisce un carattere autonomo, il che se, per un verso, risulta coerente alla luce dell'offesa alla persona e ai valori sottesi all'uguaglianza sociale, al contempo potenzialmente apre la strada alla criminalizzazione di qualsivoglia condotta "motivata" dalla discriminazione di genere.

La tutela è inoltre particolarmente ampia, poiché la violenza viene definita a partire dagli effetti che produce (*harm or suffering* tangibili e non, di varia natura) ed è intesa ben oltre la *vis absoluta*, includendo espressamente forme di pressione psicologica idonea a provocare tali conseguenze, nonché la privazione della libertà, intesa come limitazione della capacità di autodeterminazione della donna. Di rilievo è anche la definizione di "genere" fornita dalla Convenzione, alla lett. c: se ne parla in termini di ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera 'appropriati' per donne e uomini[137].

Il ricorso al termine "genere", invece di rimandare alla dimensione meramente biologica, è suscettibile di una duplice lettura: da un lato, come riferimento alla condizione femminile tradizionalmente relegata a un ruolo sociale subalterno e ancillare; dall'altro, come rimando al sistema di aspettative che grava sull'uomo, investito di doveri di autorità e rispetto, in contrapposizione alla donna sottomessa. Anche l'OSCE specifica che il "sesso" si riferisce alle caratteristiche biologiche maschili o femminili, mentre il "genere" è una costruzione sociale e si riferisce all'idea socialmente accettata di mascolinità e femminilità[138]. È in questa prospettiva che si parla di violenza di genere e non di violenza sessuata, in ragione del superamento del

[137] La definizione in lingua originale recita: «*socially constructed roles, behaviours, activities and attributes that a given society considers appropriate for women and men*». Controversa appare, invece, la precisazione contenuta alla lett. f), secondo cui con il termine "donne" si intendono "anche le ragazze di meno di 18 anni". Tale formulazione sembra assumere il sesso biologico quale criterio principale di riferimento, con la conseguente esclusione delle donne transessuali dall'ambito delle tutele generali individuali. Alla luce della definizione di omofobia contenuta nella Risoluzione sull'omofobia in Europa del 2006 e, successivamente, in quella del 2012, la transessualità viene infatti ricondotta all'omosessualità soltanto ai fini della qualificazione quale caratteristica protetta, non attenendo essa all'orientamento sessuale, bensì all'identità di genere.
[138] OSCE, *Practical guide*, 2022*,* cit., pp. 36-37.

dato biologico[139]: il genere, infatti, rinvia all'insieme dei ruoli, dei comportamenti e delle aspettative socialmente costruiti e associati all'appartenenza sessuale[140].

Il pregio principale di questa distinzione è quello di aver offerto al pensiero femminista gli strumenti per mettere in discussione la presunta "naturalità" delle divisioni di genere, mostrando come esse possano essere oggetto di trasformazione, nel tempo e in relazione ai contesti storici o nazionali. Joan Wallach Scott, nell'introduzione alla raccolta *Gender and the Politics of History*, osserva efficacemente che il genere costituisce l'organizzazione sociale della differenza sessuale, senza tuttavia riflettere o tradurre in pratica differenze fisiche fisse e naturali tra donne e uomini[141]. Il genere viene definito come l'organizzazione sociale della differenza sessuale, in quanto attribuisce significato alle differenze corporee: significato che varia tra culture, gruppi sociali e contesti storici, poiché nulla, si osserva, neanche gli organi riproduttivi, determina automaticamente come devono essere strutturate le divisioni sociali, ma sono le società a decidere e costituire ruoli e rapporti di potere, anche a partire da dati biologici[142].

---

[139] Più che un superamento, per L. MCDOWELL, *La definición del género*, in R. ÁVILA SANTAMARÍA, J. SALGADO, L. VALLADARES (a cura di), *El género en el derecho,* cit*.,* p. 16, si tratta di un *absorción*, un assorbimento del concetto "biologico" di sesso in quello "sociologico" di genere, in quanto è possibile comprendere le differenze sessuali soltanto in relazione al modo di pensare il corpo, che varia da cultura a cultura.

[140] T. PITCH, *Libertà femminile, diritto, diritti, politica,* cit*.,* pp. 355-356, sottolinea come il genere sia l'elemento che accomuna le donne in quanto gruppo sessuale: «Il genere femminile può adesso comprendere la soldata insieme alla madre santificata dai papi». In quanto istituzione alla base di discriminazioni, esso deve essere decostruito, e il punto di partenza di tale processo è rappresentato dal discorso sui diritti. È infatti proprio l'esclusione delle donne dall'esercizio dei diritti ad aver reso problematico il concetto stesso di genere. Da qui la domanda dell'Autrice: «Significa allora che i diritti sono un prerequisito ovunque per la decostruzione del genere?». Nella cultura occidentale la risposta è affermativa; tuttavia, quando la cultura dei diritti occidentale si diffonde altrove, possono verificarsi due esiti contrapposti: da un lato, la messa in discussione delle gerarchie di genere; dall'altro, una reazione difensiva, talvolta persino violenta, che riafferma rigidamente il genere come parte costitutiva dell'identità culturale o religiosa.

[141] J. WALLACH SCOTT, *Gender and the Politics of History*, New York, 1988, p. 2: «(…) gender is the social organization of sexual difference. But this does not mean that gender reflects or implements fixed and natural physical differences between women and men».

[142] Sulla stessa linea P. BORDIEU, *Il dominio maschile,* cit., pp. 21-31, parla di «costruzione sociale dei corpi»; L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Bari-Roma 2019, pp. 116-117; per la valorizzazione del corpo, inteso «come un mix inestricabile di natura e cultura, dove la cultura viene letta come determinata dalla natura e anzi esplicitamente razzializzata», per la realizzazione di un'uguaglianza rispettosa della differenza sessuale, T. PITCH, *Per un buon uso di diritto e diritti,* in *Studi sulla questione criminale*, n. 2/2010, pp. 27-38; A. FACCHI, *A partire dall'eguaglianza,* cit*.,* pp. 129-130, contrappone il femminismo culturale, che guarda alla differenza di genere, con tutte le sue implicazioni, al femminismo radicale che pone, invece, l'attenzione invece sulle dinamiche di oppressione del potere maschile sulla donna.

Il sesso biologico e il genere, dunque, pur procedendo spesso parallelamente, devono essere tenuti distinti. La loro scissione è, infatti, di fondamentale importanza quando si tratta di predisporre politiche di *welfare* fondate su elementi differenziali ineliminabili. Si pensi, ad esempio, a quei diritti che possono essere giustificati alla luce dell'uguaglianza sostanziale solo nella misura in cui si riconosce un diritto "sessuato", cioè radicato nel sesso biologico e non nel genere. È il caso, in particolare, dell'autodeterminazione in materia di maternità, che riguarda la donna in quanto portatrice di interessi peculiari legati alla dimensione biologica[143].

A partire da tali premesse, non sorprende che parte dell'autorevole dottrina abbia considerato il discorso femminista il discorso antidiscriminatorio 'per eccellenza'[144], nella misura in cui l'eliminazione delle discriminazioni di genere inciderebbe profondamente sulla struttura gerarchica e verticale della società.

In più, il discorso femminista può ben intrecciarsi con tutti gli altri discorsi antidiscriminatori, e proprio sotto questo aspetto mette in luce il problema della frammentazione che attraversa l'universo delle lotte sociali: ogni gruppo oppresso tende, infatti, a combattere partendo dalla propria particolare esperienza di discriminazione, costruendo così una visione parziale del mondo, ristretta alla propria condizione[145]. Questa frammentazione non solo porta inevitabilmente a contraddizioni tra i vari gruppi discriminati, indebolendo la lotta sociale, ma dà impulso alle rivendicazioni che promuovono il ricorso all'intervento penale come soluzione populista priva di effettività. Non stupisce, infatti, che il più recente tentativo di una

[143] L. FERRAJOLI, *La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza,* in *Democrazia e diritto,* 1993, pp. 72-73.

[144] In questi e nei termini che seguono E. R. ZAFFARONI, *El discurso feminista y el poder punitivo,* cit*.,* pp. 26-27; per una concezione della lotta femminista come principale strumento per decostruire le disuguaglianze di genere radicate nella realtà sociale e, al tempo stesso, per superare la frammentazione delle diverse lotte delle minoranze, anche A. BARATTA, *El paradigma de género desde la cuestión criminal hacia la cuestión humana*, cit., p. 128, per cui *«la respuesta al pacto social de la modernidad, entendido como pacto de exclusión, es la alianza de todos los excluidos».*

[145] E. R. ZAFFARONI, *El discurso feminista y el poder punitivo*, cit., p. 30, parla di «*insólita pretensión de que sus cadenas lo liberen*», per descrivere la pretesa sociale secondo cui il potere punitivo, ossia il medesimo strumento di controllo e oppressione, possa essere considerato un alleato nella risoluzione del problema sociale. Se tale dinamica emerge con riferimento alle categorie maggiormente esposte all'azione repressiva dello Stato, il femminismo sembra tuttavia costituire, secondo l'A., un'eccezione: dopo un'iniziale repressione brutale delle donne, lo Stato avrebbe infatti delegato per secoli il mantenimento della loro subordinazione al controllo patriarcale. In altri termini, non è necessario che esso criminalizzi direttamente la donna e la condizione femminile per manifestare la propria ostilità; è sufficiente il sostegno a un assetto sociale patriarcale che opera quale meccanismo di oppressione.

tutela penale "di genere", nel catalogo dei delitti contro l'uguaglianza[146], sia avvenuta nell'ambito di una proposta di introduzione di misure di contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati anche sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità. Il riferimento è al c.d. disegno di legge Zan (d.d.l. S. 2005 del 2020)[147], che non è mai stato approvato e che prevedeva, parimenti, l'espressa differenza tra sesso e genere all'art. 1, rispettivamente, lett. a e b, definendo il primo come "il sesso biologico o anagrafico", e il secondo in termini di "manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse al sesso".

Storicamente, ai ruoli sociali in esame sono stati culturalmente associati valori gerarchici di potere: agli uomini dominio, forza, autorità; alle donne sottomissione, cura, dipendenza[148]. Dire che il genere costituisce un elemento identitario significa, dunque, riconoscere che le donne appartengono a un gruppo al quale la società attribuisce ruoli e limiti precisi. La valorizzazione del concetto di genere diventa perciò fondamentale per affrontare la violenza contro le donne come fenomeno strutturale, radicato nella cultura patriarcale e nella visione gerarchica dei rapporti tra i sessi. Il riferimento all'ambito sociale rimanda, in ultima analisi, all'evoluzione delle dinamiche

---

[146] L. GOISIS, *Genere e diritto penale. Il crimine d'odio misogino*, in *Questione giustizia*, n. 4/2022, p. 62, richiama, nel panorama comparatistico, la legislazione francese, quella spagnola e quella croata, tutte legislazioni che prevedono, all'interno del codice penale, la circostanza aggravante comune dell'odio di genere (rispettivamente: artt. 132-77 *code pénal*; art. 22, comma 4, *código penal*; art. 89, par. 20, codice penale croato). Il codice penale spagnolo, ad esempio, espressamente prevede un'aggravante per chi commette *«el delito por motivos (...) de discriminación referente a (...) su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, (...) con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurran efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta».* L'Autrice sostiene l'opportunità di includere la misoginia tra i motivi d'odio previsti dagli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p. A suo avviso, escludere il genere dalla lista delle motivazioni d'odio equivale a non riconoscere che la violenza contro le donne costituisce un fenomeno collettivo, capace di minare i fondamenti stessi della società democratica, andando oltre i singoli rapporti interpersonali del caso concreto. Il mantenimento della neutralità del diritto penale, inoltre, attraverso il riferimento al genere, e non al solo genere femminile, consente di introdurre una lettura attenta alle disuguaglianze strutturali, come richiesto dalla Convenzione di Istanbul.

[147] Il disegno di legge prevedeva, rispettivamente all'art. 2 e 3, la modifica degli articoli 604-*bis* e 604-*ter* c.p., consistente nell'aggiunta del sesso, del genere, dell'orientamento sessuale, dell'identità di genere, della disabilità tra i motivi fondanti la propaganda (art. 604-*bis*, comma 1, lett. a, c.p.), l'istigazione a commettere o la commissione di violenza o atti di provocazione alla violenza (art. 604-*bis*, comma 1, lett. b, c.p.), l'incitamento alla discriminazione o alla violenza tra gli scopi di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi (art. 604-*bis*, comma 2, primo periodo, c.p.), la finalità di discriminazione o di odio con la quale sono commessi reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo (604-*ter*, comma 1, c.p.).

[148] Anche A. BARATTA, *El paradigma de género desde la cuestión criminal hacia la cuestión humana,* cit*.,* p. 102 affronta il tema delle "coppie" di qualità contrapposte attribuite ai due sessi, analizzandoli come strumenti simbolici per la distribuzione delle risorse tra uomini e donne e per il mantenimento delle relazioni di potere esistenti tra loro.

di potere tra i generi, lettura coerente con le misure di sensibilizzazione e trasformazione culturale richieste dalla Convenzione di Istanbul[149], le quali devono promuovere "l'uguaglianza tra donne e uomini, ruoli di genere non stereotipati, il rispetto reciproco e la risoluzione non violenta dei conflitti nelle relazioni interpersonali" (art. 14).

È di immediata evidenza che il tema dell'oppressione femminile, di cui è espressione la violenza direttamente condannata dalla Convenzione, vada affrontato congiuntamente a quello più generale delle dinamiche di genere. In tal senso, il preambolo della Convenzione è esplicito: il conseguimento della «*de jure and de facto equality*» tra donne e uomini è riconosciuto come condizione essenziale per prevenire la violenza, la quale viene descritta come manifestazione delle «*historically unequal power relations*» tra i sessi. Su questa base si sottolinea che le donne e le ragazze sono esposte a un rischio più elevato di violenza basata sul genere rispetto agli uomini; analogamente, l'art. 4, nell'affermare il diritto a vivere liberi dalla violenza, sia nella sfera pubblica che in quella privata, parla di un *«right for everyone, particularly women».*

L'elemento discriminatorio, inoltre, emerge chiaramente quando, alla lettera d, la Convenzione definisce la "violenza contro le donne basata sul genere" come qualsiasi atto diretto contro una donna in quanto tale, o che colpisca le donne in modo sproporzionato. Ed è significativo notare come, dinanzi al riconoscimento del patriarcato quale sistema di potere, il fulcro dell'offensività si sposti sul profilo discriminatorio: la violenza di genere, infatti, finisce per colpire le donne in maniera sproporzionata proprio in ragione della loro appartenenza al genere femminile. In questa prospettiva, l'elemento differenziale dell'aggressione consiste nella particolare condizione di vulnerabilità e disparità cui la vittima è esposta in quanto donna, rispetto a quella in cui si troverebbe se non appartenesse al genere femminile. In altre parole, se il genere è un costrutto sociale, la *gender-based violence* può colpire chiunque si discosti da questa impalcatura; tuttavia, poiché su tale costruzione si sono innestati rapporti di

[149] P. PAROLARI, *La violenza contro le donne come questione (trans)culturale. Osservazioni sulla Convenzione di Istanbul*, in *D&Q*, n. 14/2014, p. 866, sull'incentivo all'educazione, efficacemente rileva che «la struttura della società può essere trasformata, infatti, solo se, e solo in quanto, non la si consideri espressione di una non meglio precisata "natura" degli uomini e delle donne inscindibilmente legata alle basi biologiche e fisiologiche della differenza sessuale».

potere specifici, è la violenza contro le donne a manifestarsi con particolare sproporzione[150].

Questa impostazione, dunque, sebbene contribuisca a delineare i contorni del fenomeno, lo interpreta a partire da una prospettiva culturale ben precisa: quella in cui sono inscritti i rapporti di genere concretamente considerati. Si tratta, pertanto, di una nozione dai confini sfumati, che pone non pochi problemi in sede di universalizzazione del fenomeno, come qualsiasi concetto culturalmente connotato. Si parla infatti anche di una geografia femminista, che s'interessa dello studio della femminilità e dei rapporti di genere nei diversi contesti culturali[151]. L'elemento fondante di tali rapporti di potere, dunque, difficilmente può essere definito universale, o suscettibile di universalizzazione, come d'altronde qualsiasi altro concetto di matrice sociale, poiché risulta profondamente condizionato dal contesto culturale e sociale di riferimento.

In questo tracciato, si colloca l'art. 42 della Convenzione, che sancisce l'inammissibilità delle giustificazioni basate su «*culture, custom, religion, tradition or so-called honour*». La disposizione impone agli Stati di adottare misure per impedire che tali fattori vengano invocati nei processi penali come attenuanti o scusanti. La scelta non sorprende, se si considera che la Convenzione sollecita gli Stati a intervenire proprio sulle radici culturali della violenza, su stereotipi e mentalità che la rendono socialmente tollerata. Ne consegue l'assoluto divieto di legittimare atti di violenza di genere richiamandosi ai fattori sopracitati, il che conferisce alla violenza stessa una dimensione transculturale, in tal senso intesa anche dalla Convenzione di Istanbul[152].

Contrariamente a quanto osservato in precedenza, dunque, la Convenzione attribuisce alla tutela dell'uguaglianza di genere sottesa al contrasto della violenza contro le donne un carattere tendenzialmente universalistico, che prescinde da una valutazione dell'incidenza eventualmente esercitata dal contesto culturale di provenienza dell'autore del fatto. Sul punto si avrà modo di tornare nel prosieguo dell'analisi, mentre ciò che rileva in questa sede è come tale impostazione trovi ulteriore

[150] Più diffusamente sul punto, F. POGGI, *Violenza di genere e Convenzione di Istanbul: un'analisi concettuale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2017, pp. 51 – 76.
[151] L. MCDOWELL, *La definición del género,* cit*.,* pp. 29 ss. Si chiede attraverso le parole di Linda Alcoff: "Che cosa rivendicare in nome di una "donna" che non esiste? Che cosa otterrebbero le rivendicazioni se non rafforzare il mito della sua esistenza?", la sfida delle scienze sociali diviene dunque analizzare le strutture e i processi attraverso i quali vengono create le distinzioni e collocati gli esseri umani in gruppi sociali le cui relazioni sono diseguali.
[152] P. PAROLARI, *La violenza contro le donne come questione (trans)culturale,* cit*.,* pp. 871-877.

conferma nell'art. 44, il quale impone agli Stati di garantire tutela penale anche rispetto ad atti di violenza commessi all'estero, purché l'autore o la vittima siano cittadini o residenti.

D'altro canto, nel Capitolo VII, vengono introdotti riferimenti specifici alle politiche migratorie: si prevede la possibilità di ottenere un permesso di soggiorno autonomo e un diritto d'asilo interpretato in chiave di genere. In questo senso, la Convenzione riconosce anche lo *status* di rifugiate alle donne vittime di violenza di genere, analogamente a quanto statuito dalla giurisprudenza comunitaria nella sentenza C/2024/1652 della Corte di giustizia (Grande Sezione) del 16 gennaio 2024[153].

Inoltre, anche alla luce di sollecitazioni di questo tipo provenienti dal piano sovranazionale, si è osservato che una presa di posizione chiara e inequivocabile dello Stato contro la violenza sulle donne, mediante l'introduzione di disposizioni espressamente "genderizzate", ossia pensate per tutelare le donne dalla violenza specificamente maschile, potrebbe costituire una risposta efficace anche nei confronti di autori provenienti da contesti culturali minoritari[154]. In questo modo, si sostiene, si eviterebbe il rischio di politicizzazione della normativa, che potrebbe altrimenti essere letta come un attacco mirato allo "straniero violento" proveniente da culture bollate come misogine: prevedendo un'aggravante comune per gli uomini, dunque, si sottolineerebbe invece che il problema risiede nella violenza maschilista in sé, e non nell'origine etnica dell'autore.

Tale impostazione chiaramente trascura la significativa tensione che si determina rispetto ai principi di offensività e uguaglianza che informano il sistema penale, finendo per avvicinarsi proprio a quella logica del diritto penale del nemico che dichiara di voler evitare: l'affermazione dell'irrilevanza del fattore culturale rischia, infatti, di ricondurre

---

[153] C-1652/24, Corte di giustizia UE (Grande Sezione), sentenza 16 gennaio 2024, disponibile all'indirizzo https://eur-lex.europa.eu/eli/C/2024/1652/oj, in cui si statuisce che «l'articolo 10, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta, deve essere interpretato nel senso che: sulla base delle condizioni esistenti nel paese d'origine, possono essere considerate appartenenti a «un determinato gruppo sociale», come «motivo di persecuzione» che può condurre al riconoscimento dello *status* di rifugiato, tanto le donne di tale paese nel loro insieme quanto gruppi più ristretti di donne che condividono una caratteristica comune supplementare».

[154] A.M. MAUGERI, *Le "aggravanti" nei confronti degli uomini autori di "violenza di genere" nella disciplina spagnola: possibile strategia politico criminale o strumento di una politica della "sicurezza" discriminatoria?*, in *Jura Gentium*, 2016.

fenomeni complessi ad un unico tipo di autore, comprimendo il carattere personale del giudizio di responsabilità, che costituisce un elemento imprescindibile nel volto costituzionale dell'illecito penale.

Emerge così uno dei principali nodi problematici che attraversano il tema oggetto della presente ricerca: qualunque sia la prospettiva adottata, la questione tende a tradursi sul piano penale nella costruzione di un nemico, identificato non tanto con il sistema patriarcale in sé, quanto con coloro che ne incarnerebbero i principali emissari[155]. L'indirizzo seguito nel presente studio è, al contrario, quello di non abbassare il livello delle garanzie, ma semmai di rafforzarlo proprio dinanzi ai fatti più gravi, senza fuoriuscire dalla cornice costituzionale, che già offre gli strumenti necessari per affrontare questioni complesse come quella dell'autore di violenza "di genere" culturalmente condizionata.

In questo modo si torna alle premesse di partenza: percorrere la via del diritto penale, se da un lato alimenta il bisogno di sicurezza popolare contro il nemico di turno, cui si risponde con la minaccia *ad hoc* della pena, dall'altro si pone in termini problematici rispetto ai principi cardine del sistema.

6.3. Entro i confini europei: la Convenzione di Istanbul

Nel contesto europeo, la c.d. Convenzione di Istanbul guarda sia al diritto sostanziale che processuale, richiedendo agli Stati firmatari di adeguare il proprio ordinamento giuridico, di garantire assistenza concreta alle vittime di violenza e di destinare risorse politiche e finanziarie per contrastare il fenomeno (Capitolo V)[156]. In particolare, la Convenzione richiede un impegno concreto da parte degli Stati, il cui adempimento è monitorato attraverso un apposito meccanismo di controllo (Capitolo IX): il GREVIO, *GRoup of Experts on action against VIOlence against Women and Domestic Violence* incaricato, ai sensi dell'art. 66, proprio di vigilare sull'attuazione della Convenzione da parte degli Stati aderenti. Questi sono tenuti ad adottare le misure

[155] Su questa linea d'onda anche la recente proposta di legge n. 1517 AS, che prevede, all'articolo 7, l'introduzione presso ogni tribunale un pubblico registro dei condannati in via definitiva per il delitto consumato o tentato previsto dall'articolo 575 del codice penale, nelle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, del medesimo codice, o per i delitti, consumati o tentati, previsti dagli articoli 572, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies* e 612-*bis* del codice penale, ovvero dagli articoli 582 e 583-*quinquies* del codice penale, nelle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e dell'articolo 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, del codice.

[156] Per il testo della Convenzione si rimanda all'indirizzo: https://rm.coe.int/168008482e.

legislative o di altra natura necessarie affinché specifiche condotte siano «*criminalized*», anche nelle ipotesi di concorso di persone e nella forma tentata (art. 41). Sul punto si tornerà nel prosieguo della trattazione; per ora basti accennare che tale obbligo concerne, in particolare, la violenza fisica e psicologica (rispettivamente, artt. 35 e 33), lo *stalking* (definito all'art. 34 come la reiterata *threatening conduct* diretta contro un'altra persona, tale da indurla a temere per la propria incolumità), la violenza sessuale, incluso lo stupro (art. 36), il matrimonio forzato (art. 37), le mutilazioni genitali femminili (art. 38), nonché l'aborto e la sterilizzazione forzata (art. 39). Si prevede, inoltre, che determinate circostanze vengano prese in considerazione come aggravanti, incluso l'aver commesso il reato in presenza di minori (la lettera d parla di "*child*") o con la recidiva relativa a «*offences of a similar nature*» (lettera i).

Dal punto di vista processuale (Capitolo VI), invece, si impone l'adozione di misure di protezione prontamente adottate, la garanzia del gratuito patrocinio, la procedibilità d'ufficio per alcuni reati e una particolare cautela nell'ammettere prove sulla vita privata della vittima, nonché l'accesso delle vittime a tutte le informazioni utili per la denuncia e la protezione. Viene, inoltre, attribuita preminenza alla protezione della persona dal rischio che le conseguenze della violenza denunciata si aggravino fino a esiti letali, protezione da assicurare mediante operazioni di valutazione della gravità della situazione quanto più accurate e tempestive possibile (art. 51).

La Convenzione impone agli Stati anche l'adozione di politiche integrate (Capitolo II), comprendenti tutte le misure adeguate a prevenire e combattere ogni forma di violenza che rientri nel campo di applicazione della Convenzione, attraverso una collaborazione efficace tra tutti gli enti, le istituzioni e le organizzazioni pertinenti, nell'ottica di *«a holistic response to violence against women»* (art. 7). In tal senso, viene richiesta la raccolta sistematica di dati, il monitoraggio del fenomeno e la cooperazione multilivello, anche mediante il sostegno alle ONG e alle associazioni della società civile impegnate nella lotta contro la violenza sulle donne (art. 9).

Sul piano della protezione e del sostegno alle vittime (Capitolo IV), inoltre, la Convenzione esige l'adozione di misure materiali e servizi mirati a favorire il recupero dalla violenza (art. 20), tra cui l'istituzione di servizi di supporto specializzati, case rifugio e linee telefoniche di emergenza.

Particolare rilievo è attribuito alla prevenzione (Capitolo III)[157], ponendo l'accento sulla necessità di adottare le misure necessarie per promuovere cambiamenti nei modelli sociali e culturali di comportamento di donne e uomini, al fine di eliminare pregiudizi, consuetudini, tradizioni e ogni altra pratica fondata sull'idea dell'inferiorità delle donne o su ruoli stereotipati di genere (art. 12, par. 1). Ciò si auspica avvenga mediante campagne di sensibilizzazione, interventi educativi e la formazione adeguata di tutti i professionisti che entrino in contatto con le vittime e con gli autori di violenza. La Convenzione, infatti, dedica attenzione anche alla creazione di programmi rivolti a questi ultimi, con l'obiettivo di incoraggiarli ad assumere comportamenti non violenti nelle relazioni interpersonali, di prevenire la recidiva e di trasformare modelli comportamentali improntati alla violenza (art. 16).

Dunque, più che come una Carta che riconosca l'uguaglianza di genere, la Convenzione di Istanbul si presenta come una dichiarazione di principi a cui ispirare politiche in libertà in un contesto di un riconoscimento universale, come uno strumento di contrasto alle disuguaglianze che vengono individuate come causa prima della violenza di genere.

6.4. Oltre il confine europeo

Si ritiene utile, infine, prendere in considerazione anche le Convenzioni sottoscritte al di fuori del contesto europeo, al fine di esaminare l'impegno profuso sul piano internazionale nella lotta contro la violenza di genere e di valutarne la proiezione verso valori di portata universale. Ciò consente, in particolare, di comparare approcci alla questione multiculturale diversi da quello italiano ed europeo, ossia modelli che si confrontano storicamente non tanto con fenomeni migratori, quanto con autonomie nazionali dotate di propri sistemi normativi e culturali[158].

In via preliminare, si osserva come, anche in tali contesti, l'impegno definitorio vada nella medesima direzione della Convenzione di Istanbul: quella di una nozione di violenza di genere che esprima le sue "radici patriarcali", in termini di autorità ed oppressione. Ciò consente di qualificare il problema come fenomeno sociale e di

[157] Sono le c.d. 4 P (Prevenzione, Protezione, Procedimento, Politiche) a cui La commissione d'inchiesta sul femminicidio, istituita al Senato, ha scelto di indirizzare la sua azione, V. VALENTE, *4 P di Contrasto alla violenza di Genere: Prevenzione, Protezione, Procedimento contro i colpevoli e Politiche integrate*, in *La Camera Blu. Rivista Di Studi Di Genere*, n. 21/2019.
[158] A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale,* cit., pp. 66-70.

identificare nei diritti umani fondamentali i diritti compromessi da tali assetti di potere. Rilevano, tuttavia, soprattutto le sfumature che tale ricostruzione assume nelle singole convenzioni e il valore attribuito alla questione nei rispettivi contesti culturali.

6.4.1. I Paesi dell'America Latina

Una prima conferma di tale impostazione si rinviene nel preambolo della Convenzione di Belém do Pará[159], dove si afferma che la violenza sulle donne trascende tutti i settori della società indipendentemente dalla classe sociale, dalla razza o dal gruppo etnico, dal livello di reddito, dalla cultura, dal livello di istruzione, dall'età o dalla religione[160], ricollegandola espressamente alle "relazioni di potere" storicamente diseguali tra uomini e donne. La Convenzione, inoltre, contiene, all'articolo 1, una propria definizione di violenza di genere, qualificata come qualsiasi azione o comportamento, basato sul genere, che causi morte, danno o sofferenza fisica, sessuale o psicologica alla donna, sia nell'ambito pubblico sia in quello privato[161].

Il testo riconosce, infatti, che la violenza colpisce le donne in molteplici forme, ostacolando l'esercizio dei diritti fondamentali, civili e politici, nonché dei diritti economici, sociali e culturali. Prevede, pertanto, che gli Stati firmatari agiscano con la dovuta diligenza per *prevenir, sancionar y erradicar* (art. 7) la violenza, sia quando essa si realizzi all'interno della famiglia o in relazioni interpersonali, sia quando si manifesti nella comunità, indipendentemente dall'esistenza di un legame affettivo tra autore e vittima, nonché quando sia perpetrata nella sfera pubblica da agenti statali (art. 2). Nell'ottobre 2004, l'Assemblea Generale dell'Organizzazione degli Stati Americani (OEA) ha costituito il Meccanismo di Monitoraggio della Convenzione di Belém do Pará (MESECVI), al fine di contribuire alla realizzazione degli obiettivi ivi stabiliti e di istituire un sistema di cooperazione tra gli Stati firmatari. Il Meccanismo, infatti, adotta

---

[159] L. P. MEJÍA GUERRERO, *La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, in *Revista IIDH*, n. 56/2012, pp. 192-193, nel prologo viene inoltre "ricordata" la *Declaración sobre la Erradicación de la Violencia contra la Mujer*, il primo passo che la *Comisión Interamericana de Mujeres* (CIM) ha fatto nel cammino che ha condotto alla redazione del Progetto di Convenzione sulla Violenza e la Donna, che verrà poi presentato nel 1994 all'Assemblea Generale dell'OEA, riunita a Belém do Pará, in Brasile, e lì adottata: la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer*, che passa così alla storia come Convenzione di Belem do Para.

[160] Il testo della Convenzione è consultabile al sito: https://belemdopara.org/

[161] La definizione, in castigliano, recita: «*cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*».

una metodologia valutativa simile a quella del GREVIO, fondata su un insieme di procedure e indicatori finalizzati a raccogliere informazioni sull'adempimento degli obblighi convenzionali da parte degli Stati.

Ai sensi dell'art. 11 della Convenzione, tanto gli Stati aderenti quanto la *Comisión Interamericana de Mujeres* possono richiedere alla Corte Interamericana dei Diritti Umani un parere consultivo sulla sua interpretazione. La rilevanza dello strumento emerge chiaramente dalla giurisprudenza della Corte, che lo utilizza come fonte fondamentale, integrata con altri strumenti internazionali, nei giudizi in materia di violenza di genere. Come confermato dalla stessa Corte, gli Stati sono infatti gravati non solo dagli obblighi generali previsti dalla Convenzione Americana, ma anche da obblighi rafforzati derivanti dalla Convenzione di Belém do Pará.

Emblematico è il caso di Ciudad Juárez, teatro di 400 omicidi di donne tra il 1993 e il 2005. Tra essi, ha assunto rilievo il c.d. caso "Campo Algodonero" [162], il campo di cotone in cui vennero ritrovati i corpi di otto donne, brutalmente uccise. La Corte interamericana dei diritti umani dichiarò lo Stato del Messico responsabile della violazione di diversi diritti sanciti dalla Convenzione Americana, nonché degli obblighi derivanti dall'articolo 7 della Convenzione di Belém do Pará, evidenziando le inefficienze delle autorità che avevano contribuito alla perpetuazione della violenza (principalmente per l'assenza di politiche di prevenzione e pratiche operative capaci di rispondere efficacemente alle denunce[163]). In quell'occasione, la Corte applicò l'articolo 5 della Convenzione Americana (diritto all'integrità personale), interpretato alla luce della Convenzione di Belém do Pará e della CEDAW, riconoscendole quali strumenti complementari nella tutela dei diritti delle donne.

L'aspetto più significativo della decisione risiede nell'aver chiarito che la violazione della Convenzione non si configura soltanto quando la violenza colpisca una singola donna, eventualmente nel contesto di un rapporto individuale con l'autore del fatto. La Corte, infatti, ha riconosciuto una responsabilità diretta dello Stato per l'esistenza di una situazione di violenza strutturale e generalizzata contro le donne a Ciudad Juárez. Riconoscendo che gli omicidi erano alimentati da una persistente cultura

[162] Il caso è riportato in A. M. FIGUEROA, *El derecho de género, violencia contra las mujeres y trata de persona,* Buenos Aires 2017, pp. 255 ss.
[163] *Ivi*, pp. 258-259.

di discriminazione nei confronti delle donne, la Corte ha ricondotto la violenza di genere a una responsabilità statale, derivante anche da forme di violenza tollerate e radicate nel contesto sociale e istituzionale.

6.4.2. I Paesi Africani

Volgendo ora lo sguardo all'Africa[164], si riscontra un impegno significativo nel rafforzamento delle tutele e nella lotta alla discriminazione di genere, con l'adozione del cosiddetto Protocollo di Maputo del 2003 sui diritti delle donne[165], parte integrante della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli. L'articolo 18 della Carta, inerente alla famiglia "custode della morale e dei valori tradizionali riconosciuti dalla comunità", al secondo capoverso, già stabilisce che lo Stato ha il dovere di provvedere alla eliminazione di qualsiasi discriminazione contro la donna e di assicurare la protezione dei diritti della donna e del bambino quali stipulati nelle dichiarazioni e nelle convenzioni internazionali[166].

Nonostante la quasi totalità degli Stati africani (con le sole eccezioni di Somalia e Sudan) abbia ratificato la CEDAW, il Protocollo di Maputo contiene comunque una propria definizione di discriminazione contro le donne (art. 1, lett. f), intesa come qualsiasi distinzione, esclusione o restrizione, nonché qualsiasi trattamento differenziato basato sul sesso, i cui obiettivi o effetti compromettano o annullino il riconoscimento, il godimento o l'esercizio da parte delle donne, indipendentemente dal loro stato civile, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in tutti gli ambiti della vita. Oltre a prevedere impegni specifici degli Stati per l'eliminazione della violenza di genere, si riconosce in via preliminare la libertà della donna e i diritti fondamentali connessi alla sua piena partecipazione alla vita sociale, educativa, politica ed economica, includendo anche i diritti riproduttivi (art. 14) e specifiche tutele per le donne anziane (art. 22) e per le donne con disabilità (art. 23).

Particolarmente interessante, inoltre, è l'articolo 17, che, riprendendo l'articolo 13 della CEDAW, afferma il «*right to positive cultural context*», che si traduce nel

---

[164] Per approfondimenti T. ABBIATE, V. CARLINO, G. MILANI, *La sfida dell'eguaglianza di genere e della tutela dei diritti delle donne nell'Africa subsahariana francofona. Brevi note dalle Corti costituzionali di Madagascar, Senegal e Congo*, in *Federalismi.it*, n. 33/2022, pp. 243-257.

[165] Il testo è consultabile all'indirizzo: https://au.int/en/treaties/protocol-african-charter-human-and-peoples-rights-rights-women-africa.

[166] Il testo in traduzione italiana è consultabile all'indirizzo: federalismi.it.

diritto a partecipare attivamente «*in the formulation of cultural policies at all levels*». Dunque, se la CEDAW si limita a garantire la partecipazione alla vita culturale, il Protocollo di Maputo introduce il sistema di tutele in una dimensione più ampia. Sebbene il concetto di "contesto culturale positivo" possa apparire ambiguo, il preambolo del Protocollo offre un utile criterio interpretativo, richiamando valori africani quali "eguaglianza, pace, libertà, dignità, giustizia, solidarietà e democrazia". Letto congiuntamente alle altre disposizioni, ciò sembra indicare che di contesto culturale positivo possa parlarsi in relazione a quello che esclude pratiche discriminatorie e garantisce alle donne una partecipazione effettiva alla vita culturale[167]: in questo modo, il Protocollo, pur collocandosi in continuità con le affermazioni internazionali già consolidate, radica la sua prospettiva nello specifico contesto culturale "interno".

6.4.3. I Paesi Islamici

Nonostante gran parte degli Stati membri dell'OIC (*Organization of Islamic Cooperation*) abbia ratificato la CEDAW[168], la relazione tra il rispetto dei diritti e lo *status* delle donne nei Paesi islamici continua a suscitare opinioni contrastanti, anche in ragione dei pregiudizi culturali diffusi in contesti occidentali. Risulta quindi necessario verificare fino a che punto tali percezioni trovino effettivo riscontro nella lettera giuridica.

Nel 1990, la diciannovesima Conferenza dei Ministri degli Esteri dell'OIC, tenutasi al Cairo, adotta la Dichiarazione sui Diritti Umani nell'Islam come «*general guidance for Member States in the field of human rights»* [169]. L'art. 1 sancisce l'uguaglianza di tutti gli individui quanto alla dignità, agli obblighi e alle responsabilità fondamentali, senza un'esplicita menzione dei singoli diritti né distinzioni fondate sul sesso. L'articolo 5, invece, equipara espressamente gli uomini e le donne in materia di diritto matrimoniale, escludendo limitazioni basate su *race, color or nationality*: manca, invece, un riferimento specifico alla religione.

---

[167] A. JOHNSON, *Article 17 Right to a positive cultural context*, in *The Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa: a commentary*, Pretoria 2023, pp. 365-366.
[168] Iran, Somalia, Sudan sono gli unici Stati membri dell'OIC a non averla né firmata né ratificata.
[169] *Resolution* n. 49/19-P adottata durante la *Nineteenth Islamic Conference of Foreign Ministers (Session of Peace, Interdependence and Development),* tenutasi al Cairo, dal 31 luglio al 5 agosto 1990.

Di particolare interesse è il fatto che il principio di eguale dignità venga ribadito all'art. 6, con specifico riferimento alla donna. La disposizione prevede, infatti, che la donna sia uguale all'uomo nella dignità umana, titolare di diritti e doveri, nonché dotata di autonoma personalità giuridica e indipendenza finanziaria, oltre che del diritto di conservare il proprio nome e la propria discendenza. Al contempo, tuttavia, il primo capoverso attribuisce al marito la responsabilità del benessere familiare. Alla luce di tali disposizioni emerge, dunque, con chiarezza quell'approccio patriarcale alle questioni di genere che le convenzioni moderne hanno progressivamente inteso superare: la donna, idealizzata come "angelo del focolare", vede i propri diritti circoscritti alla dimensione domestica e ricondotti al contesto familiare, più che riconosciuti come espressione di una piena soggettività giuridica[170]. Tale impostazione riflette un certo approccio del diritto stesso, tipico di Stati prevalentemente teocratici, dove morale e diritto non si separano e le garanzie di uguaglianza si declinano entro specifici confini etici[171]. Occorre precisare, infatti, che la Dichiarazione si fonda su una specifica visione religiosa dell'essere umano come vicario di Allah sulla Terra[172], subordinando l'impianto dei diritti alla *Shari'ah*, secondo la concezione per cui i diritti fondamentali e le libertà universali costituiscono parte integrante della religione islamica e la loro osservanza rappresenta un atto di culto, mentre la loro violazione costituisce, per esplicita previsione «*an abominable sin*».

Un cambiamento di paradigma si è verificato con la revisione della Dichiarazione del Cairo, culminata nella nuova Dichiarazione OIC sui Diritti Umani (ODHR) del 2020[173], che ha avvicinato l'ordine dei Paesi islamici alle altre dimensioni giuridiche, esplicitando nel preambolo di aver preso in considerazione («*taking into*

[170] All'articolo 3, "*in the event of the use of force and in case of armed conflict",* la donna viene inserite in una sorta di categoria protetta dei *non-belligerents*, quella dei soggetti che non è permesso uccidere, insieme agli *old men* e ai bambini.
[171] Parallelamente, si afferma un femminismo musulmano che, opponendosi alle discriminazioni e alle violenze giustificate da alcune interpretazioni dell'Islam, propone una visione dei diritti delle donne compatibile con l'appartenenza religiosa, anche attraverso una rilettura critica dei testi sacri. Per approfondimenti: R. PEPICELLI, *Femminismo islamico. Corano, diritti, riforme*, Roma 2010.
[172] Dalla *Resolution n. 49/19-P* emerge chiaramente, già dal testo della Carta, che essa si apre, prima ancora dell'affermazione di uguaglianza, con l'articolo 1, secondo cui «*all human beings form one family whose members are united by submission to God and descent from Adam*», e con l'articolo 2, che sancisce l'indisponibilità della vita, qualificata come «*a God-given gift*», inviolabile e non sacrificabile se non nelle forme prescritte dalla *Shari'ah.*
[173] Il testo in lingua inglese è consultabile all'indirizzo:
https://www.oic-oci.org/upload/pages/conventions/en/CDHRI_2021_ENG.pdf.

account») le principali Carte di diritti fondamentali nelle nuove formulazioni[174]. Nell'articolo 1 tutti gli uomini diventano «*equal in dignity, rights and obligations*»[175]; l'articolo 6, rubricato *Rights of women*, sviluppa tale impostazione riconoscendo a donne e uomini pari dignità umana, diritti e responsabilità (lett. a, primo periodo), con ciò collocando il principio di uguaglianza sul piano del diritto positivo. La disposizione in esame trova un efficace corrispettivo nella contestuale previsione che gli Stati adottino tutte le misure legislative e amministrative necessarie a rimuovere gli ostacoli ancora esistenti all'emancipazione femminile, garantendo l'accesso a un'istruzione di qualità, all'assistenza sanitaria di base, a un lavoro dignitoso e tutelato, nonché a una retribuzione pari per lavoro di pari valore (lett. b). Le donne devono, dunque, poter godere pienamente dei loro diritti umani e delle libertà fondamentali, partecipando in modo effettivo alla vita sociale, economica e politica, a tutti i livelli. Analogamente, donne e bambine devono essere protette contro ogni forma di discriminazione, violenza, abuso e pratiche tradizionali dannose, che compromettano la loro integrità e i loro diritti (lett. c).

Non viene meno, tuttavia, la connessione tra la donna e la dimensione domestica, connessione che non risulta attenuata neppure con riferimento ai diritti del fanciullo. Vengono infatti riaffermati espressamente alcuni diritti "femminili", come il diritto a conservare il proprio cognome da nubile e il proprio lignaggio (lett. a, secondo periodo), nonché il diritto alla maternità «*in line with Allah's creation*» (lett. d).

All'interno dell'OIC opera, inoltre, la Women Development Organization (WDO)**,** organizzazione specializzata istituita per promuovere lo sviluppo e il rafforzamento del ruolo delle donne nei Paesi membri. Le attività della WDO si concentrano sulla formazione, l'educazione, la riabilitazione e lo sviluppo delle competenze femminili, nel rispetto dei valori islamici sanciti all'articolo 2 dello Statuto[176]. Particolarmente significativo è l'articolo 5, che indica tra gli obiettivi principali la valorizzazione del ruolo dell'Islam nella tutela dei diritti delle donne musulmane, specialmente nei consessi internazionali nei quali l'Organizzazione è

[174] Per un approfondimento sul contesto e i fattori che hanno contribuito al cambiamento di paradigma nella politica dell'OIC in materia di diritti umani, M. H. MOZAFFARI*, OIC declaration on human rights: changing the name or a paradigm change?,* 2020.
[175] The Cairo Declaration of the Organization of Islamic Cooperation on Human Rights, OIC/CFM/49/2020/HR/FINAL, disponibile al sito: https://new.oic-oci.org/.
[176] *Statute of the OIC Women Development Organization* (OIC/37-CFM/2010/ORG/SG.REP.2), 2010, disponibile all'indirizzo: https://new.oic-oci.org/.

coinvolta, favorendo così un dialogo con Stati di culture molto diverse e affrontando i dibattiti sul raccordo tra carte dei diritti fondamentali e ordinamenti degli Stati membri dell'OIC [177].

Dal quadro convenzionale così ricostruito emerge come il riconoscimento della violenza di genere costituisca ormai un tema stabilmente presente anche sul piano internazionale, con ricadute sulle legislazioni nazionali, che tendono progressivamente ad assumere posizioni più definite in materia. Se, da un lato, le convenzioni internazionali possono risultare meno incisive, sul piano dell'effettività, rispetto agli strumenti normativi interni, dall'altro producono un impatto simbolico di particolare rilievo.

Ciò che appare ormai acquisito è, dunque, il riconoscimento internazionale del fenomeno. È vero che le posizioni di partenza sono spesso molto distanti, a causa delle profonde differenze storiche e culturali tra i vari contesti nazionali; tuttavia, seppur in termini generali e astratti, le esigenze di uguaglianza risultano sempre più avvertite. Si ribadisce, infatti, che le identità di genere sono plurali, variabili nello spazio e nel tempo: cosa che rende impossibile parlare delle donne come di un gruppo omogeneo, soggetto alle medesime regole[178]. La stessa storia del femminismo testimonia una crescente attenzione alle differenze di classe, di cultura e di religione, che sono state progressivamente valorizzate per realizzare una lotta efficace[179].

Se queste rappresentano le coordinate di partenza, la domanda che inevitabilmente si pone è la seguente: come è possibile elaborare un concetto universale di uguaglianza di genere, se le stesse categorie di "donna" e "uomo" sono attraversate da differenze culturali, sociali e identitarie che mutano a seconda del contesto giuridico di riferimento? Ne deriva che anche le nozioni di uguaglianza e, specularmente, di discriminazione non assumono un contenuto uniforme, ma si definiscono diversamente in relazione ai valori, alle tradizioni e alle strutture normative proprie di ciascun ordinamento.

---

[177] M. H. MOZAFFARI, *OIC declaration on human rights: changing the name or a paradigm change?,* cit., pp. 34-37.
[178] T. PITCH, *Libertà femminile, diritto, diritti, politica,* cit., p. 358, sottolinea come pensarla nei termini suddetti faccia perdere di effettività anche alla lotta contro la discriminazione.
[179] Si rimanda a A. FACCHI, *A partire dall'eguaglianza,* cit., pp. 127-128.

La dimensione di genere e quella culturale si presentano, così, come cerchi concentrici all'interno del più ampio ambito della tutela delle minoranze: entrambe, infatti, racchiudono elementi che storicamente hanno costituito fattori di discriminazione, ma che al tempo stesso rappresentano componenti essenziali dell'identità personale e collettiva.

7. Universalità delle tutele: chimera o realtà possibile?

Quando la condanna della violenza di genere si intreccia con il dibattito sul multiculturalismo, emerge una contraddizione evidente: da un lato, i diritti umani, divenuti a partire dal XX secolo oggetto di riconoscimento e tutela globale; dall'altro, la difficoltà di ricondurli a un'unità condivisa di fronte alla pluralità di culture, talvolta molto distanti da quella occidentale. Il Novecento, infatti, è stato segnato da un generale atteggiamento reattivo alle differenze tra individui e gruppi sociali, che sin dagli albori del discorso sui diritti umani ne hanno costituito un presupposto imprescindibile. La questione di genere ne è un esempio emblematico: la lotta delle donne non si è limitata a rivendicare l'accesso a diritti loro negati per secoli, ma ha imposto la ridefinizione stessa del soggetto titolare dei diritti[180]. Parlare di diritti naturali (come antenati dei diritti umani) significa affermare che essi spettano a chi è "eguale per natura": ma chi decide i confini di questa cerchia di eguali?

La storia dei diritti umani è, dunque, una storia di aspirazione all'universalità e di ineliminabile confronto con i particolarismi. In questa storia, le convenzioni internazionali hanno rappresentato tappe cruciali di positivizzazione dei diritti[181], traducendoli in testi giuridici "condivisi". La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, ad esempio, pur segnando un accordo fondamentale sul

[180] P. COSTA, *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo,* Madrid 2014, pp. 56-57, evidenzia come sia l'entrata della donna nel «catalogo degli uomini» a consentire un reale discorso intorno all'universalizzazione dei diritti umani.

[181] N. BOBBIO, *Presente e avvenire dei diritti dell'uomo*, in *L'età dei diritti*, Torino 1990, p. 31, con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo prende avvio un processo la cui conclusione sarà che i diritti umani non solo saranno proclamati o riconosciuti sul piano ideale, ma saranno effettivamente tutelati anche nei confronti dello Stato stesso quando questi li viola; M. CARTABIA*, L'universalità dei diritti umani nell'età dei nuovi diritti*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3/2009, pp. 554-555, riconosce nel «proliferare di dichiarazioni dei diritti alternative a quella universale» la conseguenza della critica ad un preteso universalismo dei diritti propugnato dall'Occidente da parte delle correnti relativiste e multiculturaliste che ha come principale bersaglio «l'Occidente che sotto il seducente abito dei diritti umani mortificherebbe ogni espressione culturale non riconducibile a quella sviluppatasi sulle due sponde dell'Atlantico».

riconoscimento dei diritti da parte della comunità internazionale, in un senso sostanzialmente diverso rispetto al riconoscimento giusnaturalista[182], rimane espressione di un preciso momento storico: lo dimostra il silenzio sulla questione di genere, che esploderà soltanto nei decenni successivi[183].

Ciò mette in luce come i diritti non siano realtà immutabili, ma si evolvano nel tempo attraverso il dialogo tra gli Stati e l'emergere di nuove esigenze sociali[184]. Il loro carattere "umano" non rinvia a qualcosa che trascende l'uomo, bensì a qualcosa che prende forma e si sviluppa nell'esperienza umana e nelle relazioni con gli altri, potendo così divenire anche strumento di potere e di produzione di disuguaglianze[185].

Si manifesta così la duplice dimensione dei diritti: da un lato, fattori di esclusione, nella misura in cui non sono riconosciuti in modo eguale a tutti; dall'altro, strumenti di inclusione, poiché sono stati utilizzati per contestare tali forme di esclusione e ampliare progressivamente la platea dei soggetti titolari. In questo senso, la vicenda dei diritti naturali si configura, allo stesso tempo, come una storia di conservazione del potere e di lotte volte a metterlo in discussione[186].

Si richiamano le efficaci parole di Norberto Bobbio, il quale, superando il problema del fondamento assoluto dei diritti umani, orienta la propria riflessione verso l'esigenza politica della loro protezione: «i diritti non nascono tutti in una volta. Nascono quando devono o possono nascere. Nascono quando l'aumento del potere dell'uomo sull'uomo (…) o crea nuove minacce alla libertà dell'individuo oppure

---

[182] L. FERRAJOLI, *L'America, la conquista, il diritto. L'idea di sovranità nel mondo moderno*, in *Meridiana*, n. 15/1992, pp. 43-44.

[183] P. COSTA, *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica*, cit., p. 68, per cui nonostante la pretesa forza universalizzante «riesce comunque a salvare dal suo "rullo compressore" alcune differenze».

[184] *De iure condendo*, L. FERRAJOLI, *L'America, la conquista, il diritto*, cit., pp. 45 ss., parla di un costituzionalismo mondiale mediante il superamento dello Stato nazionale e una rifondazione dell'ONU che abbia al centro l'idea dell'umanità come soggetto di diritto; G. AZZARITI, *Multiculturalismo e Costituzione* in *Quest. Giust*. n. 1/2017, pp. 124 ss., propone un «costituzionalismo meticcio», in cui i principi costituzionali costituiscono la base di un confronto tra culture. Essi fungono da parametro oggettivo per valutare modelli e pratiche culturali, evitando giudizi parziali o soggettivi sulle culture stesse. In questo modo si riduce il rischio che il multiculturalismo venga strumentalizzato da punti di vista autoritari, che lo renderebbero veicolo di paternalismo e imposizione occidentale.

[185] L. FERRAJOLI, *L'America, la conquista, il diritto,* cit., p. 49, che qualifica il diritto come una costruzione umana, plasmata dalle lotte e dalle rivendicazioni; P. COSTA, *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica,* cit*.,* pp. 42-44.

[186] L. FERRAJOLI, *L'America, la conquista, il diritto,* cit*.,* p. 50, che efficacemente evidenzia: «sempre la cultura occidentale ha avuto una dimensione universalistica che si è prestata ad essere impiegata e piegata a fini di parte. Sempre ha avuto una dimensione assiologica che ha potuto essere strumentalizzata a copertura di finalità di conquista, di sopraffazione e di sfruttamento».

consente nuovi rimedi alla sua indigenza: minacce cui si contravviene con richieste di limiti del potere; rimedi cui si provvede con la richiesta allo stesso potere di interventi protettivi»[187].

Non stupisce, pertanto, che, quando si tratta di giustificare l'intervento punitivo a fronte di violazioni dei diritti della persona, si faccia richiamo alla dignità e si tenda a farlo in termini di universalità. Tuttavia, il richiamo a un'universalità astratta non elimina le difficoltà legate alla giustificazione dell'intervento punitivo, soprattutto quando la violazione è caratterizzata da una marcata relatività culturale, come accade nel caso della violenza contro le donne, che assume forme e significati diversi a seconda dei contesti.

7.1. Opportunità e limiti di un *interkulturelles Strafrecht*

In questo percorso, una proposta particolarmente interessante è quella proveniente dal filosofo tedesco Otfried Höffe, il quale, in risposta alle problematiche poste dal multiculturalismo, teorizza un diritto penale interculturale: nella misura in cui i reati possano essere valutati alla luce di argomenti dotati di portata universale, è possibile parlare di una legittimazione penale transculturale, vale a dire di un autentico *interkulturelles Strafrecht*[188].

L'Autore si mostra consapevole che l'affermarsi di una cultura giuridica, e delle relative tutele, su un'altra richiede una legittimazione che non può arrestarsi al mero richiamo alla trascendenza dei diritti umani. Viene infatti evidenziato come il rischio maggiore dell'universalismo sia quello di proclamare come universale ciò che, in realtà, risulta valido soltanto all'interno di una determinata cultura[189]. In tale prospettiva, l'universalità dei diritti umani viene ricondotta non ad un contesto geopolitico particolare, quanto al carattere della reciprocità: i diritti umani esistono in quanto ogni essere umano è portatore di interessi fondamentali, la cui realizzazione presuppone «la rinuncia alla violenza da parte degli altri»[190].

Ciascun individuo, dunque, esige il riconoscimento dei diritti umani in una logica necessariamente reciproca: in questa prospettiva, l'uguaglianza non rappresenta

[187] N. BOBBIO, *Introduzione* a *L'età dei diritti,* cit., p. XV.
[188] O. HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale*, Torino 2001 (trad. it *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Frankfurt am Main 1999).
[189] *Ivi*, p. 59.
[190] *Ivi*, p. 64.

un'acquisizione moderna, né tantomeno esclusivamente europea; la modernità ha piuttosto inciso sulla dimensione giuridica di tali diritti, attribuendo loro conseguenze normative e rendendoli oggetto di tutela nell'ambito dei vari ordinamenti[191]. Ciò è possibile in quanto esiste un nucleo universale dei diritti umani all'interno del quale le diverse tradizioni culturali possono incontrarsi e apprendere reciprocamente. Tali diritti, pertanto, devono essere definiti in modo sufficientemente aperto da adattarsi a differenti modelli sociali: ed è proprio in questo nucleo essenziale che vanno letti i beni giuridici oggetto di tutela "universale".

Ne consegue che, se un legislatore culturalmente aperto è colui che formula la tutela dei diritti umani a partire da tale nucleo essenziale, rendendoli compatibili con contesti diversi, anche il giudice penale deve mostrarsi aperto all'altro: egli deve evitare, da un lato, di trattare una delle parti come «barbara» sulla base di pregiudizi culturali e, dall'altro, di sminuire la gravità delle offese subite dalla parte lesa[192]. L'interpretazione giudiziale in tale ambito, a giudizio dell'Autore, non può infatti tradursi in forme di impunità, ove si tratti di lesioni di beni giuridici fondamentali.

È, dunque, possibile individuare, all'interno dei diversi sistemi giuridici, divieti volti a sanzionare violazioni di diritti umani universalmente riconosciuti, i quali, proprio per tale ragione, assumono a loro volta carattere universale. Tali divieti rappresentano, in questa prospettiva, il "rovescio" di esigenze legittime[193]: in altre parole, quando il reato consiste in una violazione dei diritti umani, la legittimazione dell'intervento punitivo trova fondamento proprio nell'universalità dei diritti lesi. Inoltre, alla luce della ricostruzione proposta, per la maggior parte dei reati di questo tipo, in particolare quelli contro la vita e l'integrità fisica, non emergerebbero rilevanti divergenze culturali,

---

[191] *Ivi*, pp. 65-66; B. VALERIUS, *Kultur und Strafrecht,* cit., pp. 122-124, sottolinea che, anche ammettendo l'universalità di determinati beni giuridici, il bilanciamento operato tra essi nelle singole compagini culturali (ciascuna espressione di un proprio sistema di valori), non sia uniforme; emblematico, in tal senso, è il rapporto tra tutela della vita e tutela dell'onore. Tale considerazione non implica necessariamente un confronto tra ordinamenti appartenenti a contesti culturali profondamente differenti: viene infatti richiamato, a titolo esemplificativo, il tema del fine vita, disciplinato in modo diverso anche in Paesi europei culturalmente affini.

[192] O. HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale,* cit., pp. 121-122, viene, ad esempio, accolta con favore la tendenza della giurisprudenza federale tedesca a non riconoscere l'aggravante dei futili motivi nelle c.d. vendette di sangue; C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in G. DE FRANCESCO, C. PIEMONTESE, E. VENAFRO (a cura di), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino 2007, pp. 348-349, da una prospettiva retributiva, ritiene che il fattore culturale debba essere considerato dal giudice almeno ai fini della commisurazione della pena, in ossequio al principio di uguaglianza sostanziale.

[193] O. HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale,* cit., p. 95.

trattandosi di ambiti nei quali il nucleo essenziale dei beni tutelati risulta ampiamente condiviso[194]. Le differenze si manifesterebbero piuttosto in alcune specificazioni, come nei reati relativi alla sfera sessuale e matrimoniale, ambiti nei quali i moderni ordinamenti occidentali hanno attraversato trasformazioni più incisive[195].

Su queste basi si innesta la costruzione di un diritto penale interculturale, nel quale tale carattere non qualifica tanto il singolo reato, quanto piuttosto la stessa legittimazione del potere punitivo. Si tratta, tuttavia, di una costruzione teorica che non appare del tutto esente da criticità.

Il diritto penale, per Höffe, infatti, presenta un carattere socioculturale di portata universale[196], derivante dal fatto che esso si è progressivamente affermato quale sostituto della violenza privata[197]. Tuttavia, tale carattere non fornisce di per sé una legittimazione sufficiente al diritto penale: la sua intrinseca natura afflittiva richiede una giustificazione ulteriore, che l'Autore individua specificamente nel carattere retributivo della pena. Si evidenzia che la sanzione penale, rivolgendosi direttamente all'autore del reato, assolve, da un lato, una funzione retributiva, dotata di autonoma giustificazione, e, dall'altro, una funzione di prevenzione negativa. L'autore del delitto, infatti, viene punito per il fatto commesso e in proporzione ad esso, ma la punizione produce anche

[194] O. HÖFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?,* cit*.,* p. 108: L'Autore parla, a questo proposito, di *kulturelle Voreingenommenheit* (pregiudizio, variabile culturale), che tuttavia non si manifesta nei reati contro l'integrità fisica o la vita, riconosciuti come valori tutelabili pressoché in ogni cultura

[195] *Ivi*, p. 125. Si evidenzia, tuttavia, la relatività di tale ricostruzione, poiché, secondo l'A., il diritto allo sviluppo sessuale del minore costituisce un diritto universale meritevole di tutela, anche in sede penale. A parere di chi scrive, ciò rappresenta invece una declinazione occidentale dell'autodeterminazione sessuale, derivante da una peculiare concezione del minore (qualificato come tale, sul piano giuridico, al di sotto di una certa età) nonché dalla previsione di discipline specifiche, quali l'età minima per contrarre matrimonio o per prestare consenso agli atti sessuali, che variano sensibilmente da Stato a Stato e da cultura a cultura. Anche F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit*.,* p. 87, richiama l'intangibilità sessuale dei fanciulli quale esempio della «perdurante frammentazione localistica del diritto penale». Nello stesso senso, HÖFFE, cit., pp. 31-32, riporta il caso di un immigrato senegalese residente in Germania che ha ospitato una connazionale, minorenne secondo l'ordinamento tedesco, con la quale ha successivamente intrapreso una relazione sessuale. Nella cultura di provenienza delle parti coinvolte, infatti, non solo una ragazza è considerata maggiorenne al compimento dei sedici anni e con il matrimonio, ma non è neppure inusuale che l'accoglienza e le cure ricevute in un momento di bisogno vengano "ricambiate" mediante favori sessuali. A. BERNARDI, *Modelli penali,* cit*.,* p. 109, riprende il caso del cittadino senegalese, conclusosi solo in appello con un'assoluzione, per evidenziare l'atteggiamento "reazionario" dei giudici all'interno di ordinamenti di impronta assimilazionista. Non appare, pertanto, convincente l'argomento secondo cui sarebbe possibile operare una netta separazione tra le diverse declinazioni dei diritti umani nelle varie culture, occidentali e non.

[196] *Ivi*, p. 80.

[197] Analogamente F. MANTOVANI, *Principio di realtà e scienze criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1981 p. 892, sul rapporto inversamente proporzionale tra repressione statuale e giustizia privata; *contra*, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1989, p. 333, il diritto penale nasce non come sviluppo, ma come negazione della vendetta; non in continuità, ma in discontinuità e in conflitto con essa.

un effetto deterrente, sia nei confronti di eventuali recidive dello stesso soggetto, sia rispetto alla generalità dei consociati. Attraverso il ricorso al diritto penale, dunque, la società si emancipa dal ricorso a forme di vendetta privata, attenuandosi così anche il bisogno di rivalsa da parte della vittima; in tal senso, la pena svolge anche una funzione di prevenzione generale positiva, contribuendo a orientare e rafforzare il consenso sociale.

In questa prospettiva, l'Autore rilegge il concetto di *Vergeltung* non tanto come ritorsione, quanto piuttosto come «remunerazione», ossia come corrispondenza di valore tra fatto e sanzione, qualificando tale nozione come neutrale e ponendola al centro della struttura della pena[198]. La misura della sanzione deve essere, cioè, proporzionata alla gravità del fatto: non è legittimo irrogare pene più severe al solo scopo di intimidire, ma neppure rinunciare alla pena quando l'effetto intimidatorio risulti superfluo, poiché essa deve comunque seguire al reato, da cui deriva il suo carattere necessario.

Il profilo della necessità dell'intervento penale assume, dunque, un ruolo centrale in questa ricostruzione, nella misura in cui l'esercizio del potere punitivo trova giustificazione solo quando risulti effettivamente indispensabile alla tutela di beni giuridici fondamentali, riconducibili ai diritti umani. Ciò implica che, in ragione dell'universalità di tali diritti, non vi sia spazio per il richiamo a specificità culturali. Diversamente, quando non sono in gioco tali beni giuridici o, più precisamente, quando l'obiettivo sia la salvaguardia di una determinata visione degli stessi, la prospettiva muta: un ordinamento può certamente rivendicare il diritto di tutelare aspetti della propria cultura giuridica, ma non necessariamente deve farlo ricorrendo allo strumento penale[199].

L'intera teoria dell'Autore, dunque, presenta un fondamento di tipo retributivo[200], declinato alla luce del principale argomento tradizionalmente posto a

[198] O. HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale,* cit., p. 89.
[199] M. DONINI*, 'Danno' e 'offesa' nella c.d. tutela penale dei sentimenti,* cit*.,* pp. 1586-1587; W. HASSEMER, *Viefalt und Wandel eines interkulturellen Strafrechts*, in O. HÖFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?,* cit*.,* pp. 175-176, l'A. rileva come oggi il diritto penale si sia affermato come "*prima ratio*" o addirittura come "*sola ratio*" nei settori in cui i consociati si sentono maggiormente minacciati: ad ogni richiesta di ampliamento degli strumenti penali consegue un ampliamento dell'intervento penale stesso, senza adeguata mediazione del principio di necessità.
[200] O. HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale,* cit., p. 101, individua come scopo principale la «garanzia del diritto»; W. HASSEMER, *Viefalt und Wandel eines interkulturellen Strafrechts*, in O. HÖFFE, *Gibt es ein*

sostegno della retribuzione, ossia la garanzia che la sanzione non ecceda la misura della colpevolezza dell'autore. In questa prospettiva, nei confronti dell'autore culturalmente motivato non si adotta un atteggiamento particolarmente rigoroso o marcatamente punitivo; piuttosto, in coerenza con una logica retributiva, il *quantum* della pena viene determinato in relazione al fatto colpevole offensivo di beni giuridici fondamentali. L'Autore, però, concepisce la pena come un male che funga da controspinta a quello che il reo arrecherebbe con la commissione del reato[201]. Sotto questo profilo, si omette di considerare che l'autore culturalmente motivato proviene spesso da contesti caratterizzati da sistemi sanzionatori già particolarmente severi, nei quali la pena assume un elevato grado di afflittività[202]. Pertanto, un eventuale inasprimento della risposta punitiva, solo astrattamente idoneo a realizzare la funzione deterrente, rischierebbe, inoltre, di porsi in tensione non solo con la proporzionalità retributiva, ma anche con il principio di uguaglianza, oltre che con quello di colpevolezza.

Il nodo problematico della funzione retributiva della pena, infatti, emerge con particolare evidenza proprio quando si considera un soggetto la cui appartenenza culturale abbia inciso profondamente sul processo motivazionale che ha condotto alla realizzazione del reato. In tali ipotesi, la risposta sanzionatoria dovrebbe piuttosto essere ricercata in una prospettiva orientata alla risocializzazione del reo. Non è infatti da escludere che un modello fondato sull'integrazione sociale, che coniughi prevenzione generale positiva e prevenzione speciale positiva[203], possa trovare efficacemente applicazione anche nei confronti degli autori culturalmente motivati. Da un lato, la prevenzione generale positiva contribuisce a rafforzare la condivisione e l'adesione ai valori fondamentali dell'ordinamento, tra i quali rientra indiscutibilmente la tutela dei diritti fondamentali. Dall'altro lato, in una prospettiva realmente orientata al pluralismo, la prevenzione speciale positiva, rivolta al singolo autore, ne promuove l'integrazione

---

interkulturelles Strafrecht?, cit., pp. 168 – 170, sottolinea il grave errore in cui incorre Höffe: confondere le teorie della pena con le teorie del diritto penale. Sul limite delle dottrine retributive in relazione al fondamento della legittimazione del diritto penale anche L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 236-238: la confusione tra diritto e morale rispecchia infatti la confusione, sul piano della legittimazione del diritto penale, tra il punto di vista esterno (riferito a principi normativi esterni al diritto positivo, dunque un punto di vista etico-politico della giustizia) e quello interno (cioè propriamente giuridico, della legalità, riferito a principi normativi interni all'ordinamento giuridico). Ciò dà vita ad una teoria della pena che pretende di enunciare la giustificazione esterna del "perché punire", mentre in realtà enuncia parametri di legittimazione interna del "quando punire". Per un approfondito confronto sul superamento del carattere retributivo della pena, si rimanda a S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 85 ss.; ID., *Le teorie penali pure nel pensiero tedesco: tra Illuminismo e Idealismo*, Napoli 2023.

[201] O. HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale,* cit., p. 97.

[202] A. BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale,* cit., p. 91.

[203] S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore,* cit., pp. 109 ss.

attraverso un trattamento volto a favorire la comprensione del disvalore del fatto e del contesto giuridico in cui esso si inserisce. Tale profilo assume particolare rilievo nei casi di reati culturalmente motivati, nei quali la condotta non deriva necessariamente da una diretta volontà antisociale, bensì dall'adesione ad un sistema di riferimento valoriale antagonista a quello della maggioranza[204]. Proprio per questo, un impianto teleologico che non rinunci a un approccio inclusivo e responsabilizzante consente di concepire la risposta penale in termini più ampi: essa non si esaurisce nella mera sanzione, ma si integra con un percorso volto a colmare la distanza culturale che è spesso all'origine del reato.

Anche Höffe affronta il tema del reinserimento sociale del reo, escludendo tuttavia che esso possa trovare spazio propriamente nel sistema sanzionatorio. La rieducazione, nella ricostruzione dell'Autore, sarebbe priva del carattere coattivo tipico della sanzione penale, richiedendo necessariamente la partecipazione attiva del soggetto. Proprio in questo punto incontrerebbe il suo limite strutturale: esigendo un'adesione libera, non può essere imposta autoritativamente[205]. Una teoria della pena costituzionalmente orientata[206], però, non reagisce all'impossibilità di coartare la risocializzazione mediante un inasprimento della risposta sanzionatoria; al contrario, esige la predisposizione di condizioni idonee a prevenire ulteriori processi di desocializzazione[207]. Inoltre, è proprio nei confronti dell'autore culturalmente motivato che tali percorsi dovrebbero essere maggiormente incentivati, trattandosi di un soggetto che, più che semplicemente non integrato, come si è detto, agisce sulla base di un sistema culturale che si pone in contrasto con i valori fondamentali dell'ordinamento della società di accoglienza.

---

[204] A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale,* cit*.,* p. 51, a partire dalle premesse in esame, l'A. sottolinea la scarsa efficacia general-preventiva negativa della pena in relazione a reati culturalmente motivati.

[205] O. HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale,* cit., pp. 85-86, l'intervento penale viene così ricostruito come una «reazione *post et propter*» rispetto alla violazione.

[206] Seppure, a differenza della Costituzione italiana, quella tedesca non preveda espressamente la funzione della pena, il riferimento alla retribuzione attribuisce alla pena un carattere fine a se stesso e di tipo eticizzante, rappresentando, quindi, la ricostruzione meno adatta agli ordinamenti penali democratici post-bellici. Nella dottrina tedesca, Roxin (in S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore,* cit., pp. 90-91) conserva della retribuzione unicamente il concetto di proporzionalità, depurandolo delle connotazioni etiche, che, al contrario, in questo contesto sembrano costituire il punto di forza, in una prospettiva dichiaratamente kantiana.

[207] S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore,* cit., pp. 105–106, in cui non si esclude, ove la risocializzazione non sia possibile, che la prevenzione generale negativa possa operare quale funzione secondaria pur sempre nel rispetto dei principi di tutela della dignità e rispetto personalità della responsabilità penale.

A tal proposito, Höffe riconosce che le diverse culture possono presentare declinazioni dei diritti umani del tutto peculiari, ma non giustifica, in forza di questo assunto, forme di tolleranza che compromettano la protezione di valori fondamentali[208]. L'Autore evidenzia, infatti, che il concetto stesso di tolleranza non attiene più soltanto ad un problema di convivenza tra diverse confessioni religiose[209], ma riguarda soprattutto convinzioni sociali, politiche e culturali differenti[210]. La forma minima di tolleranza, intesa come «sopportazione» del diverso, rappresenta un principio essenziale degli Stati moderni ed è dotata di validità universale, proprio nella misura in cui sono universali i diritti umani. Senza un autentico riconoscimento reciproco, nel nucleo essenziale che i diritti elementari presentano, non è infatti possibile una convivenza tra soggetti fondata su eguali diritti.

D'altro canto, però, anche combattere l'intolleranza con l'intolleranza, per quanto possa essere «formalmente ineccepibile», può essere politicamente inopportuno[211]. Infatti, è soprattutto una risposta meramente repressiva che rischia di essere politicamente inadeguata, in quanto non favorisce l'integrazione. Anche in questa prospettiva, la rieducazione del reo appare lo strumento più idoneo per consentire l'ingresso del pluralismo all'interno nel sistema penale. Al contrario, una concezione rigidamente retributiva rischia di rendere la pena sostanzialmente "cieca", ridotta ad una risposta fine a sé stessa, priva di ulteriori funzioni se non quella di contrapporre un male al male arrecato. In tale modello, il fattore culturale tende a essere irrilevante, se non nei limiti in cui incide sulla misura della retribuzione. Un sistema teleologicamente

[208] Assolutamente condivisibile è, invece, il «il diritto penale della tolleranza», nell'accezione attribuita in A. BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale,* cit*.,* pp. 48-49, nel senso di una valorizzazione *pro reo* del fattore culturale, insuscettibile di aggravare il trattamento sanzionatorio e ridurre le garanzie, anche ove il fatto culturalmente motivato appaia lesivo di beni giuridici fondamentali.
[209] O. HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale,* cit., pp. 116-117.
[210] N. BOBBIO, *Le ragioni della tolleranza*, in *L'età dei diritti,* cit., pp. 230-231, distingue due diversi ordini di problemi: da un lato, quello della convivenza tra credenze differenti; dall'altro, quello delle minoranze etniche, linguistiche e razziali. Nel primo caso, la questione riguarda la compatibilità tra verità contrapposte; nel secondo, invece, si configura come un problema di pregiudizio. In quest'ultima ipotesi, infatti, non si tratta di interrogarsi su come credenze diverse possano convivere una volta riconosciuta la loro alterità, bensì di limitare e superare i pregiudizi, dimostrandone l'infondatezza: non si è di fronte a una pluralità di verità coesistenti, ma a una rappresentazione che richiede di essere "corretta". Alla luce di tale distinzione, i delitti di genere culturalmente orientati si collocano al crocevia di queste due dimensioni, poiché integrano pratiche discriminatorie incompatibili con i principi fondamentali e, pertanto, non suscettibili di tolleranza.
[211] *Ivi*, p. 240.

orientato alla rieducazione offre, invece, risposte profondamente diverse alle esigenze poste dal pluralismo culturale, rispetto a un impianto prevalentemente retributivo[212].

Che la tolleranza non debba condurre all'esclusione della punibilità appare indubbio, poiché ciò determinerebbe una differenza di trattamento, incompatibile anche con le esigenze connesse al mantenimento del consenso sociale. Tuttavia, essa non può essere del tutto trascurata nella declinazione della funzione di integrazione sociale. Qualora, infatti, il potere punitivo non venga esercitato in modo da tener conto dei particolarismi di modelli culturali differenti, si rischia di trasformare la funzione di prevenzione generale positiva in una mera riaffermazione di valori tradizionali, mediata da un atteggiamento di intransigenza verso l'altro: ne deriverebbe un clima di intolleranza difficilmente compatibile con politiche multiculturaliste. In tale prospettiva, anche la risocializzazione finirebbe per tradursi in una sorta di «riconversione culturale» dell'autore, espressione di una logica assimilazionista, lontana dall'idea di un autentico dialogo e incontro tra culture[213].

Il carattere universalistico della proposta di Höffe presenta, infine, limiti difficilmente eludibili, nella misura in cui rischia di tradursi in una forma di imperialismo culturale. Se è vero, infatti, che i diritti umani possono essere formulati in termini sufficientemente ampi da risultare, almeno in astratto, condivisibili in più di una cultura giuridica, è altrettanto vero che le loro concrete declinazioni non trovano sempre un riscontro universalmente condiviso. Lo stesso Autore mostra consapevolezza di tale tensione, laddove ammette che l'ordinamento possa legittimamente richiedere agli immigrati una maggiore apertura nei confronti della cultura giuridica dominante[214]. Un esempio emblematico è rappresentato dalla garanzia dell'uguaglianza tra uomini e donne: Höffe evidenzia come risulterebbe incoerente, per una cultura giuridica che riconosca l'uguaglianza di genere e le pari opportunità, quale esigenza derivante dai diritti umani, tollerare, senza reagire, forme manifeste di resistenza a tali principi.

Dove si colloca, allora, il limite tra il principio di sussidiarietà dell'intervento penale e la selezione delle specifiche declinazioni dei diritti umani da tutelare attraverso

---

[212] S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore,* cit., pp. 111 ss., dove si sottolinea che il profilo della necessità di declina nel senso che la scelta dell'intervento penale, «ai fini dell'efficienza del controllo sociale di fatti di devianza (…) è legittima soltanto se la sanzione penale è in grado di raggiungere gli scopi che essa può essere chiamata a perseguire»

[213] A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale,* cit., p. 52.

[214] O. HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale,* cit., p. 135.

lo strumento penale? La questione si fa particolarmente problematica se si considera che non esiste alcuna cultura completamente esente da disuguaglianze di genere[215] (come dimostra la stessa tradizione giuridica italiana), le quali si manifestano, seppur in forme diverse, nei molteplici ambiti della vita sociale e giuridica[216]. Anche sotto questo profilo, dunque, una tutela penale dell'uguaglianza di genere rischia di apparire problematica, proprio in ragione dell'assenza di un nucleo di significati pienamente condiviso: l'idea di regole universalmente valide in tali ambiti si espone, infatti, al rischio di risultare controversa, se non addirittura espressione di un approccio paternalistico.

8. Le direttive di ricerca

Alla luce di tali coordinate, si concorda, pertanto, con quella parte della dottrina[217] che sostiene che il bilanciamento tra conservazione dell'identità e adesione a un quadro comune di valori, che coincide con quello costituzionale[218], non debba passare attraverso processi di assimilazione culturale. L'integrazione, infatti, non richiede che né la maggioranza né le minoranze rinuncino alla propria identità etico-culturale, ma implica piuttosto il riconoscimento e la condivisione dei principi costituzionali entro un orizzonte interpretativo comune che tenga conto delle differenze, senza sacrificare le identità.

Occorre tuttavia considerare, da un lato, che un atteggiamento assimilazionista, volto a costruire un'identità comune senza valorizzare la diversità culturale, non appare coerente con le finalità della pena, soprattutto laddove tale appiattimento si realizzi

---

[215] K. POLITT, *La cultura di chi?,* in J. COHEN, M. HOWARD, M. C. NUSSBAUM (a cura di), *Diritti delle donne e multiculturalismo,* cit., pp. 25-26.

[216] E. HILGENDORF, *Strafrecht und Interkulturalität: Plädoyer für eine kulturelle Sensibilisierung der deutschen Strafrechtsdogmatik*, in *JuristenZeitung*, n. 3/2009, p. 140 parla di *interkulturelle Kompetenz* in relazione alla difficoltà di riconoscere fraintendimenti legati alla cultura in situazioni quotidiane, di valutare e analizzare convinzioni e pregiudizi profondamente radicati e potenzialmente violenti nei confronti dell'"altro", di interpretarli e di gestirli.

[217] J. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto,* in G. RIGAMONTI (trad. it. a cura di), *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento,* cit.*.,* pp. 98-100; C. PASQUINELLI, *Identità di genere e prezzo della sposa. Antropologia delle mutilazioni dei genitali femminili*, in *La Ricerca Folklorica*, n. 44/ 2001, p. 11 sottolinea inoltre come sia, al giorno d'oggi, «molto cambiato il modo di vivere l'esperienza dell'emigrazione, tanto che ormai si preferisce parlare di "transmigrante". L'immigrante non è più una persona che fa ormai solo parte della società in cui si è venuto a stabilire, ma mantiene una rete di relazioni sociali che assicurano un collegamento regolare tra luogo di approdo e luogo di partenza».

[218] Sul punto anche F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in S. CANESTRARI E A. MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di diritto penale di Franco Bricola*, vol. 1 tomo 2, p. 1497.

attraverso una politica di repressione esemplare nei confronti di un presunto "nemico" del costume nazionale[219]. Dall'altro lato, neppure un atteggiamento di mera indifferenza rispetto al fattore culturale risulta soddisfacente, poiché non risponde alle esigenze di individualizzazione della pena, necessaria alla realizzazione della funzione di integrazione sociale. Anche sotto il profilo della prevenzione generale, si rischierebbe così una sorta di implicita convalida di valori culturali confliggenti con quelli della cultura maggioritaria. Ne deriva il rischio di sacrificare le garanzie, e in particolare l'attenzione al singolo autore del reato, trascurandone la storia personale nonché il contesto sociale e culturale di provenienza[220].

Da qui la critica al modello assimilazionista e alle relative politiche di omogeneizzazione culturale. Tale modello infatti incontra, da un lato, limiti pratici e materiali legati alle difficoltà concrete del processo di assimilazione; dall'altro, guarda all'uguaglianza in senso meramente formale, senza tenere adeguatamente conto dell'uguaglianza sostanziale propria di uno Stato sociale di diritto[221].

D'altro canto, però, la tolleranza non può spingersi fino al punto di escludere la punibilità quando siano in gioco diritti fondamentali, poiché ciò finirebbe per compromettere, sotto il profilo generalpreventivo, i meccanismi di fiducia nell'ordinamento e, attraverso un relativismo indiscriminato, per indebolire la funzione stessa del diritto penale quale strumento di controllo della devianza. Per tali ragioni, appare preferibile un modello di impronta multiculturalista[222], capace di coniugare la tutela dei diritti fondamentali con il riconoscimento delle differenze culturali[223].

Esclusa la percorribilità di politiche di stampo repressivo, dunque, l'impostazione proposta non è né quella di una totale indifferenza rispetto al fattore culturale, né quella di un atteggiamento di piena adesione ai fatti culturalmente motivati: si ritiene che il

---

[219] V. MASARONE, *'Reati culturalmente orientati' contro donne e minori: opzioni politico-criminali e scelte normative*, in *Diritto e giustizia minorile*,1-2/2021, pp. 39-41.
[220] A. BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale,* cit*.,* pp. 32-33.
[221] A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale,* cit*.,* pp. 96 ss.
[222] G. FORNASARI, *Nuove riflessioni sulle categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in *La Magistratura*, 2010, p. 24, sottolinea come, nell'esperienza concreta, i due modelli astratti dell'assimilazionismo e del multiculturalismo tendano a incontrarsi e a integrarsi. In questa prospettiva, si evidenzia che il modello di riferimento resta quello multiculturalista, seppur mediato dal ruolo primario attribuito alla tutela giuridica dei diritti fondamentali della persona e alle relative implicazioni.
[223] R. MUZZICA, C. LONGOBARDO*, I reati culturalmente orientati: una triplice prospettiva criminologica,* in *Rassegna Italiana di Criminologia*, n. 1/2015, p. 53.

fattore culturale debba essere tenuto in adeguata considerazione, ma alla luce dei principi e attraverso le strutture della dommatica penale.

Il presente discorso si sviluppa con particolare riferimento alla dimensione della violenza di genere, a maggior ragione in quanto vengono in rilievo diritti fondamentali della persona, quali l'integrità fisica, la vita e l'autodeterminazione sessuale. La prospettiva adottata non si limita a considerare le disuguaglianze di genere in senso stretto, ma si orienta piuttosto verso la lotta contro ogni forma di oppressione. Se il patriarcato si configura come una modalità di esercizio del potere e dell'autorità, diventa allora necessario esaminare con attenzione il contesto culturale, al fine di contrastare tutte le forme di dominio, inclusa quella riconducibile ad un femminismo a tendenza "imperialista"[224], che consideri l'elemento culturale esclusivamente come fattore negativo e oppressivo[225]. Il femminismo intersezionale cui la ricerca si ispira mira, invece, a superare le generalizzazioni relative al genere e all'esperienza femminile, valorizzando le diverse posizioni socio-culturali che, di volta in volta, assumono rilievo.

Secondo autorevole dottrina, però, solo qualora il diritto alla cultura non interferisca con le c.d. immunità fondamentali è possibile procedere a un'analisi sistematica volta a verificarne la rilevanza sui singoli elementi del reato[226]. In tale prospettiva si richiama la ricostruzione di Luigi Ferrajoli in tema di immunità fondamentali, intese come limiti

[224] Ulteriore rispetto alla prospettiva intersezionale è il movimento del *Third World Feminism*, secondo cui la lotta femminista non può essere separata dalla lotta contro il razzismo, il colonialismo e lo sfruttamento economico che colpiscono le comunità marginalizzate. Tale orientamento sostiene, infatti, che un movimento femminista concentrato esclusivamente sulle istanze della componente più privilegiata della popolazione femminile non possa smantellare sistemi di dominio più ampi, fondati sul colonialismo e sullo sfruttamento dei popoli meno potenti. Limitarsi, dunque, a rivendicare genericamente i "diritti delle donne" non sarebbe sufficiente a produrre reali cambiamenti strutturali: qualora le donne occidentali raggiungessero forme di uguaglianza con gli uomini senza mettere simultaneamente in discussione razzismo e classismo, ciò finirebbe per compromettere la costruzione di un movimento realmente inclusivo. Per approfondimenti si rimanda a C. T. MOHANTY, A. RUSSO, L. TORRES (a cura di), *Third World Women and the Politics of Feminism*, Bloomington 1991; E. OLIVITO, *Donne e diritto nella temperie multiculturalista*, in F. ABBONDANTE, S. PRISCO (a cura di), *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza,* cit., pp. 160 – 161.

[225] *Ex multiis*, A. Y. AL-HIBRI, *Il femminismo patriarcale dell'Occidente giova alle donne del Terzo Mondo e delle minoranze?,* in J. COHEN, M. HOWARD, M. C. NUSSBAUM (a cura di), *Diritti delle donne e multiculturalismo,* cit*.,* p. 44, che parla di «femminismo patriarcale dell'Occidente», di cui Okin sarebbe portatrice, quando confonde le questioni culturali con quelle religiose, senza valorizzare l'aspetto sacrale di queste ultime, e quando interpreta, sotto questa luce, dei rituali che dal suo punto di vista appaiono negativi per le donne, descrivendole come oppresse inconsapevoli, assuefatte alla cultura patriarcale in cui vivono.

[226] C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 165.

invalicabili posti a tutela della persona umana[227]. Tra queste rientra, in particolare, la libertà-immunità delle donne e dei soggetti vulnerabili da ogni forma di coercizione e di violazione del proprio corpo. L'insieme di tali immunità delinea un nucleo di garanzie che, in quanto inviolabili, non si collocano sul medesimo piano degli altri diritti, pur fondamentali, e la cui tutela non può in alcun modo essere sacrificata.

Ciò implica che, pur imponendosi una valutazione attenta del fattore culturale, non può ritenersi ammissibile un'integrale esenzione dal trattamento sanzionatorio nei casi in cui risultino lesi diritti fondamentali. Una totale esclusione della punibilità, infatti, come si è anticipato, non appare coerente neppure con la funzione general-preventiva in senso positivo della pena, poiché difficilmente verrebbe percepita come giusta sul piano della coesione sociale.

Non sembra discostarsi, seppur in forma più implicita, la giurisprudenza di legittimità italiana. Tra le pronunce più recenti si segnala quella della terza sezione della Corte di cassazione, sentenza 20 novembre 2019, n. 7590[228], relativa alla condanna di un imputato per plurimi reati commessi in ambito familiare: egli aveva sottoposto la moglie a reiterati maltrattamenti, imponendole un regime di vita vessatorio e umiliante, anche alla presenza dei figli minori, nonché a violenze sessuali nel corso della convivenza.

In tale decisione, la Corte non si limita ad escludere l'esenzione da responsabilità nei casi in cui siano lesi diritti fondamentali[229], ma afferma in termini netti che «non v'è ingresso, nel sistema penale, alla valutazione delle diversità culturali quali limiti al fatto di rilevanza penale nell'ordinamento giuridico», precludendo *ab origine*, in ragione della centralità del bene giuridico tutelato, qualsiasi rilevanza del fattore culturale, tanto

[227] L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazi*a, vol. II, Roma-Bari 2007, p. 314 ss., in C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., pp. 162-163.
[228] Cass. pen. sez. III, 20 novembre 2019 (dep. 26 febbraio 2020), n. 7590, con nota di A. SORGATO, *La "variabile culturale" non scrimina la lesione di diritti inviolabili né inficia l'attendibilità della parte lesa*, in *IUS Penale*, 11 giugno 2020.
[229] Nelle motivazioni della corte si legge che «La "difesa culturale" deve essere, pertanto, ritenuta recessiva nei casi in cui il bene giuridico leso o messo in pericolo sia oggetto di tutela quale diritto fondamentale dell'individuo ai sensi dell'art. 2 Cost., e inidonea a esonerare l'imputato dalla responsabilità e ciò in quanto la tutela dei diritti fondamentale dell'uomo costituisce un limite anche per chi ha scelto di stabilirsi in questo Paese. (…) i diritti costituzionali sono riconosciuti indipendentemente dall'adesione individuale o collettiva, o dal consenso che producono in termini quantitativi. Sono riconosciuti in quanto strumento di garanzia per tutti, e, in tale ambito, al giudice costituzionale è attribuito il potere di sorvegliare la produzione normativa in contrasto con essi e al giudice ordinario compete il compito, nel bilanciamento tra questi e le libertà dei singoli individui, di perseguire tale garanzia».

nella struttura del reato quanto nella fase di commisurazione della pena. Viene così affermato a chiare lettere il principio dello sbarramento invalicabile dei diritti fondamentali, escludendosi che il sistema penale possa mai abdicare «in ragione del rispetto di tradizioni culturali, religiose o sociali (…) alla punizione di fatti che colpiscano o mettano in pericolo beni di maggiore rilevanza», quali i diritti inviolabili della persona.

Analogamente, nei precedenti giurisprudenziali richiamati in sentenza, non emerge una concreta valutazione del ruolo che il fattore culturale può assumere nella struttura del reato, ma si presentano singole decisioni di condanna che si limitano a evocare tale dimensione per escluderne, in via aprioristica, qualsiasi rilevanza. Emblematica, in tal senso, è la sentenza della Corte di cassazione n. 37364 del 5 giugno 2015[230], che afferma la responsabilità dell'imputato evidenziando la piena consapevolezza dell'assenza di consenso della moglie ai rapporti sessuali imposti: la vittima aveva infatti riferito di essere stata costretta a subire tali rapporti mediante violenza, minacce e nel timore di conseguenze peggiori. In questa prospettiva, la Corte ribadisce che la libertà di disporre del proprio corpo a fini sessuali è assoluta e incondizionata e non incontra limiti nelle diverse intenzioni dell'altra persona. L'assolutezza del diritto tutelato si riflette altresì nell'irrilevanza del fattore culturale rispetto a un eventuale errore sul consenso, o, più precisamente, sulla percezione del dissenso, non essendo ammesse attenuazioni fondate su presunti limiti culturali dell'autore della condotta o su concezioni arcaiche della donna[231].

Nello stesso solco si colloca la sentenza della terza sezione del 31 maggio 2017, n. 53135, che ha affermato la punibilità del reato di atti sessuali con minorenne anche in presenza di una convivenza, ritenuta "matrimonio" nella comunità di appartenenza (nel caso di specie, rom), tra un maggiorenne e una minore di sedici anni[232]. Il limite è posto dalla disciplina civilistica, che esclude la possibilità per i minori di contrarre matrimonio e di prestare un valido consenso in contesti di convivenza stabile al di sotto

[230] Cass. pen. sez. III, 5 giugno 2015, n. 37364, in *CED Cass. pen*. 2016.
[231] La Corte esclude che abbiano «diritto di cittadinanza giustificazioni che in nome di dedotte diversità culturali portano al sovvertimento del principio dell'obbligatorietà della legge penale sancito dall'art. 3 c.p. A maggior ragione se in tal modo si consente l'affievolimento della tutela di principi fondamentali dell'ordinamento giuridico e dei diritti inviolabili della persona che la Repubblica Italiana si è impegnata a riconoscere non solo al suo interno ma anche nei confronti dei Paesi aderenti a convenzioni e trattati internazionali».
[232] Cass. pen., sez. III, 31 maggio 2017, n. 53135, in *Diritto & Giustizia* 2017, 23 novembre.

della soglia minima prevista. Ne consegue che, ai sensi dell'art. 609-*quater*, comma 1, n. 2 c.p., il reato sussiste indipendentemente dal consenso della minore, dalla convivenza o dall'assenza di una posizione di abuso da parte dell'adulto.

In quest'ultima pronuncia, emerge, infine, un accenno al ruolo dell'interprete emerge, ove si afferma che «il giudice non può sottrarsi al suo compito naturale di rendere imparziale giustizia applicando le norme positive vigenti, caso per caso», assicurando al contempo tutela alle vittime, garanzie agli imputati e personalizzazione della pena. Tale funzione di «mediatore culturale», astrattamente attribuita all'interprete, deve tuttavia essere esercitata entro i limiti fissati dall'ordinamento, i quali precludono la rilevanza del fattore culturale, in particolare ai fini della scusabilità dell'*ignorantia legis,* ove vengano in rilievo valori fondamentali quali la dignità umana, i diritti della persona e i principi sanciti dall'art. 3 Cost., relativi alla pari dignità sociale, all'uguaglianza senza distinzione di sesso e al compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona. In tale prospettiva, si ribadisce che tali principi costituiscono uno sbarramento invalicabile «rispetto all'introduzione, di diritto o di fatto, nella società civile di consuetudini, prassi o costumi che si pongano in contrasto con il percorso storico di affermazione dei diritti inviolabili della persona, sia essa cittadino o straniero»[233].

In conclusione, appare evidente come la violenza sulle donne presenti una componente culturale ineliminabile, in ragione della dimensione transculturale del fenomeno e della radicata storicità delle dinamiche di contrapposizione tra i sessi. La prospettiva culturale rappresenta, pertanto, una chiave esplicativa indubbiamente rilevante, ma non esaustiva. In un sistema penale fondato sul principio di personalità della responsabilità penale, infatti, non è ammissibile arrestare l'indagine a una arbitraria contrapposizione tra culture "buone" e culture "cattive", senza procedere a

[233] Tale atteggiamento della giurisprudenza di legittimità, come si avrà modo di approfondire nel corso della trattazione, si riscontra anche con riferimento alla rilevanza del fattore culturale in altri livelli della struttura del reato, quali l'antigiuridicità (Cass. pen., sez. VI, 20 ottobre 1999, n. 3398, in *CED Cass. pen*. 2000, c.d. sentenza Bajrami, in tema di consenso dell'avente diritto; Cass. pen., sez. III, 29 gennaio 2015, n. 14960, in *Diritto & Giustizia* 2015, in materia di esercizio di un diritto) e la colpevolezza (Cass. pen., sez. V, 25 marzo 2019, n. 21133, in *CED Cass. pen*. 2019, in tema di inesigibilità del comportamento alternativo lecito, dalla quale la Corte ha fatto discendere l'insussistenza dell'elemento soggettivo).

una valutazione in concreto dell'incidenza che la cultura dell'agente abbia avuto sulla rappresentazione del fatto o della sua illiceità[234].

L'analisi oggetto della presente ricerca muove, dunque, dall'esigenza di collocare il fattore culturale all'interno della struttura del reato anche quando siano in gioco diritti fondamentali, affinché il richiamo a quelle che Ferrajoli definisce immunità fondamentali non si riduca a una formula vuota o a una mera barriera priva di effettivo contenuto garantistico.

[234] C. GRANDI, *I reati contro la famiglia e contro la persona culturalmente motivati: teoria ed evoluzione della prassi*, in *Arch. pen*., n. 3/2022, pp. 20 ss., osserva come alcune pronunce della Cassazione facciano ben sperare che la giurisprudenza di legittimità abbia ormai superato il modello del «pigro richiamo ai principi costituzionali quale sbarramento invalicabile alla considerazione del fattore culturale», avviando invece un percorso di progressivo arricchimento e approfondimento dell'impianto argomentativo.

CAPITOLO 2

PER UN DIRITTO PENALE *GENDER-NEUTRAL*

Attribuire specificità alla violenza di genere, soprattutto al livello della tipicità e sotto il profilo del trattamento sanzionatorio, richiede una solida giustificazione alla luce dei principi fondamentali del diritto penale. Le principali direttrici a cui è possibile fare riferimento per legittimare tale tutela differenziata sono essenzialmente due: la dignità, intesa con riguardo alla condizione sociale della donna e ai suoi diritti, storicamente compressi all'interno di assetti patriarcali, e l'uguaglianza, che costituisce l'architrave della peculiare rilevanza penale riconosciuta alle condotte discriminatorie. Se l'uguaglianza opera come criterio volto a garantire a tutti l'accesso alle opportunità, alle libertà e alle tutele senza discriminazioni, la dignità rappresenta un elemento imprescindibile della protezione giuridica della persona.

Il punto di partenza deve comunque essere individuato nella ricognizione di un disvalore specifico, propriamente riconducibile alle fattispecie di violenza di genere: un dato ulteriore rispetto all'offesa all'integrità psico-fisica della donna, sulla quale si innesta la componente discriminatoria.

Il disvalore da ricercare va, dunque, inteso come offesa ad un bene giuridico determinato, irrinunciabile fondamento legittimante dell'intervento penale[1]. La questione centrale diviene, allora, quella di stabilire se tali ricostruzioni siano o meno giustificabili, anche alla luce del rischio che, qualora la violenza discriminatoria si manifesti all'interno di una minoranza culturale, il riconoscimento di una tutela "sessuata" possa condurre ad una rivalutazione del fattore culturale nella struttura del reato, neutralizzandone potenzialmente la rilevanza.

[1] Il primo ad introdurre il concetto di *Gut* quale oggetto dell'offesa, in luogo dei diritti soggettivi, fu J. M. F. BIRNBAUM, *Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*, in *Archiv des Criminalrechts*, 1834, pp. 149 ss. A sostegno dell'irrinunciabilità, anche in epoca contemporanea, della categoria del bene giuridico, A. CAVALIERE, *'Diritti' anziché 'beni giuridici' e 'principi' in diritto penale?*, in *Sist. pen.*, 16 ottobre 2023; G. FIANDACA, *Sul bene giuridico: un consuntivo critico*, Torino 2014, pp. 120-122, pur non escludendo una maggiore aderenza del concetto di diritto soggettivo a «il contenuto e il senso della tutela», sottolinea come anch'esso soffra della medesima difficoltà di individuazione che viene tradizionalmente imputata al bene giuridico, con conseguenti criticità nella selezione dell'oggetto della tutela, oltre ad essere connotato da una "carica emotiva" che lo rende funzionale a un intervento penale meramente simbolico.

1. I valori in gioco: uguaglianza e dignità

Il principio di uguaglianza, interpretato alla luce del riconoscimento delle differenze e del dialogo politico interculturale, costituisce l'asse portante di ogni branca dell'ordinamento giuridico italiano, e il sistema penale non fa eccezione. In quanto principio costituzionale cardine, occorre chiarire il rapporto che intrattiene con l'esercizio del potere punitivo, che va, a sua volta, circoscritto entro confini garantistici, tali da impedire che la sanzione penale si trasformi in uno strumento di riconoscimenti asimmetrici. È dunque dalla Costituzione che occorre muovere, lungo un percorso che non può dirsi indipendente dalla tutela della dignità individuale.

Il principio liberal-democratico permea la formulazione dell'art. 2 Cost., elaborato in un contesto storico nel quale la preoccupazione primaria dei costituenti era quella di garantire le libertà dallo Stato, più che di assicurarne il pieno esercizio all'interno delle formazioni sociali o attraverso la partecipazione politica[2]. È con l'art. 3 Cost., tuttavia, che si completa l'architettura costituzionale dello Stato sociale, segnando il superamento del modello liberale classico. Va riconosciuto, dunque, che l'apertura dell'art. 2 Cost. consente l'emersione e la tutela costituzionale di nuovi diritti, secondo un rapporto di proporzionalità diretta tra solidarietà sociale e ampliamento degli spazi di libertà[3]: è in questa prospettiva che istanze individuali ed esigenze solidaristiche sono chiamate a trovare un punto di equilibrio. Congiuntamente, è una lettura sistematica del secondo comma dell'art. 3 Cost. che consente di selezionare i diritti meritevoli di tutela costituzionale, ponendo al centro il pieno sviluppo della persona umana: saranno pertanto protette le libertà essenziali a tale sviluppo, secondo una visione dinamica, sensibile alle trasformazioni sociali e tendenzialmente indipendente dalle ideologie dei singoli operatori istituzionali[4].

---

[2] A. BARBERA, *Commento all'art. 2 della Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione italiana*, Bologna 1975, pp. 84 ss., precisa che, in una prima fase, la Corte costituzionale ha attribuito all'art. 2 Cost. una funzione meramente ricognitiva dei diritti espressamente previsti, escludendone la natura di norma "aperta" per contenere l'eccessiva espansione giurisprudenziale dei diritti costituzionali. Solo successivamente, riconosciuta l'attitudine della disposizione a tutelare diritti non nominati, si è posto il problema dell'integrazione dell'ordinamento, secondo un criterio selettivo che favorisca le istanze delle minoranze socialmente e politicamente "forti", mentre quelle delle minoranze deboli sono accolte solo se compatibili con i valori della maggioranza. Ne deriva una concezione dei valori personali dal marcato rilievo culturale e politico, che nello Stato sociale di diritto devono essere non solo garantiti, ma anche promossi.

[3] *Ivi*, p. 97.

[4] *Ivi*, pp. 103-107.

Tali considerazioni assumono un rilievo ancor maggiore se si tiene conto del fatto che l'individuo acquista una dimensione ulteriore di tutela nelle "formazioni sociali ove si svolge la sua personalità" *ex* art. 2 Cost. In questa prospettiva si colloca l'art. 29 Cost., che fonda il matrimonio sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, pur nel rispetto dell'unità familiare[5]. Se proprio la famiglia rappresenta uno degli spazi privilegiati in cui si realizza la personalità dell'individuo, allora appare coerente che l'eguaglianza tra i coniugi costituisca il naturale riflesso dei principi enunciati dall'art. 3 Cost.[6]. Il richiamo alla dimensione familiare ricorre anche nell'art. 37 Cost., che menziona espressamente la donna, affermandone la parità di diritti e di retribuzione nel lavoro, in condizioni che consentano l'adempimento della sua "essenziale funzione familiare", coerentemente con il contesto storico in cui la Costituzione è stata elaborata, inevitabilmente influenzato da assetti sociali e istituti tradizionali, seppur in fase di trasformazione[7].

Si ribadisce, pertanto, la necessità di una lettura congiunta degli artt. 2 e 3 Cost[8], che costituiscono il nucleo essenziale dello Stato sociale di diritto. La dignità umana emerge, così, come ponte concettuale tra i due articoli, i quali richiamano, rispettivamente, i diritti inviolabili e il loro universale riconoscimento. L'affermazione dell'uguaglianza sostanziale rappresenta l'espressione più autentica della «sincerità»[9] della Costituzione italiana: essa prende atto delle differenze che attraversano la società, radicate nella storia dell'umanità, e indica una direzione precisa, quella dell'eguaglianza come progetto politico. Dopo aver proclamato che "tutti i cittadini hanno pari dignità

---

[5] S. CECCANTI, *Uguaglianza e differenza: la difficile cittadinanza delle donne*, in *federalismi.it,* 20 marzo 2024, p. 2.

[6] A. BARBERA, *Commento all'art. 2,* cit.*,* p. 80, sulla necessità di passare da una concezione liberale ad una personalista delle libertà, in quanto presupposto dell'articolo 3 comma 2 Cost.

[7] È interessante notare la resistenza dell'assetto patriarcale della famiglia ai profondi mutamenti politici che hanno investito l'Italia dopo la Seconda guerra mondiale. Secondo i verbali delle sedute della Costituente riportati in G.D. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, Torino 1953, pp. 45 ss., si accese un intenso dibattito sull'opportunità di introdurre il principio della parità dei coniugi al secondo comma dell'art. 29 Cost. Tra i pareri contrari, si rinviene l'osservazione secondo cui l'unità familiare andasse presidiata facendo specifica menzione in Costituzione del marito come capo della famiglia, cristallizzando una gerarchia ritenuta necessaria per esigenze di organizzazione della comunità familiare. A detta di Calamandrei «questa disuguaglianza giuridica dei coniugi è un'esigenza dell'unità della famiglia che, in quanto società, per poter vivere ha bisogno di essere rappresentata e diretta da una sola persona».

[8] A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2019, p. 5, valorizza il concetto di dignità sociale, che nel Preambolo della Dichiarazione universale dei diritti umani viene costruita come «il mezzo grazie al quale sono tra loro vicendevolmente vincolati "tutti i membri della famiglia umana"».

[9] L'attributo è, riprendendo la visione di Lelio Basso, di U. ROMAGNOLI, *Commento all'art.3 comma 2 della Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione italiana*, cit., pp. 165 ss.

sociale e sono eguali davanti alla legge", il primo comma dell'art. 3 lascia spazio, nel secondo, all'assunzione di un compito fondamentale: la rimozione degli "ostacoli economici e sociali che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza, impediscono il pieno sviluppo della persona umana" e l'effettiva partecipazione alla vita politica, economica e sociale del Paese. Così, riprendendo la celebre formula elaborata da Ferrajoli[10], l'uguaglianza nell'ordinamento italiano assume un duplice volto: quello dell'«eguale valore delle differenze», che ne esprime la dimensione liberale o formale, e quello della «riduzione delle disuguaglianze economiche e materiali», che ne incarna il profilo sostanziale[11].

Quest'ultimo svolge una funzione essenziale nel contrastare logiche assimilazioniste volte a occultare le disuguaglianze reali, con il rischio di amplificarle[12]. Come affermato dalla Corte costituzionale, infatti, il principio di eguaglianza «condiziona tutto l'ordinamento nella sua obiettiva struttura» e impedisce al legislatore di introdurre discipline che determinino disparità di trattamento prive di adeguata giustificazione[13].

---

[10] L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, cit., p. 9.

[11] Anche l'art. 4 CEDAW recepisce il binomio di uguaglianza formale e sostanziale. Al primo comma, infatti, si afferma che «l'adozione ad opera degli Stati Parti di misure speciali temporanee finalizzate ad accelerare la parità di fatto tra uomini e donne non è considerata una discriminazione ai sensi della presente Convenzione», precisando tuttavia che tali misure non devono comportare il mantenimento di norme diseguali o distinte. Proprio perché introdotte al fine di eliminare situazioni di disuguaglianza, esse devono essere abrogate una volta conseguiti gli obiettivi di parità di opportunità e di trattamento. Nella stessa prospettiva, il secondo comma chiarisce che «l'adozione ad opera degli Stati Parti di misure speciali (…) finalizzate a proteggere la maternità non è considerata un atto discriminatorio», in quanto tali misure risultano connaturate alla condizione biologica femminile, non costituiscono il prodotto di disuguaglianze derivanti da dinamiche sociali storicamente stratificate.

[12] Poiché la dimensione sostanziale rappresenta solo uno dei molteplici aspetti riconducibili al principio di eguaglianza, L. GIANFORMAGGIO, in A. FACCHI, C. FARALLI, T. PITCH (a cura di), *Eguaglianza, donne e diritto,* Bologna 2005, pp. 134-155, propone una rilettura della dicotomia formale/sostanziale alla luce della sua intrinseca equivocità e della possibilità di un uso differenziato nella dimensione giuridica. L'uguaglianza sostanziale può, infatti, configurarsi come valore, come fatto, oppure concretizzarsi in misure di tutela o di promozione e, in questa prospettiva, anche come riconoscimento o valorizzazione di identità particolari; specularmente, l'uguaglianza formale può essere intesa tanto come indifferenza quanto come eguale trattamento, ovvero come astrazione dalle differenze, potenzialmente in contrasto con le istanze proprie dello Stato sociale. In termini affini, C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, cit., pp. 22 ss., distingue tra politica della dignità e politica della differenza, riproponendo la distinzione tra uguaglianza formale e sostanziale: nel primo caso si afferma la pari dignità di tutti i consociati in titoli e diritti; nel secondo, reagendo alla "cecità" rispetto alle differenze tra i gruppi sociali, il riconoscimento delle identità diviene lo strumento per superare le discriminazioni e conseguire un'uguaglianza sostanziale attraverso trattamenti differenziati.

[13] Sul piano giurisprudenziale, Corte costituzionale, sent. n. 25 del 1966, punto 1 del Considerato in diritto; nonché, in ordine al ricorso al primo e al secondo comma dell'art. 3 Cost. nella giurisprudenza costituzionale, U. ROMAGNOLI, *Commento all'art. 3, comma 2, della Costituzione*, cit., pp. 171-176.

Inquadrati in questi termini i due principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, emergono principalmente due questioni rilevanti sotto il profilo della legittimazione della tutela penale. Con riferimento all'art. 2 Cost., ci si interroga, in particolare, se qualunque fatto lesivo della dignità umana possa essere considerato di per sé sufficiente a giustificare l'attivazione della tutela penalistica. La norma in esame conferma, infatti, la sua funzione di "canalizzatore" dei diritti non espressamente enunciati nella Carta costituzionale, destinati a emergere nel tempo parallelamente all'evoluzione della "costituzione materiale"[14]. Non può, tuttavia, omettersi di considerarne i limiti, in quanto essa non può rappresentare la fonte indiscriminata del riconoscimento di qualunque bene giuridico si intenda elevare a oggetto di tutela penale. La sua malleabilità concettuale e la scarsa selettività che la caratterizza rendono, infatti, insufficiente il richiamo all'art. 2 Cost. quale fondamento unico o privilegiato della riconducibilità a Costituzione di nuovi beni giuridici[15]: l'attribuzione di rilevanza penale richiede, al contrario, un ancoraggio più solido e un percorso argomentativo più rigoroso[16].

Con specifico riferimento all'uguaglianza di genere, risulta, inoltre, pienamente coerente con il principio sancito dall'art. 3 Cost. anche la previsione contenuta nell'art. 4 della CEDAW, secondo cui l'adozione di misure speciali temporanee volte ad accelerare il processo di effettiva realizzazione dell'eguaglianza tra uomini e donne non integra una forma di discriminazione[17]. Trova così riconoscimento, anche a livello internazionale, la legittimità di interventi differenziati a favore delle donne, in quanto

---

[14] A. BARBERA, *Commento all'art. 2,* cit., pp. 65-66; S. MOCCIA*, Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 175, in cui si sottolinea come «in un assetto istituzionale espressivo dei valori dello stato sociale di diritto, l'ordinamento deve risultare funzionale alla tutela della libertà e personalità dell'individuo, nel contestuale rispetto di prerogative superindividuali». Si delinea, così, un sistema dinamico (attraverso la clausola aperta dell'art. 2 Cost.) e capace di adattarsi alle esigenze di tutela della realtà sociale di riferimento e dell'evolversi dei rapporti sociali, nella misura in cui il bene giuridico oggetto di tutela viene considerato «nel suo rapporto, in termini di interesse, con il titolare: esso va visto in funzione dello sviluppo della personalità nella società civile». Analogamente anche E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., pp. 120 ss.

[15] *Ex multiis*, W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, n.12/2007, pp. 57-69.

[16] E. CONTIERI, *Dialettica del bene giuridico: per il recupero di una prospettiva costituzionalmente orientata*, Pisa 2019, pp. 120-121; G. FIANDACA, *Sul bene giuridico,* cit*.,* pp. 60-61.

[17] L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto,* cit., pp. 43-44, inserisce la c.d. "discriminazione alla rovescia" nella dialettica tra uguaglianza formale e sostanziale; O. DI GIOVINE*, I recenti interventi legislativi in materia di violenza contro le donne (perché il "dilemma del femminismo" è anche il "dilemma del diritto penale"),* in *Arch. Pen*., n.1/2017, p. 302, parla di "dilemma delle femministe", ove per eliminare alcune discriminazioni, ne vengano introdotte altre, sulla base della vulnerabilità della donna rispetto alle aggressioni maschili; C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento,* cit*.,* p. 26, mette in guardia circa le "discriminazioni a rovescio" che mirino alla cancellazione delle differenze, più che all'eliminazione delle discriminazioni, in direzione contraria alla tutela dell'identità culturale.

funzionali al conseguimento di una parità sostanziale e destinati a venir meno una volta superata la condizione di svantaggio[18].

Secondo una parte significativa della dottrina, tuttavia, si rende necessario un ripensamento radicale delle categorie attraverso cui vengono affrontate le disuguaglianze di genere[19]. Un approccio neutro e universalistico, infatti, rischia di perpetuare le stesse gerarchie che intende superare. In altri termini, un diritto penale fondato su una pretesa neutralità finisce per assumere un unico parametro normativo di riferimento, misurando tutte le soggettività su di esso, anche in presenza di una realtà sociale strutturalmente diseguale. Del resto, già nell'evoluzione delle lotte femministe l'uguaglianza intesa come mera identità di trattamento si è rivelata insufficiente, in quanto incapace di tenere conto delle condizioni materiali di vita delle donne e dei rapporti di potere esistenti. Da qui il passaggio verso un femminismo attento alla valorizzazione della differenza, che rivendica politiche (anche giuridiche) capaci di riconoscere le specificità femminili, superando la pretesa neutralità del diritto.

L'uguaglianza, dunque, almeno nella sua dimensione formale, non configura un diritto soggettivo in senso stretto, bensì un principio destinato a proiettarsi potenzialmente su ogni rapporto giuridico[20]. Le differenziazioni, dunque, risultano ammissibili soltanto ove giustificate dal perseguimento di un fine costituzionalmente legittimo[21], e la rimozione degli ostacoli richiamata dal secondo comma dell'art. 3 Cost. ne costituisce un esempio paradigmatico[22].

È proprio in questo quadro che emerge l'interrogativo centrale: il diritto penale può legittimamente operare come strumento di rimozione di tali ostacoli? È indubbio, infatti, che la declinazione del principio di uguaglianza attraverso il criterio della

[18] Precisa l'ultimo periodo del primo comma dell'art. 4 che tali misure (speciali temporanee finalizzate ad accelerare la parità di fatto tra uomini e donne) sono abrogate quando sono conseguiti gli obiettivi di parità di opportunità e di trattamento.
[19] A. FACCHI, *A partire dall'eguaglianza*, cit., pp. 125-126.
[20] A.S. AGRÒ, *Commento all'art. 3, comma 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., pp. 126-129.
[21] In tema di "differenziazioni necessarie", *ivi,* p. 150.
[22] Sul piano sovranazionale, l'art. 14 della CEDU stabilisce che il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Convenzione deve essere assicurato senza discriminazioni fondate sul sesso, sulla razza, sulla religione, sulla lingua, sulle opinioni politiche, sull'origine nazionale o sociale, sull'appartenenza a una minoranza e su ogni altra condizione personale. Tale disposizione rafforza l'idea che l'eguaglianza, nelle sue due componenti (formale e sostanziale), non sia un valore meramente astratto, ma un criterio operativo che orienta e limita l'intervento punitivo. Sul punto anche S. CECCANTI, *Uguaglianza e differenza: la difficile cittadinanza delle donne*, cit*.,* pp. 4 -5; A. BARBERA, *Commento all'art. 2,* cit., p. 74.

ragionevolezza consenta al legislatore di introdurre trattamenti differenziati, ad esempio fondati sul genere o sull'appartenenza culturale, purché orientati al perseguimento di obiettivi costituzionalmente rilevanti[23]. Alla luce di ciò, occorre interrogarsi se una legislazione penale "di genere" sia in grado di superare il vaglio di ragionevolezza, il quale non può in alcun modo prescindere dalla valutazione circa la necessità dell'intervento penale[24]. Il richiamo alla ragionevolezza attiene, in particolare, al controllo sulle scelte legislative in materia di incriminazioni, e dunque alla coerenza e alla proporzionalità con cui il legislatore seleziona le condotte ritenute meritevoli di sanzione penale.

1.2. La tutela dell'identità culturale

Tra i principi costituzionali che vengono in rilievo rispetto al tema della ricerca, assume particolare importanza anche la cultura, intesa come fattore identitario che si inserisce nella più ampia tutela costituzionale accordata alla persona. Si impone, pertanto, l'esigenza di delimitarne la portata e la rilevanza all'interno dell'ordinamento giuridico.

Sul piano internazionale, l'art. 27 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 riconosce alle minoranze etniche, religiose o linguistiche il diritto a non essere private della possibilità di condurre una "vita culturale propria," di professare e praticare la propria religione o di usare la propria lingua, in comune con gli altri membri del gruppo di appartenenza. Il concetto di cultura assume rilievo, inoltre, anche nella dimensione eurounitaria: l'art. 167 TFUE stabilisce che l'Unione europea debba tenere conto degli aspetti culturali in tutte le sue azioni e contribuire al rispetto e alla promozione della diversità delle culture dei popoli europei. A tal fine, l'Unione può sostenere e integrare l'azione degli Stati membri in ambito culturale, promuovendone la cooperazione e incoraggiando il sostegno ad iniziative culturali di rilievo europeo[25].

Nell'ordinamento italiano, un riconoscimento della dimensione culturale si rinviene, seppur con valore prevalentemente programmatico, nella Carta dei valori della

[23] A. S. AGRÒ, *Commento all'art. 3, comma 1,* cit., pp. 134-135.
[24] F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1992, pp. 455-456, dove la sussidiarietà è, invece, costruita come una valutazione costi-benefici dell'intervento penale, tra scopi di tutela e mezzi impiegati, non suscettibile di essere plasmata dai condizionamenti emotivi dell'interprete.
[25] B. VALERIUS*, Kultur und Strafrecht*, cit., pp. 31-32.

cittadinanza e dell'integrazione, adottata con decreto dell'allora Ministro dell'interno, Giuliano Amato, il 23 aprile 2007[26]. Dopo aver affermato, all'art. 1, l'impegno dello Stato a garantire ad ogni persona, sin dal suo ingresso nel territorio nazionale, il godimento «dei diritti fondamentali, senza distinzione di sesso, etnia, religione, condizioni sociali»[27], l'art. 4 prevede che «alle donne, agli uomini, ai giovani immigrati l'Italia offre un cammino di integrazione rispettoso delle identità di ciascuno». La Carta conserva, tuttavia, la natura di atto di indirizzo: lo stesso decreto stabilisce, infatti, che il Ministero dell'interno debba ispirarsi ai suoi principi nell'esercizio delle proprie funzioni e orientare i rapporti con le comunità immigrate e religiose alla coesione sociale, senza riconoscere un vero e proprio diritto soggettivo alla cultura azionabile dal singolo.

A livello costituzionale, invece, l'identità culturale non risulta espressamente riconosciuta, né direttamente tutelata[28]. Essa può, al più, essere ricondotta sotto una prospettiva personalistica, ai principi che tutelano la persona e il suo sviluppo nelle formazioni sociali, segnatamente agli artt. 2 e 3, comma 2 Cost., qualora si consideri la cultura come una delle condizioni del pieno esplicarsi della personalità. Il riferimento alla cultura ricorre infatti all'art. 9 Cost., ove è accostata alla ricerca scientifica e tecnica (e non alla dimensione identitaria dell'individuo), nonché all'art. 33 Cost., che associa la cultura alle istituzioni di alta formazione. Merita menzione anche l'art. 117 Cost.[29],

[26] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pp. 63-64, che individua nella Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione un'apertura dell'ordinamento italiano al modello multiculturalista.

[27] In un'ottica di dichiarata integrazione e pacifica convivenza, prosegue l'art. 1: «Al tempo stesso, ogni persona che vive in Italia deve rispettare i valori su cui poggia la società, i diritti degli altri, i doveri di solidarietà richiesti dalle leggi».

[28] Con ricadute sulla possibilità di scriminare pratiche non comuni nella tradizione nazionale, Cass. pen. sez. VI, 22 giugno 2011, n. 43646, con nota di V. PUSATERI, in *Dir. pen. cont*., 22 marzo 2012, in tema di circoncisione maschile, distingue i casi in cui la pratica sia riconducibile a motivazioni connesse a esigenze religiose e identitarie da quelli in cui essa «affonda le proprie radici soltanto in tradizioni culturali ed etniche, assolutamente estranee alla cultura occidentale e non sempre compatibili, sul piano operativo, con la nostra legislazione». Il tema sarà approfondito nel corso della trattazione; per quanto qui rileva, può anticiparsi che, nel caso di specie, l'imputata, cittadina nigeriana di fede cattolica, aveva deciso di sottoporre il figlio minore alla circoncisione, pratica estranea al rito della religione cattolica. La Corte ha escluso l'applicazione dell'art. 51 c.p., ritenendo che la scelta dell'imputata «vada letta come espressione della cultura della medesima, interiorizzata nell'ambito della comunità di provenienza, e nulla abbia da condividere con la circoncisione rituale di matrice religiosa praticata dagli ebrei», con la conseguente esclusione della possibilità di invocare, nel caso di specie, l'esercizio del diritto di professare liberamente la propria fede religiosa.

[29] I. RUGGIU, *Il giudice antropologo*, cit., p. 241, vede, in riferimento agli obblighi internazionali *ex* 117, comma 1, Cost., la possibilità di ravvisare nella legge di ratifica dei trattati che contengono un riferimento a diritti culturali delle norme interposte «in grado di incorporare nel nostro ordinamento la protezione del «diritto alla cultura» di qualsiasi minoranza, non soltanto quelle protette dall'articolo 6 o dall'articolo 19».

che attribuisce alle Regioni la competenza in materia di rimozione degli ostacoli che impediscono la piena parità tra uomini e donne nella vita sociale, culturale ed economica[30]; mentre l'art. 3 Cost. non richiama espressamente la cultura tra i fattori rilevanti ai fini del divieto di discriminazione.

In tale cornice assumono, invece, rilievo i singolo "diritti culturali" specificamente riconosciuti dalla Costituzione, quali la tutela delle minoranze linguistiche *ex* art. 6 e della libertà religiosa, garantita dagli artt. 8 e 19 Cost. Mentre l'art. 8 Cost. afferma l'eguaglianza delle confessioni religiose davanti alla legge e ne consente l'organizzazione secondo i propri statuti, entro il limite della compatibilità con l'ordinamento giuridico, l'art. 19 Cost. riconosce a tutti il diritto di professare liberamente la propria fede e di esercitarne il culto, individualmente o in forma associata, purché non si tratti di riti contrari al buon costume[31]. In ordine al rapporto tra le due disposizioni, la Corte costituzionale ha chiarito che il limite all'esercizio del culto non è rappresentato dalla conformità all'ordinamento giuridico in senso stretto, bensì dal "buon costume", concetto elastico radicato nel sentire comune della società[32]. La dimensione propriamente giuridica rileva, invece, nei rapporti tra lo Stato e le confessioni diverse dalla cattolica: anche in assenza di un'intesa, l'esercizio della libertà religiosa rimane pienamente garantito, mentre controlli statali possono essere introdotti

[30] Disposizione che andrebbe letta alla luce del principio di sussidiarietà tra enti pubblici, poiché, in ragione della rilevanza della materia, si riconosce la necessità di un intervento localizzato, idoneo a garantirne l'effettività e a evitarne la riduzione a una mera affermazione di principio.

[31] T. HÖRNLE, *Kultur, Religion, Strafrecht*, cit., p. 13, sottolinea come la religione, per quanto sottocategoria della cultura, riceva a livello costituzionale una tutela differenziata rispetto alla cultura intesa in senso lato. A tal riguardo, con riferimento alla *Grundgesetz* tedesca, l'art. 4, comma 1, sancisce l'inviolabilità della libertà di fede e di confessione religiosa (*Die Freiheit des Glaubens und die Freiheit des religiösen Bekenntnisses*), affiancandole alla libertà di coscienza e di confessione ideologica. Sebbene la giurisprudenza costituzionale tedesca individui un unico diritto fondamentale alla libertà religiosa, l'Autrice ritiene che il primo comma comprenda tanto la libertà interna di credere o non credere, quanto la libertà esterna di manifestare, professare e diffondere la propria fede, mentre il secondo comma ricomprende soltanto il diritto di compiere atti di culto. Analogamente, anche la Corte costituzionale italiana riconduce ad unità l'esercizio della libertà religiosa, pur declinandone le diverse manifestazioni. In particolare, con riferimento all'art. 19 Cost., la Corte ha precisato (sent. n. 59 del 1958) che la formula adottata dai costituenti «non potrebbe essere più ampia, nel senso di comprendere tutte le manifestazioni del culto, ivi indubbiamente incluse, in quanto forma e condizione essenziale del suo pubblico esercizio, l'apertura di templi ed oratori e la nomina dei relativi ministri».

[32] La Corte costituzionale, nella sentenza n. 195 del 1993, ha ulteriormente chiarito che l'Assemblea Costituente pervenne a una formulazione volta a garantire a chiunque «il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto», precisando che l'esercizio del culto costituisce componente essenziale della libertà religiosa e non è soggetto, neppure nella sua dimensione pubblica, ad alcun controllo, salvo il limite, «ovvio e naturale», del rispetto del buon costume. È stato, invece, con la sentenza n. 59 del 1958, che la Consulta ha escluso «che sul terreno della libertà religiosa possa aversi una differenza fra una confessione che abbia stipulato intese e una che non ne abbia stipulate», ribadendo il principio di eguale libertà di tutte le confessioni religiose.

esclusivamente ai fini del riconoscimento di effetti civili agli atti religiosi e sempre nei limiti della compatibilità con l'art. 19 Cost. Ne deriva che il limite posto dai costituenti alla convivenza di più confessioni non è la conformità all'ordinamento giuridico italiano, bensì quell'insieme mutevole, ma condiviso, di regole sociali che esprimono il sentire prevalente della collettività.

Alla luce della rilevanza costituzionale, nei termini delineati, dell'identità etnico-religiosa, il nodo centrale da sciogliere consiste nello stabilire se una compagine culturale possa beneficiare di tale riconoscimento anche quando le sue prassi o i suoi modelli relazionali entrino in conflitto con i principi fondamentali dell'ordinamento. L'impostazione personalistica su cui si fonda la Costituzione sembra suggerire una risposta negativa[33]: è infatti attorno alla persona e al suo pieno sviluppo che si articolano le formazioni sociali meritevoli di tutela, sicché la dimensione culturale è destinata, in linea di principio, a recedere qualora entri in contrasto con diritti fondamentali.

Il sentimento religioso, qui considerato quale componente dell'identità culturale della persona, risulta inoltre suscettibile di tutela penale, come emerge dall'analisi della disciplina codicistica. Il codice penale individua, infatti, quale pressoché unica declinazione dell'offesa a tale bene giuridico, i delitti contro le confessioni religiose, disciplinati nel capo I del titolo IV del libro II. Qualora si intenda leggere tale disciplina in chiave personalistica, il sentimento religioso dovrebbe essere concepito come un aspetto della personalità del fedele, o, più propriamente, come la dimensione entro cui essa si esprime. Nondimeno, le fattispecie incriminatrici assumono come oggetto diretto dell'offesa le confessioni religiose in quanto tali, colpite indirettamente attraverso condotte quali il vilipendio di persone, il danneggiamento di cose o il turbamento delle funzioni religiose. La struttura delle norme incriminatrici sembra, dunque, valorizzare la dimensione religiosa in sé considerata, sganciandola dal suo legame con la personalità individuale del credente. Tale impostazione appare coerente con l'originario impianto del codice Rocco, che concepiva la religione secondo una prospettiva marcatamente

[33] S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, Milano 2018, p. 245; C. E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure",* in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica: scritti in onore di Sergio Moccia,* Napoli 2016, p. 194, sull'incompatibilità della tutela penale di valori identitari con il principio di laicità.

istituzionalizzata, come emblematicamente dimostrato dall'art. 402 c.p. in tema di vilipendio della religione dello Stato, dichiarato incostituzionale soltanto nel 2000[34].

Non è tuttavia ammissibile ritenere che il diritto penale protegga le verità religiose in quanto tali, poiché l'elevazione delle stesse a bene giuridico implicherebbe inevitabilmente una valutazione dei contenuti della fede, incompatibile con un ordinamento fondato sul pluralismo e sulla tolleranza delle diverse concezioni ideali e religiose[35]. D'altra parte, concepire la tutela penale del sentimento religioso come tutela diretta della persona esula comunque dalla funzione sussidiaria e necessaria che il diritto penale può legittimamente svolgere nel rispetto dei principi fondamentali del sistema[36].

In questa prospettiva, il principio di laicità si inserisce pienamente nel processo di costituzionalizzazione del diritto penale e rileva anche nella selezione dei valori meritevoli di tutela[37]. Il bene giuridico assolve, in tal senso, a una funzione di garanzia della laicità e di antidoto contro derive ideologiche[38]: non spetta allo Stato, insomma, attraverso il diritto penale, indicare ai cittadini quali scelte culturali, religiose o morali siano giuste o sbagliate. Un diritto penale democratico, a differenza di quello proprio di un regime autoritario, si limita a proteggere beni giuridici individuati in un ordinamento costituzionale laico[39].

In sintesi, se la tutela penale della religione intesa come espressione culturale presenta profili problematici sul piano della legittimità, la tutela costituzionale della cultura assume carattere residuale, complementare e funzionale rispetto alla protezione dei diritti fondamentali della persona. In tal senso, le mutilazioni genitali femminili

---

[34] Corte cost., 13-20 novembre 2000, n. 508.

[35] S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore,* cit., pp. 227-228. Di diverso avviso, invece, M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2007, pp. 498-499, che pur riconoscendo la scarsa efficacia dello strumento penale rispetto alle manifestazioni del pensiero, non nega l'opportunità dell'intervento penale, ritenendo che, in presenza di condotte pur connotate da disprezzo e offensive nei confronti delle religioni, possa svolgere una residuale ma necessaria funzione di prevenzione di reazioni violente.

[36] D. PULITANÒ, *Spunti critici in tema di vilipendio della religione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,*1969, pp. 221 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore,* cit., p. 229.

[37] Sulla secolarizzazione del diritto penale, che può dirsi legittimo solo nella misura in cui operi *etsi Deus non daretur*, S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio: dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli 1979, pp. 48 ss.; F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia "sostanziale",* in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2010, pp. 438- 440, parla, a tal proposito, di «laicità in senso ampio».

[38] Sul principio di laicità come opzione di metodo, anzichè di valore, C. E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure",* cit., pp. 189-190.

[39] S. CANESTRARI, in *Tavola rotonda. Laicità dello Stato, confessioni religiose e multiculturalismo. Interventi di AA.VV.,* in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica,* n. 2/2006, p. 325.

appaiono emblematiche anche sotto questo profilo: pratiche che il legislatore qualifica come «riprovevoli e offensive non solo dell'integrità fisica, ma anche dell'identità morale della persona»[40] potrebbero davvero essere sottratte alla sanzione penale in nome della libertà religiosa[41]? È verosimile ritenere che, nel bilanciamento con beni fondamentali quali la dignità, l'integrità fisica e l'autodeterminazione, esse sarebbero inevitabilmente destinate a soccombere. Resta allora da chiedersi per quale ragione sia stata individuata un'ipotesi di reato *ad hoc.*

Il progetto originario di riforma mirava ad introdurre, all'interno dell'art. 582 c.p., un'aggravante per le lesioni agli organi genitali, indipendentemente dal genere della persona offesa, quando praticate in assenza di finalità terapeutiche e con l'intento di alterarne le funzioni sessuali. Il Comitato nazionale per la bioetica ha tuttavia operato una distinzione tra la circoncisione maschile e le mutilazioni genitali femminili: la prima sarebbe lecita, in quanto riconducibile alle pratiche religiose tutelate dall'art. 19 Cost., soggetta al solo limite del buon costume e rientrante nei margini di disponibilità riconosciuti ai genitori nell'ambito della loro funzione educativa[42], che comprende anche la trasmissione di tradizioni culturali e religiose. Le mutilazioni genitali femminili, al contrario, ove prive di finalità terapeutiche (e dunque anche quando

[40] Così, *Schede di lettura. Progetti di legge in materia di mutilazioni genitali femminili*, A.C. 3884, a cura del Servizio Studi della Camera dei deputati, n. 264/2, 20 settembre 2005.

[41] A. RANDAZZO, *Reato di mutilazioni genitali femminili e perdita automatica della potestà genitoriale (Profili costituzionali),* in *Consulta OnLine*, 17 marzo 2014, p. 1, esclude la natura religiosa delle mutilazioni genitali femminili, qualificandole come tecnica tribale; F. CAGGIA, *Tradizione e laicità nella circolazione dei modelli giuridici: il caso delle mutilazioni genitali femminili*, in *Forum costituzionale*, p. 14, sottolinea che, sebbene non abbia originato il fenomeno, la religione ha comunque contribuito alla sua diffusione, fornendo, tanto nell'islam quanto nel cristianesimo, un substrato culturale favorevole alla subordinazione femminile e al controllo della sessualità.

[42] C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. *Band I,* München 2020, § 13 Rn. 96a - 96k, nel dibattito relativo al § 1631d BGB (che include tra i contenuti della potestà genitoriale anche la disposizione della circoncisione non terapeutica, purché eseguita secondo i criteri della scienza medica, da un medico o da un soggetto appositamente qualificato e designato dalla comunità religiosa), la dottrina ha evidenziato numerosi profili critici. La norma è stata introdotta in reazione al vivace confronto seguito ad una sentenza del Tribunale di Colonia del 2012, che aveva ritenuto la circoncisione incompatibile con il benessere del minore, escludendone il carattere socialmente adeguato e, conseguentemente, la legittimità giuridica. La disposizione suindicata, nell'opinione degli Autori, solleva problemi principalmente in relazione al principio di uguaglianza, poiché determina una discriminazione dei bambini maschi rispetto alle bambine, la cui integrità genitale è oggi tutelata in modo particolarmente rigoroso dalla nuova incriminazione prevista dal § 226a StGB. Si esclude, in via generale, che si possa semplicemente postulare l'esistenza di un diritto fondamentale idoneo a conferire a un soggetto il potere di disporre di un parte del corpo di un altro individuo: un'estensione della sfera di protezione della libertà religiosa o del diritto dei genitori fino a ricomprendere un simile potere risulterebbe possibile soltanto trasformando un diritto all'autodeterminazione in un diritto all'eterodeterminazione, oppure svuotando il contenuto del diritto fondamentale fino a renderne la lesione priva di qualsiasi rilevanza argomentativa.

giustificate da tradizioni religiose[43]) restano escluse da tale tutela, configurando in ogni caso una grave lesione dell'autodeterminazione sessuale e della dignità della donna. Da ciò discende la scelta del legislatore di prevedere un'autonoma fattispecie incriminatrice.

Si tratta di una specifica scelta di politica criminale, sulla quale si avrà modo di tornare nel corso della trattazione, che presenta significativi profili di tensione rispetto al canone della ragionevolezza: la condanna internazionale e la tendenziale universalità del disvalore attribuito a tali pratiche non sono sufficienti a legittimare l'introduzione di una figura di reato autonoma, distinta dalla disciplina delle comuni lesioni personali[44]. Non può essere sottovalutato, infatti, il rischio che norme di questo tipo, più che tutelare un autentico bene giuridico, rispondano a un'esigenza identitaria della maggioranza. In tal modo, il diritto penale diventa uno strumento di repressione di determinate manifestazioni culturali o religiose minoritarie, producendo, sia pure indirettamente, una forma di assimilazione forzata alla cultura dominante[45].

2. Quale bene giuridico per un diritto penale *genderizzato*?

È in questo contesto, dunque, che un'incriminazione differenziata in materia di violenza di genere presuppone l'individuazione di un bene giuridico specifico, meritevole di una tutela autonoma e ulteriore rispetto all'integrità psico-fisica e sessuale della persona (donna)[46].

---

[43] Cfr. Comitato Nazionale per la Bioetica, *La circoncisione: profili bioetici*, 25 settembre 1998, pp. 3-8; T. DI IORIO, *Segni sul corpo e ferite nell'anima. Manipolazione degli organi genitali dei minori e diritti violati*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 25/2016, pp. 13-15.

[44] C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht,* cit*.,* § 2 Rn. 125v, rispondono positivamente al quesito circa l'esistenza di pratiche rispetto alle quali un diritto penale orientato alla tutela dei beni giuridici debba schierarsi con decisione, soprattutto quando tali pratiche manifestano schemi di oppressione nei confronti di determinati gruppi all'interno di minoranze culturali.

[45] Secondo T. HÖRNLE, *Kultur, Religion, Strafrecht*, cit., pp. 26-27, configurare il bene giuridico tutelato da una norma penale in modo tale da vietare convinzioni religiose e/o culturali minoritarie, al fine di proteggere la società maggioritaria da presunte "influenze" (*Beeinflussungen*), equivarrebbe a una richiesta di assimilazione culturale e religiosa, rafforzata e imposta mediante lo strumento penale.

[46] Nella dottrina anglosassone, l'*harm principle* (*ex multis,* J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. I, *Harm to Others*, New York 1987) condivide con il bene giuridico "continentale" una comune matrice illuministica (così V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino 2005, pp. 57-58). Tale principio si fonda, infatti, sul primato della libertà individuale, individuando il suo unico limite nel danno arrecato alla libertà altrui (cfr. J. S. MILL, *Saggio sulla libertà*, trad. it. a cura di S. MAGISTRETTI, Milano, 1991, p. 73). Mentre l'*harm principle* si concentra sulla valutazione del disvalore della condotta e del danno prodotto, nella dottrina di Feinberg, l'*offence principle* (ID., vol. II, *Offense to Others*, New York 1988) tende a sfumare ulteriormente i confini di questo criterio selettivo della criminalizzazione, in quanto sposta l'attenzione sul rapporto tra le sfere private degli individui e tra la dimensione privata e quella pubblica, problematizzando ipotesi (come quella dell'osceno) fondate sulla

Una concezione sostanziale dell'illecito penale consente, infatti, di ritenere legittima un'incriminazione soltanto nella misura in cui essa sia funzionale alla protezione di un valore costituzionalmente significativo[47]. Ciò implica, in via preliminare, il riconoscimento del ruolo che il bene giuridico riveste in un diritto penale costituzionalmente orientato: esso opera non solo come criterio selettivo delle scelte di politica criminale, ma anche come parametro ermeneutico per l'interpretazione delle fattispecie incriminatrici[48]. È pacifico, inoltre, che la fonte dei beni giuridici meritevoli di tutela debba essere rinvenuta nella Costituzione[49], che svolge, sotto questo aspetto, un'imprescindibile funzione limitativo-negativa[50]; ma è altrettanto vero che il riferimento ad un catalogo di valori, tutt'altro che chiuso[51], non è di per sé sufficiente a garantire che svolga una funzione realmente selettiva. Così, è necessario compiere un ulteriore passo argomentativo, volto a verificare in che misura tali valori fungano da elemento legittimante dell'intervento penale.

Il bene giuridico opera, dunque, "a monte" della punibilità, delimitando non solo ciò che è suscettibile di tutela, ma anche le modalità attraverso cui tale tutela può essere approntata, e, in particolare, chiarendo se essa possa essere affidata allo strumento penale. L'esistenza e la consistenza del bene giuridico rappresentano, pertanto, il primo imprescindibile passaggio per valutare la legittimità dell'intervento punitivo, che non può essere apprezzata se non alla luce dei principi propri di una democrazia

---

percezione soggettiva di un pregiudizio che, pur non integrando un danno in senso stretto, può comunque configurarsi come offesa.

[47] *Ex multiis*, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo digesto italiano*, 1974, pp. 14 ss., che individua nella Costituzione non solo il fondamento, ma anche il limite del potere punitivo, richiedendo che l'incriminazione trovi un riconoscimento positivo nei valori costituzionali. Più estensiva è la posizione di G. FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., p. 63, per il quale è sufficiente che il bene giuridico sia inscrivibile nel più ampio quadro dei valori etico-sociali che costituiscono il retroterra assiologico del sistema costituzionale.

[48] Più diffusamente, F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, sulla funzione classificatoria, sistematica e metodologica del bene giuridico, pp. 13 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale,* cit., pp. 209 ss.

[49] L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 471, per cui la lesione di un bene deve essere condizione necessaria, sebbene mai sufficiente, per giustificarne la proibizione e la punizione come reato; sull'importanza dell'integrazione del principio di concretezza del bene giuridico con il rispetto di principi di sussidiarietà e frammentarietà, S. MIR PUIG, *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius puniendi*, in *Estudios penales y criminológicos*, n.14/1989-1990, pp. 203-216; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale,* cit., p. 52, A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in G. GIOSTRA, G. INSOLERA, *Costituzione, diritto e processo penale*, Milano 1998, p. 144.

[50] W. HASSEMER, *Theorie und soziologie des Verbrechens. Ansatze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt am Main 1980, p. 115; sulla necessità di un concetto di bene giuridico che ne delimiti il contenuto anche in positivo, E. CONTIERI, *Dialettica del bene giuridico,* cit., pp. 166 – 169.

[51] G. FIANDACA, *Sul bene giuridico,* cit., pp. 52-53, pone efficacemente l'accento sul carattere «culturalmente e politicamente compromissorio» della Costituzione, espressione di valori eterogenei al punto da risultare in costante tensione, come nel caso di uguaglianza e libertà.

costituzionale[52]. Il nodo cruciale diviene allora individuare quale bene giuridico possa eventualmente essere protetto mediante un intervento penale "*genderizzato*" e sottoporre a un vaglio di ragionevolezza la conseguente scelta legislativa[53].

Il principio di uguaglianza, inteso come principio immanente dello Stato sociale delineato dalla Costituzione, trova la sua dimensione sostanziale, come si è detto, nell'obbligo gravante sullo Stato di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana[54]. È in questo orizzonte che occorre interrogarsi sulla possibile rilevanza penale di interventi diretti a contrastare in modo specifico le discriminazioni di genere. Occorre, dunque, muovere dalla nozione di genere, come precedentemente delineata, e osservare come essa, in quanto fattore sociale di discriminazione, si intrecci con la tutela penale dell'uguaglianza.

In questa prospettiva si colloca il tentativo rappresentato dal c.d. d.d.l. Zan (S. 2005), che, come noto, non ha completato il proprio *iter* di approvazione. Il progetto di riforma, non circoscritto a un singolo profilo discriminatorio, mirava all'incriminazione delle forme di discriminazione "di nuova generazione", non ricomprese nell'ambito applicativo degli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p.[55], attualmente le uniche disposizioni dedicate ai delitti contro l'uguaglianza, sezione inserita nel codice penale dall'art. 2 del d. lgs. 1 marzo 2018, n. 21, in attuazione della riserva di codice rispetto ai crimini previsti dalla c.d. legge Mancino (l. 25 giugno 1993, n. 205, di conversione del d.l. 26 aprile 1993, n. 122). Non sorprende, pertanto, che la proposta di riforma si sia innestata proprio in questa parte del codice penale, con l'esplicito obiettivo di adeguare l'ordinamento italiano a una concezione più moderna e inclusiva della società e di dare concreta attuazione al principio di pari dignità riconosciuto dalla Costituzione a ogni

[52] C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht,* cit*.,* § 2 Rn. 12, per cui è il "*Rechtsgutsbegriff systemkritisch*" del bene giuridico.

[53] A. BARBERA, *Commento all'art. 2,* cit*.,* p. 73, richiama, in tal senso, la necessità che anche la giurisprudenza costituzionale concentri l'attenzione sulle modalità attraverso cui il legislatore assicura in concreto l'esercizio dei diritti soggettivi a tutti, piuttosto che sui limiti che vi appone in funzione della tutela della libertà collettiva.

[54] E. V. HENN, *International Human Rights Law and Structural Discrimination. The example of Violence against Women*, Berlino 2018, pp. 39-40; S. FREDMAN, J. KUOSMANEN, M. CAMPBELL, *Transformative Equality: Making the Sustainable Development Goals Work for Women*, in *Ethics & International Affairs*, 2016, pp. 177-187, ne parlano in termini di uguaglianza "trasformativa", in quanto richiede, per la sua concreta attuazione, una trasformazione che ristrutturi la società, ridistribuisca potere e risorse e modifichi le strutture istituzionali.

[55] Il progetto di legge interveniva, in particolare, in materia di "prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza fondate sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità".

persona[56]. Essa si colloca coerentemente nel solco interpretativo tracciato dalla lettura combinata degli artt. 2 e 3 Cost., come in precedenza ricostruito, spingendosi oltre il riferimento alla distinzione di sesso contenuto nel secondo comma dell'art. 3 Cost. e tentando di attribuire rilevanza penale anche al genere e all'identità di genere. Sotto questo profilo, si tratta di una specificazione che resta comunque riconducibile all'orizzonte costituzionale, se si considera che le aspettative sociali connesse al genere trovano pur sempre un fondamento, diretto o indiretto, nel dato biologico del sesso e che la stessa dimensione sociale delle discriminazioni femminili consente una lettura costituzionalmente coerente di tale ricostruzione.

Resta tuttavia aperta la questione decisiva: stabilire se, anche alla luce di tale riconducibilità costituzionale del valore asseritamente tutelato, l'intervento penale risulti effettivamente giustificato.

2.1. Bene giuridico e funzione della pena

La vicenda del d.d.l. Zan si colloca, in realtà, perfettamente sulla scia della moderna politica legislativa in materia penale, se si considera la tendenza ad intervenire sulla parte speciale del codice mediante riforme settoriali, spesso giustificate dal richiamo a beni giuridici di rilievo costituzionale: ed è proprio tale riferimento potrebbe indurre a ritenere legittimo l'intervento penale anche laddove, in realtà, non lo sia.

Il rischio di una continuità con la tradizione autoritaria del codice Rocco appare, infatti, più attuale di quanto comunemente si ritenga, se si considera che lo Stato repubblicano non ha mai elaborato un sistema penale organicamente coerente con la Costituzione, né ha mai trasfuso i suoi principi in un nuovo codice. Al contrario, si è proceduto prevalentemente attraverso riforme di settore, che si innestano sulla struttura normativa risalente al 1930[57]. Si genera così una parvenza di adeguamento della legislazione penalistica alle nuove emergenze, spesso di stampo personalistico, senza che vi sia, in realtà, una reale fuoriuscita dalle logiche autoritarie sottese all'impianto originario.

[56] In questi termini, Proposta di legge (C. 569), presentata il 2 maggio 2018, p. 3.
[57] A. GAMBERINI, G. INSOLERA, *Conflitto sociale, nuovo codice penale e processo di valorizzazione*, in *Quest. Crim.*, n. 2/1981, pp. 282-283.

Ciò non significa porre al di fuori dell'area di valutazione la rilevanza sociale dell'interesse leso o dell'offesa[58]; al contrario, è principio cardine della democraticità dell'ordinamento che il potere punitivo sia esercitato in nome del popolo, soprattutto nella delicata fase di selezione dei beni meritevoli di protezione penale[59].

I principi costituzionali forniscono, in tal senso, le coordinate fondamentali per l'individuazione di beni giuridici idonei a giustificare il ricorso alla sanzione penale. In primo luogo, è la funzione della pena a dover orientare tale scelta. In una prospettiva costituzionalmente orientata, la pena deve essere concepita come strumento di integrazione sociale[60], finalizzato alla realizzazione di esigenze di prevenzione positiva, in coerenza con la tensione rieducativa sancita dalla Costituzione. Ciò si traduce, sul piano concreto, nella risocializzazione del reo o, quantomeno, nella sua non desocializzazione[61], nonché nel rafforzamento della coscienza collettiva attorno ai principi fondanti l'ordinamento giuridico, di rango costituzionale.

La funzione della pena opera, inoltre, come limite alle scelte di politica criminale, investendo ogni "momento" del reato, incluso quello della minaccia punitiva[62]. L'integrazione sociale richiama anche l'orientamento dei consociati verso determinati valori, che tuttavia devono essere già sedimentati nella coscienza collettiva: il diritto penale non può farsi promotore di conflitti o lotte sociali, ma può soltanto intervenire *ex post,* a fronte dell'offesa a beni giuridici riconosciuti, e comunque non al fine di un mero ristabilimento di una presunta giustizia sociale, bensì con l'obiettivo di reintegrare il soggetto nell'ordinamento.

Qui s'inserisce una critica rivolta alla concezione della prevenzione generale positiva, relativa alla capacità della norma penale di cristallizzare nella coscienza sociale i valori che essa esprime. Tale impostazione, infatti, si presta a divenire funzionale a ideologie autoritarie, poiché, mirando a stabilizzare il consenso sociale, potrebbe trasformarsi in uno strumento di consolidamento dei valori dominanti. Il

---

[58] F. PALAZZO, *I confini della tutela penale,* cit., pp. 466-467; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore,* cit., p. 176.
[59] S. CANESTRARI, in *Tavola rotonda. Laicità dello Stato, confessioni religiose e multiculturalismo,* cit., p. 326, esclude, nel rispetto del principio di legalità, l'interferenza di organi o movimenti culturali nelle scelte di criminalizzazione.
[60] S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore,* cit., pp. 81 ss.
[61] Anche per L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione,* cit., p. 280 è necessario ricorrere a un secondo parametro di utilità: oltre al massimo benessere possibile dei non devianti, anche il minimo malessere necessario dei devianti.
[62] S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore,* cit., pp. 109-110.

rischio, tuttavia, non deriva dall'attrazione del consenso sociale in sé considerata: ogni ordinamento giuridico consta di norme coerenti con i propri principi e ciò costituisce una condizione fisiologica del diritto in uno Stato democratico[63]. Il pericolo emerge quando tali valori non riflettono realmente l'assetto valoriale socialmente condiviso oppure vengono imposti dall'alto da gruppi dominanti[64].

Il problema cruciale non è, dunque, la funzione di orientamento dei consociati astrattamente considerata, bensì il processo attraverso cui vengono selezionati i valori attorno ai quali si intende produrre il consenso[65]. Da qui l'attenzione verso quella che è stata definita una concezione procedurale dell'area della tutela penale legittima[66], volta ad evitare che le norme penali vengano utilizzate per aggregare consenso attorno a valori non scaturiti da un autentico processo democratico[67]. In questa prospettiva, non è sufficiente che il bene giuridico individuato sia il risultato di una maggioranza politica democraticamente eletta, bensì è ulteriormente necessario che il dibattito democratico si svolga a determinate condizioni, prima fra tutte la «disponibilità degli attori politici di turno ad includere parametri concettuali critico-delimitativi della punibilità tra i punti di vista realmente destinati ad orientare le decisioni di politica penale»[68].

Un discorso, questo, che non può prescindere dal dialogo tra il legislatore e gli altri formanti del diritto. La disponibilità del legislatore, infatti, va correlata, a sua volta, alla capacità della dottrina di inserirsi efficacemente nel dibattito pubblico, introducendovi il tema delle garanzie e dei principi di sistema. Così com'è coerente che tale ricostruzione culmini nella valorizzazione del potere "correttivo" della giurisprudenza, laddove dal dibattito democratico non emerga un adeguato livello di tutela dei diritti fondamentali.

---

[63] *Ex multiis,* C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1992, pp. 867 ss., sullo Stato come attore principale nel rapporto tra consenso scoiale e processi di criminalizzazione.
[64] S. MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1989, p. 1015; analogamente in *Il diritto penale tra essere e valore,* cit*.,* pp. 63-64.
[65] A. GAMBERINI, G. INSOLERA, *Conflitto sociale, nuovo codice penale e processo di valorizzazione,* cit*.,* pp. 285-286.
[66] G. FIANDACA, *Sul bene giuridico,* cit*.,* p. 67.
[67] Sull'importanza del dibattito intrapolitico e pubblico, preliminare all'intervento penale, quale garanzia in senso limitativo del potere punitivo, A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo*, cit., p. 451.
[68] G. FIANDACA, *Sul bene giuridico,* cit*.,* p. 68, pone l'accento sul principio maggioritario, che rinforza il valore della democrazia e del suo substrato valoriale; sulla necessarietà del carattere dialogico del processo democratico anche F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia "sostanziale",* cit*.,* pp. 446-447, che sottolinea come tra «il requisito (quantitativo) maggioritario e quello (qualitativo) della dialogicità (…) esista un rapporto di reciproca compensazione».

Una simile impostazione, però, da un lato, si espone a critiche di carenza di legalità, nella misura in cui non si preclude alla giurisprudenza l'esercizio di un potere che trascende l'interpretazione conforme a Costituzione[69]; dall'altro, non scioglie una questione di fondo. Non sono unicamente i più eterogenei beni giuridici, variamente costruiti, a giustificare un obiettivo di politica criminale, né è quest'ultimo solo che può legittimare l'intervento penale. La politica criminale svolge piuttosto una funzione di orientamento nell'individuazione dei beni giuridici meritevoli di tutela penale, poiché solo il bene giuridico, quale espressione di un interesse costituzionalmente rilevante e concretamente leso o messo in pericolo, è idoneo a legittimare l'incriminazione. Tale operazione può tuttavia svolgersi esclusivamente all'interno di una politica criminale costituzionalmente orientata, giacché l'utilizzo del diritto penale come strumento di imposizione ideologica non può essere giustificato da alcuna pretesa di dialogicità.

2.2. Bene giuridico e sussidiarietà dell'intervento penale

Proprio sotto il profilo dell'offesa, l'individuazione dei valori meritevoli di tutela può rivelarsi problematica, poiché è attorno al principio di necessità che deve innestarsi l'opera di selezione[70]. La necessarietà dell'intervento penale rappresenta la "prova del nove" della legittimità dell'intervento punitivo, nell'individuazione di un bene giuridico meritevole di tutela e alla luce del principio di proporzione[71]. La Costituzione, infatti, attraverso i suoi principi fondamentali, quali la libertà personale, la dignità umana e la proporzione tra offesa e pena, impone che il diritto penale intervenga esclusivamente quando sia in gioco un bene di importanza paragonabile alla libertà individuale, che la

[69] G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano 2012, p. 72, parla di "magistrati rivoluzionari"; V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2019, pp. 96-100, sulla progressiva deresponsabilizzazione del potere politico in materia penale, accompagnata da una sovraesposizione impropria della giurisdizione, trasformata nel terminale delle aspettative punitive collettive.

[70] Sul nesso tra funzione della pena e sussidiarietà dell'intervento penale, G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in JUS, n. 4/1974, p. 482; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore,* cit*.,* p. 174; sull'ambivalenza della "necessità costituzionale", interpretabile sia in senso restrittivo (*poena extrema ratio*), sia in senso espansivo (*poena prima ratio*), C. E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, pp. 103 ss.

[71] F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico,* cit., pp. 216-217, riconduce il discorso alla tutela privilegiata della libertà personale inviolabile *ex* art. 13 Cost., contenente una riserva di legge rafforzata che incide sul contenuto stesso delle scelte legislative.

pena inevitabilmente comprime, e solo in assenza di strumenti alternativi di controllo sociale altrettanto efficaci[72].

È proprio la rilevanza del principio di sussidiarietà a consentire di escludere, da un lato, l'esistenza di obblighi costituzionali di incriminazione, che rappresentano una deriva punitivista particolarmente insidiosa per uno Stato sociale di diritto[73], e dall'altro che il diritto penale si faccia promotore di battaglie sociali, poiché esso non assolve alcuna funzione educativo-promozionale[74], ma opera, come si è detto, esclusivamente come strumento di tutela *ex post* di beni giuridici[75].

Infatti, mentre riconoscere in capo al legislatore obblighi di criminalizzazione equivarrebbe a sacrificare l'effettività stessa della tutela, non può comunque essere il diritto penale la prima sede da prediligere per la lotta diretta a fenomeni sociali seppur deprecabili. In questa prospettiva, ogni strategia di controllo dei comportamenti socialmente pericolosi deve coinvolgere il diritto penale solo come *extrema ratio* e soltanto quando sia dimostrato che non esistono altri strumenti efficaci per affrontare il problema. Da ciò discende la necessità di orientare il sistema penale secondo criteri di razionalità ed efficienza, poiché ogni suo intervento comporta il costo elevatissimo della restrizione della libertà personale.

I principi di proporzione e ragionevolezza devono, pertanto, essere presenti sin dal momento genetico della fattispecie incriminatrice. Una mera intimidazione di stampo preventivo-negativo, sprovvista di autentiche esigenze di prevenzione speciale,

---

[72] S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore,* cit., p. 112; *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teologicamente orientato,* cit., pp. 1008-1009, individua i referenti costituzionali del principio di sussidiarietà negli artt. 2, 3, 13, 25 Cost.

[73] F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, cit., pp. 1488 – 1492; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale,* cit., pp. 69-71.

[74] 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, p. 194, secondo cui il rapporto tra diritto penale e norme culturali deve porsi in termini diametralmente opposti rispetto a quanto sostenuto dai fautori di un diritto penale a vocazione pedagogica, in quanto il diritto penale non è chiamato a imporre valori attraverso la minaccia della sanzione, bensì a tutelare valori che abbiano già trovato sedimentazione mediante il consenso e il dialogo. Analogamente, A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema, le fonti, le tecniche di tutela penale*, Napoli 2006, pp. 120-121, insiste sull'importanza della «separazione dei beni giuridici dal mondo astratto dei valori», a maggior ragione in una società pluralista, nella quale le convinzioni etiche, morali e religiose, costruite attorno ai più diversi valori, risultano molteplici e mutevoli.

[75] F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela,* cit., p. 1479, si riferisce a «vincoli costituzionali alle tecniche di tutela penale» che contrastino l'attribuzione al diritto penale di una funzione promozionale.

risulta infatti inefficace[76]: essa contribuisce unicamente alla costruzione di un "nemico pubblico", offrendo una risposta simbolica che finisce per gettare fumo negli occhi a una compagine sociale che continuerà ad essere colpita dal fenomeno criminale.

In tale direzione, da un lato, si assiste a una perdita di legittimazione del sistema penale, poiché i cittadini percepiscono l'ordinamento come ingiusto, l'obbedienza giuridica volontaria si indebolisce e il diritto penale perde la propria funzione di orientamento[77]. Dall'altro lato, questo squilibrio genera effetti autenticamente criminogeni, in quanto la mancata selezione razionale dei beni giuridici determina un'espansione del potere punitivo, in contraddizione con la logica delle garanzie. In tale contesto, il concetto stesso di bene giuridico può essere strumentalizzato, contribuendo a presentare come neutrali e razionali scelte che sono in realtà selettive e funzionali a determinati rapporti di potere[78], idealizzando il sistema penale e occultandone il reale funzionamento. In questo senso, il bene giuridico rischia di divenire un dispositivo di legittimazione e riproduzione delle strutture di potere, più che una reale garanzia dei diritti dei cittadini[79].

2.3. Bene giuridico e populismo penale

---

[76] S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore,* cit*.,* pp. 109-110.

[77] G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale,* cit., pp. 484-486.

[78] A. GAMBERINI, G. INSOLERA, *Conflitto sociale, nuovo codice penale e processo di valorizzazione,* cit*.,* p. 287, analizzano come la "valorizzazione", cioè l'attribuzione di valore ai beni giuridici, non nasce spontaneamente dalla società, né esprime in modo neutrale i bisogni reali della collettività. Al contrario, essa è il prodotto dei bisogni che riescono ad avere rappresentanza politica, con la conseguenza che è la politica stessa a decidere quali valori meritino tutela, indipendentemente dal loro effettivo radicamento sociale: in questo senso, i valori che il diritto penale protegge non sono scelti dalla società nel suo complesso, ma da chi detiene concretamente il potere.

[79] A. BARATTA, *Criminologia critica e riforma penale. Osservazioni conclusive sul dibattito «Il codice Rocco cinquant'anni dopo» e risposta a Marinucci*, in *Quest. Crim.*, n. 3/1981, pp. 358-361; ID., *Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, Milano 1990, pp. 26-27; nella dottrina argentina E.R. ZAFFARONI, *Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con)fusiones*, in *Revista de Derecho*, n. 3/2018, pp. 25-29, per il quale il principio di offensività penale opera esclusivamente come limite costituzionale al potere punitivo dello Stato, vincolando tanto il legislatore quanto il giudice: una condotta può essere penalmente sanzionata solo nella misura in cui offenda un bene giuridico. Ciò, tuttavia, non implica che la pena sia chiamata a tutelare tale bene; significa, piuttosto, che non è consentito punire ciò che non lo lede. In questa prospettiva, l'espressione "bene giuridico tutelato" risulta ridondante, poiché un bene è giuridico in quanto già protetto dall'ordinamento nel suo complesso, e non specificamente dal diritto penale. Quest'ultimo, infatti, non tutela in modo integrale la vita, la proprietà o altri beni, ma si limita a proibire determinate condotte tipiche che li offendono. L'A. respinge, così, la *fictio* della funzione preventiva della pena, ragion per cui insiste sul concetto di bene giuridico *lesionado* (anziché tutelato): nella sua prospettiva, dichiaratamente agnostica sulla funzione della pena, il diritto penale ha il compito di limitare il potere punitivo dello Stato, non di tutelare beni né di prevenire alcunché.

Se il diritto penale non viene pensato a partire dalla funzione della pena e da un'opera di individuazione dei beni giuridici suscettibili di tutela costituzionalmente coerente, rischia di perdere la propria capacità regolativa e di trasformarsi, paradossalmente, in un fattore di disuguaglianza[80]. Si impone, pertanto, una distinzione netta tra il consenso, che è elemento fisiologico e necessario alla legittimazione del diritto, e il populismo penale[81], inteso come strumentalizzazione del potere punitivo a fini di aggregazione dei consensi[82].

In tal senso, non si incrina il noto precetto lisztiano che individua nel diritto penale un limite insormontabile alla politica criminale, e viene altresì in considerazione il rapporto inverso[83], che ne costituisce ulteriore e coerente conferma. Il legame tra diritto e politica assume, dunque, rilievo in una direzione ben precisa: la politica criminale svolge una funzione autenticamente garantistica solo nella misura in cui opera come limite al potere punitivo[84], alla luce dei principi cardine dell'ordinamento costituzionale, in particolare quelli di sussidiarietà e della funzione preventiva positiva della pena.

Il rischio di una degenerazione del sistema penale in un mero strumento di aggregazione del consenso procede, infatti, di pari passo con il riconoscimento della politicità di un sistema penale teleologicamente orientato[85]: si colloca nella tensione

---

[80] D. PULITANÒ, *La teoria del bene giuridico fra codice e Costituzione*, in *Quest. Crim.,* n.1/1981, pp. 117-119, sottolinea che, ove non venga adeguatamente valorizzata la funzione critica del bene giuridico, anche il richiamo alla Costituzione rischia di essere strumentalizzato a difesa dello *status quo*, finendo per legittimare scelte penalistiche già consolidate anziché favorire un autentico processo di riforma.

[81] G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia* 2013, p. 102, provocatoriamente chiede: «Il diritto penale è, in qualche modo o misura, 'populistico' – per così dire – intrinsecamente?».

[82] *Ex multiis*, L. FERRAJOLI, *L'abuso del diritto nella società della paura*, in S. MOCCIA, A. CAVALIERE (a cura di), *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali,* Napoli 2016, p. 100 ss.

[83] C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, (a cura di) S. MOCCIA, Napoli 2009, pp. 37 ss., sulla politica criminale come limite al diritto penale.

[84] E. R. ZAFFARONI, A.SLOKAR, A. ALAGIA, *Derecho Penal*, cit., pp.79-83, condividono l'assunto del carattere politico dei concetti giuridici, qualificandolo, però, come un dato ontico ineliminabile. Poiché il metodo dommatico può essere agevolmente manipolato attraverso la selezione dei dati di realtà (con correlata confusione tra piano normativo e piano fattuale), la dommatica penalistica non può pretendere alcuna neutralità. Ne consegue che l'unica finalità razionalmente e costituzionalmente difendibile del diritto penale risiede nella limitazione del potere punitivo, configurandosi quale strumento di garanzia nello Stato costituzionale di diritto e quale argine alle derive autoritarie proprie dello Stato di polizia. S. MOCCIA, *Presentazione* a *Politica criminale e sistema del diritto penale,* cit., pp. 9-13, pur rinvenendo nelle origini stesse del diritto penale un'esigenza di politica criminale volta a consentire una pacifica coesistenza sociale, esclude che il carattere politico costituisca un dato ontico, ancorandolo piuttosto ai principi fondamentali della Carta costituzionale.

[85] C. LANDOLFI, *Declinazioni del populismo e ricadute sul diritto penale. Un caso emblematico: le riforme della legittima difesa*, Pisa 2023, pp. 44 ss.

all'utilizzo del diritto penale come risposta immediata a problemi sociali complessi, al solo fine di consolidare il potere, senza affrontarne le cause strutturali[86]. In questa prospettiva si collocano le politiche della sicurezza e le risposte emergenziali, che finiscono per trasformare il diritto penale in una reazione emotiva contingente[87], dilatando artificiosamente i confini del bene giuridico tutelato. Tali dinamiche risultano incompatibili con un modello penale realmente attento alle libertà personali, nel quale la garanzia non si esaurisce nella mera limitazione del potere punitivo, ma si configura come un approccio integrato, che esclude il ricorso al diritto penale sia come prima sia come unica risposta ai problemi sociali[88].

È necessario, dunque, mantenere concettualmente distinti il piano della funzione simbolica della pena e quello della prevenzione generale positiva, sebbene nella prassi contemporanea essi tendano frequentemente a sovrapporsi. La crescente centralità della funzione simbolica del diritto penale si inserisce, infatti, in un più ampio processo di trasformazione dei meccanismi della democrazia, intesa come dialogo tra cittadini e rappresentanti, oggi indebolito da forme di comunicazione prevalentemente unidirezionali tra i decisori politici e il loro "pubblico" [89].

Da qui il mutamento progressivo della funzione della pena, che ha visto ridimensionarsi le sue finalità preventive in favore di funzioni prevalentemente comunicative: da sanzione orientata alla tutela di beni giuridici condivisi, la pena tende a divenire simbolica e spettacolare, con l'obiettivo non tanto di prevenire la commissione di reati (in termini, quantomeno, di prevenzione negativa), quanto di riaffermare la validità delle norme[90], ristabilire la fiducia nell'ordinamento, incrinata della devianza, o meglio, dalla percezione sociale della stessa.

3. Contraddizioni e limiti di un diritto penale *genderizzato*

[86] Sul populismo come segnale di crisi delle democrazie costituzionali, M. DONINI, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Sist. pen*., 7 settembre 2020, pp. 14-16.
[87] *Ex multiis*, S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale,* Napoli 1995, pp. 16-18.
[88] A. BARATTA, Prefazione a S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit.
[89] A. BARATTA, *Lineamenti di una teoria del bene giuridico,* cit*.,* pp. 43-46.
[90] G. JAKOBS, *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, United States 2019, pp. 20-21, in cui afferma che «*die Normgeltung ist das eigentliche Strafrechtsgut*»; più diffusamente, lo stesso autore in *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin 1991, pp. 22 ss.

Il fondamento costituzionale dell'uguaglianza di genere è, dunque, indubbio. È altresì condiviso che ogni scelta punitiva, per risultare legittima, debba trovare un saldo radicamento nella Costituzione, anche da quella parte della dottrina che auspica il superamento del tradizionale vaglio di offensività in favore di un giudizio più articolato di proporzionalità[91]. Si impone, sul punto, la necessità di distinguere il giudizio di ragionevolezza, fondato sulla verifica di idoneità, necessità e proporzionalità della misura rispetto alla tutela perseguita, dal giudizio di uguaglianza, che concerne invece la giustificazione della disparità di trattamento tra più discipline normative[92]. Nel primo caso, l'attenzione è rivolta alla coerenza dell'impiego dello strumento penale rispetto all'oggetto della tutela individuato dal legislatore[93], mentre nel secondo si tratta di accertare se i fattori di discrimine addotti siano idonei a giustificare la differenza di trattamento[94].

In tale prospettiva, un principio cardine dell'ordinamento, pur non potendo sempre assurgere al rango di bene giuridico autonomamente tutelabile in sede penale, può assumere un ruolo decisivo nel vaglio di conformità costituzionale cui sono sottoposte le norme incriminatrici.

In astratto, infatti, si potrebbe ritenere legittima una pena più severa per i reati di violenza di genere, richiamando il fine costituzionale di contrastare le diseguaglianze di fatto, sancito dall'art. 3, comma 2, Cost., e di promuovere un modello sociale improntato all'eguaglianza sostanziale. Un rigoroso giudizio di proporzionalità potrebbe persino condurre a considerare l'intervento penale come necessario[95], in quanto ritenuto

[91] F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, in *Sist. pen*., 8 marzo 2023, pp. 20-22.
[92] Sull'emancipazione del giudizio di proporzionalità della pena, "costola" del giudizio di ragionevolezza-proporzionalità della misura legislativa, F. VIGANÒ, *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale: un primo bilancio,* in L. CASSETTI, F. FABRIZZI, A. MORRONE, F. SAVASTANO, A. STERPA (a cura di), *Studi in memoria di Beniamino Caravita,* vol. I, Napoli 2024, pp. 1113-1140.
[93] F. BRICOLA, *Teoria generale del reato,* cit*.,* p. 18.
[94] G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale,* cit*.,* pp. 354-358; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in G. GIOSTRA, G. INSOLERA (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale*, 1998, pp. 74 - 77, ritiene invece che il *tertium comparationis*, nei giudizi di ragionevolezza sulle scelte di criminalizzazione, non abbia una funzione garantista; al contrario, costituisce un fattore di incertezza, poiché quanto più ci si allontana da un'analisi logico-sistematica del dettato normativo, per avvicinarsi a valutazioni di merito sulle scelte legislative, tanto più si attenua l'apporto concreto del *tertium comparationis* in termini di certezza del diritto.
[95] Critico nei confronti dell'espansione del giudizio della Corte costituzionale sulla razionalità delle scelte di politica criminale e la relativa compatibilità con le garanzie democratiche, F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit*.,* p. 7.

lo strumento più efficace per disincentivare condotte misogine e per soddisfare il bisogno di giustizia della vittima[96].

Tuttavia, l'effetto che sembra prodursi è piuttosto quello di uno Stato che abdica alla gestione istituzionale del conflitto, lasciando che il bisogno di giustizia si manifesti in forma emotiva, mediatica[97] e pre-giuridica[98]. Una simile ricostruzione non appare, inoltre, pienamente coerente con l'assetto costituzionale delineato in precedenza[99], collocandosi piuttosto nella tensione irrisolta tra diritto penale simbolico e principio di necessità dell'intervento punitivo.

Entrare nel merito della giustificazione di una disparità di trattamento richiede, infatti, qualcosa di più della mera constatazione dell'elemento discriminante e, se ciò avviene in ambito penale, solo a partire dall'identificazione di un'offesa a un bene giuridico è possibile interrogarsi sulla proporzionalità della reazione dell'ordinamento[100]. Sotto questo aspetto, il principio di offensività svolge una funzione preliminare e selettiva, in quanto è il bene giuridico a delimitare il legittimo ricorso allo strumento penale[101]. La proporzionalità, a sua volta, deve essere calibrata non solo sull'entità del danno, ma anche sul costo sociale della pena, tenendo conto, da un lato, della compressione di diritti fondamentali, primo fra tutti la libertà personale, limitata

---

[96] V. MASARONE, *Tutela della vittima e funzione della pena*, in *Dir. Pen. Proc.,* n. 3/2018, pp. 405-406, per la quale le aspettative riparatorie della vittima trovano collocazione soprattutto nell'ambito della prevenzione generale positiva, in quanto anche la persona offesa vanta un interesse giuridicamente rilevante al ristabilimento della norma violata, alla luce della funzione di tutela del bene individuale leso. Tale forma di prevenzione mira non solo a rafforzare la fedeltà dei consociati all'ordinamento e la fiducia nel diritto, ma anche a produrre un effetto di (tendenziale) pacificazione. Sulla stessa linea, A. ESER, *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altra? Riflessioni sui rapporti tra bene giuridico e vittima del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1997, pp. 1082-1084, per cui l'illecito presenta una dimensione al tempo stesso istituzionale e individuale; pertanto, anche la pena deve rispecchiare tale duplicità. Ne consegue che la riparazione del danno subito dalla vittima non può essere considerata estranea al diritto penale o relegata a un ambito meramente civilistico, ma deve essere riconosciuta come parte integrante della risposta punitiva, accanto alle finalità generali dello Stato.

[97] Sulla "sopravvalutazione del rischio di vittimizzazione individuale" come conseguenza della rappresentazione massmediatica del crimine, C. E. PALIERO, *La maschera e il volto. Percezione sociale del crimine ed "effetti penali" dei media*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2006, pp. 493 ss.

[98] D. FONDAROLI, *Diritto penale, vittimizzazione e "protagonismo" della vittima*, in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza* vol. VIII, n. 1/2014, pp. 78-79; V. MASARONE, *Tutela della vittima e funzione della pena,* cit., p. 404.

[99] Sulla necessità come limite all'introduzione di garanzie sessuate anche S. BONINI, *Sulla tutela penale di vittime fragili. Questioni sospese in materia di atti persecutori e di femminicidio (dopo il D. L. 93/2013). A margine un'apertura della Cassazione in tema di Mobbing e lesioni personali*, in *Ind. pen.,* n. 2/2014, pp. 693-694.

[100] Per una critica all'uso del principio di proporzione sganciato dal bene giuridico, efficacemente A. CAVALIERE, *'Diritti' anziché 'beni giuridici' e 'principi' in diritto penale?,* cit*.,* pp. 87-91.

[101] In questi termini, A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo,* cit*.,* pp. 452-454, distingue il principio di proporzionalità astratta e di proporzionalità in concreto (o adeguatezza del costo sociale).

attraverso la pena detentiva, e, dall'altro, dei processi di desocializzazione e marginalizzazione che l'applicazione della sanzione inevitabilmente produce.

Il fatto che la causa principale di fenomeni quali i maltrattamenti domestici, le lesioni personali e gli omicidi di donne commessi da partner o ex partner, nonché gli atti persecutori e le violenze sessuali, sia riconducibile a un'impostazione patriarcale e sessista dei rapporti tra i generi costituisce una valutazione di ordine sociologico: essa può trovare ingresso nel diritto penale solo nella misura in cui si conformi ai principi e alle garanzie che ne presidiano l'operatività. In caso contrario, tale valutazione si risolve in un simbolismo giustizialista tanto vuoto quanto deleterio, che finisce per spostare il disvalore dall'offesa subita dalla vittima al tipo di autore, costruendo la figura dell'uomo come "nemico" e pericolo sociale.

Il principio di uguaglianza nel diritto penale non può, dunque, essere eluso, ma deve essere declinato alla luce dei criteri propri di un diritto penale laico e democratico, fondato su parametri oggettivi capaci di garantirne un funzionamento coerente[102]. Ne consegue che, una volta ricondotto l'intervento punitivo alla sua stretta necessità e al rispetto dei diritti fondamentali di cui si proclama il carattere universale, deve escludersi che la rimozione delle disuguaglianze possa essere affidata al diritto penale[103]. In quanto *extrema ratio* di tutela, esso non può farsi carico di battaglie che devono essere affrontate primariamente sul terreno sociale, culturale ed economico.

La rimozione delle disuguaglianze è infatti funzionale alla realizzazione di una società di eguali, che non rappresenta tanto una meta ancora irraggiunta della Carta costituzionale, quanto la regola fondante dell'intero ordinamento. Si consenta l'utilizzo di una metafora: a tutti devono essere garantite le stesse opportunità di "correre", non solo indipendentemente dal punto di partenza, ma anzi tenendone conto[104]. Il secondo comma dell'art. 3 Cost., in tal senso, «esprime un principio le cui probabilità di realizzazione sono direttamente proporzionali alle probabilità di mutamento della classe egemone»[105].

---

[102] G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale,* cit., pp. 366-367.
[103] S. MOCCIA, *La perenne emergenza,* cit., pp. 22 ss., sulla scia di Roxin, per il quale «la giustizia penale è un male necessario, se essa supera i limiti della necessità resta soltanto il male».
[104] S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali,* cit., pp. 290-292.
[105] U. ROMAGNOLI, *Commento all'art. 3 comma 2,* cit., p. 179.

La riflessione secondo cui l'ordinamento giuridico non può più essere inteso come mero garante dell'assetto sociale esistente, ma come strumento di trasformazione della realtà sociale, trova una specificazione particolarmente significativa proprio in ambito penale[106]. Se, infatti, l'art. 3, comma 2, Cost. impone allo Stato di rimuovere gli ostacoli che limitano di fatto la libertà e l'uguaglianza, ne deriva che il legislatore non può configurare come reati condotte la cui incriminazione finisca per ostacolare tale processo di emancipazione. In questo senso, la funzione trasformativa dell'ordinamento giuridico si traduce in un limite sostanziale alla criminalizzazione: l'art. 3, comma 2, Cost. non può essere invocato per giustificare una repressione rafforzata di condotte violente in quanto espressione di disuguaglianze sociali, poiché ciò ne snaturerebbe la funzione emancipatrice, producendo l'effetto paradossale di rafforzare il controllo penale anziché rimuovere gli ostacoli[107], oltre ad entrare in tensione con altri principi costituzionali che presidiano l'esercizio del potere punitivo[108].

Se il primo e principale fattore della disuguaglianza di genere è lo squilibrio di potere, che struttura i rapporti tra uomini e donne[109], diventa allora lecito domandarsi come si possa confidare prioritariamente nello strumento penale, che interviene mediante sanzioni a fini dichiaratamente rieducativi e risocializzanti, piuttosto che in politiche educative e sociali capaci di incidere in modo effettivo sulle cause profonde del fenomeno.

---

[106] Ancora F. BRICOLA, *Teoria generale del reato,* cit., p. 18 sulla scia di L. BASSO, *Giustizia e potere. La lunga via al socialismo*, intervento conclusivo delle giornate dell'"*Anno culturale Chianciano 2*" (29 settembre - 3 ottobre 1971), che, in toni decisi, afferma che l'art. 3 comma 2 «smentisce tutte le affermazioni della costituzione che danno per realizzato quello che è ancora da realizzare; la democrazia, l'uguaglianza, ecc. Perché questo articolo diventi realtà, devono diventare reali tutti i principi proclamati in astratto o soltanto sottintesi, come il diritto alla casa, al lavoro, all'istruzione, alla salute, ecc. Fino a quando ciò non sarà avvenuto, vorrà dire che la costituzione mente, mente nella sua affermazione che tutti i cittadini sono uguali, mente nella sua affermazione che l'Italia è una repubblica democratica, mente nell'affermazione che i cittadini hanno diritto al lavoro, all'istruzione, ecc. L'importanza del capoverso dell'articolo 3 è che esso introduce nella costituzione stessa il riconoscimento di questa non verità, cioè mette a nudo il valore puramente ideologico di certe affermazioni e tende a demistificarle. (…) maneggiando quest'arma della contraddizione all'interno dell'ordinamento noi possiamo interpretare l'ordinamento in un modo nuovo. C'è stata sempre infatti la tendenza a interpretare l'ordinamento giuridico come garante dell'ordinamento sociale borghese (si pensi p. es. al diritto penale); questo articolo della costituzione ci dice invece che l'ordinamento sociale va modificato per adeguarlo all'ordinamento giuridico, per renderlo coerente, per eliminarne ogni contraddizione».

[107] F. PALAZZO, *I confini della tutela penale,* cit., p. 457, per cui il bene giuridico può svolgere effettivamente la sua funzione selettiva solo coordinato con strategie di prevenzione del crimine extra-penali ed extra-giuridiche.

[108] G. RICCARDI*, Omofobia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, in *Dir. pen. cont*., 30 settembre 2013, pp. 54-55, sottolinea come il riferimento all'art. 3, comma 2, Cost., usato per giustificare una tutela penale rafforzata a favore delle vittime di condotte discriminatorie, non elimina le criticità legate all'uso del diritto penale come strumento di promozione sociale.

[109] L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza,* cit*.,* p. 114.

Nel dibattito sulla pretesa neutralità del diritto penale, lo spostamento dell'attenzione dall'uguaglianza all'elemento discriminatorio tende a sciogliere il nodo nel senso di un diritto penale "*genderizzato*". Rivendicare l'uguaglianza, infatti, rischia di tradursi nella richiesta di una parificazione al gruppo dominante, in una forma di assimilazione che non mette realmente in discussione i presupposti strutturali della discriminazione[110], ma si limita semplicemente a contrastarne una delle conseguenze, ossia l'esclusione.

Trasposta sul piano del diritto penale, tale impostazione conduce ad esiti problematici. Non appare, infatti, percorribile la strada di una tutela penale costruita per la donna in quanto tale[111]. L'ingresso di una prospettiva dichiaratamente "vittimocentrica" nel diritto penale rischia di operare come fattore di erosione delle garanzie liberali[112]. Sotto quest'aspetto, un diritto penale modellato sul tipo di vittima tende specularmente ad alimentare un diritto penale del nemico, dinamica che trova già riscontro nella maggior parte degli interventi di riforma in materia di violenza di genere

---

[110] L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritti,* cit*.,* p. 53; T. PITCH, *Libertà femminile, diritto, diritti, politica*, cit., p. 345, mette in guardia dai rischi insiti nel multiculturalismo, evidenziando come taluni gruppi identitari tendano a utilizzare il linguaggio dei diritti per rinchiudere gli individui in identità fisse, "essenzializzate", anziché per promuovere libertà e apertura. Quando il multiculturalismo si traduce in una logica di separazione tra gruppi, anziché di dialogo, esso finisce infatti per rafforzare le disuguaglianze anziché contrastarle.

[111] T. HÖRNLE, *Kultur, Religion, Strafrecht,* cit*.*, pp. 28 -32, esclude la percorribilità di una *Schutz von Gruppenidentität*, una tutela penale dell'identità di gruppo, intesa in termini di salvaguardia della coesione e dell'integrità di comunità religiose, etniche o culturali. La principale argomentazione è la classica relativa all'impossibilità di fare riferimento a un'idea statica di cultura, intesa come entità "pura" e non contaminata da elementi ulteriori, nella quale un'intera comunità culturale, peraltro variamente circoscritta e determinata, possa riconoscersi in modo unitario. La tutela delle donne, in particolare, solleva il problema dell'individuazione di un'identità femminile fondata su rivendicazioni comuni, ricostruzione che appare estremamente problematica, come dimostrano le profonde disgregazioni interne allo stesso pensiero femminista e la dimensione intersezionale che lo caratterizza; A. MERLI, *Introduzione alla teoria del bene giuridico,* cit*.,* pp. 141-142, pone il problema nella prospettiva del c.d. "scontro tra civiltà", secondo la quale il mondo viene concepito come un insieme di civiltà omogenee, trascurando invece la pluralità delle identità che caratterizzano le persone appartenenti a ciascuna di esse. Anche all'interno della stessa categoria di donna, infatti, non è possibile individuare un'identità unica senza sacrificare le molteplici dimensioni identitarie che possono coesistere nel medesimo soggetto di diritto; I. RUGGIU, *Il giudice antropologo*, cit., pp. 256-261, pur prendendo atto della condizione di vulnerabilità in cui versano le donne e altre "minoranze", esclude che tale carattere possa fondare una teoria costituzionale della composizione dei conflitti imperniata sul riconoscimento delle donne come minoranza meritevole di tutele peculiari in ragione della loro vulnerabilità, finalizzate a compensare le situazioni di discriminazione esistenti. La percorribilità di tale opzione (che finirebbe per produrre una ulteriore "ghettizzazione" del gruppo attenzionato, anziché favorirne l'inclusione) viene infatti negata soprattutto perché essa presuppone il riconoscimento giuridico del gruppo oppresso, operazione intrinsecamente complessa, in particolare sotto il profilo della selezione e della differenziazione rispetto ad altri gruppi non riconosciuti. Inoltre, tale riconoscimento risulta ontologicamente transitorio, poiché, una volta rimossa la discriminazione, l'ordinamento costituzionale sarebbe chiamato a ritornare a una condizione di neutralità.

[112] Sul punto anche C. BERNASCONI, *Dalla vittimologia al vittimocentrismo: cosa resta della tradizione reocentrica?,* in *Criminalia*, 2021, pp. 6 ss.

e che determina un significativo squilibrio tra le tutele riconosciute alla vittima e le garanzie riservate all'autore del reato[113]. La narrazione della donna come vittima bisognosa di una tutela ulteriore e peculiare finisce, inoltre, per trasformare la vittima stessa in un catalizzatore di consenso politico, espressione di un diritto penale che si sottrae alla ricerca di soluzioni effettive, e in larga misura extrapenali, del problema. Questo uso politico della vittima si colloca lungo la medesima direttrice del populismo penale, con il quale condivide la tendenza ad astrarre i beni giuridici evocati a fondamento dell'intervento punitivo, riducendoli a formule simboliche funzionali solo alla sua legittimazione[114].

In tale prospettiva, il recupero di una dimensione individuale del bene giuridico assume un ruolo decisivo: esso consente, infatti, di reintegrare la vittima nel discorso penalistico senza allontanarlo dai principi costituzionali[115]. Da un lato, si evita che la rilevanza della vittima venga assorbita nell'armamentario di un diritto penale volto squisitamente alla gestione del consenso sociale; dall'altro, il riferimento alla vittima restituisce concretezza e materialità al bene giuridico effettivamente leso, riconducendolo alla dimensione personale dell'offesa e mantenendo così il discorso penale entro una dimensione laica e garantista orientata alla persona[116].

3.1. Tentativi di declinazione in chiave personalistica

L'uguaglianza può essere assimilata ad un bene superindividuale, in quanto non riconducibile alla sola sfera di un singolo soggetto, ma inerente alla struttura complessiva delle relazioni sociali e dell'ordinamento, incidendo simultaneamente sull'intera collettività. Va osservato, però, come il principio di personalità della

---

[113] Sul recupero del primato della vittima nell'ottica del diritto penale minimo, nel senso dell'esercizio del potere punitivo rispetto alla lesione di interessi coincidenti con quelli della vittima dell'offesa, A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo,* cit*.,* p. 458; in termini analoghi, E. R. ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dogmatica giuridico-penale,* Napoli 1994, pp. 252-253, in cui la centralità della vittima si configura come un elemento che si aggiunge e si coordina con i principi garantistici, fungendo da criterio interpretativo (riduttivo) degli istituti del sistema penale; essa non può invece essere intesa come fondamento per un ampliamento del potere punitivo.

[114] D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, pp. 127-128, sottolinea l'importanza di impostare il discorso sul bene giuridico come "problema di tutela" perché ciò consente di confrontarsi in modo realistico e concreto con le scelte di politica penale, soprattutto quando queste tendono verso un'espansione del diritto penale.

[115] V. MASARONE, *Tutela della vittima e funzione della pena,* cit., pp. 402-404.

[116] A. ESER, *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altra?,* cit*.,* pp. 1079-1080, denuncia la "spiritualizzazione" del bene giuridico, ossia la sua separazione dalla persona concreta che subisce l'offesa; tale allontanamento dalla dimensione individuale può essere superato, nella tesi dell'A., concependo il reato come fenomeno a duplice dimensione, comprensivo sia dell'offesa al bene giuridico generale sia della lesione dell'interesse individuale della vittima.

responsabilità penale richieda la punibilità per un fatto proprio, in relazione ad un'offesa imputabile al singolo, e pertanto osti alla costruzione di fattispecie fondate su offese cumulative, che si realizzerebbero soltanto attraverso la sommatoria di singole condotte in sé non lesive. In questa prospettiva, non può non considerarsi che la disuguaglianza di genere si configura anzitutto come un fenomeno strutturale e sistemico, il cui disvalore non è agevolmente riconducibile a una lesione individualizzata, se non facendo ricorso alla dignità della persona, intesa quale clausola aperta dal contenuto indeterminato e, per ciò stesso, problematica sotto il profilo dei principi di legalità e determinatezza.

In questo quadro, Roxin definisce beni giuridici universali quelli che non possono essere suddivisi in porzioni attribuibili ai singoli individui, presentando la caratteristica della non distributività[117]. Neppure il concetto personale di bene giuridico elaborato da Hassemer[118] nega la legittimità dei beni collettivi, richiedendo soltanto che anche tali beni, in ultima istanza, siano posti al servizio dell'individuo e possano essere ricondotti a interessi mediati del singolo. Tuttavia, la mera riconducibilità alla dimensione individuale non basta di per sé a giustificare il ricorso alla tutela penale.

Il decisivo collegamento con le altre imprescindibili garanzie costituzionali impone, pertanto, che anche tali beni vengano declinati in termini individuali. Da qui emerge un ulteriore problema: la necessità di individuare e circoscrivere il referente del bene giuridico leso. Le esigenze di individualizzazione e di concretizzazione dell'offesa impongono infatti di delimitare il gruppo rispetto al quale parametrare l'offesa. Tuttavia, in riferimento ad un bene collettivo quale l'uguaglianza di genere, l'estrema eterogeneità del gruppo femminile, genere oppresso, accentuata dall'approccio del femminismo intersezionale, rende tale operazione difficilmente praticabile[119], esponendo il giudizio a esiti disomogenei e lasciando un ampio margine di discrezionalità agli interpreti, inevitabilmente influenzato dalle singole sensibilità ideologiche.

[117] C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht,* cit., § 2 Rn. 10.
[118] W. HASSEMER, *Spunti per una discussione sul tema «Bene giuridico e riforma della parte speciale»*, in A. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli 1985, pp. 367 ss.
[119] F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico,* cit., pp. 187 -188; G. FIANDACA, *Sul bene giuridico,* cit*.,* pp. 41-43.

È, dunque, anche l'indeterminatezza e l'impossibilità di concreta delimitazione a rendere l'uguaglianza un valore non suscettibile di tutela penale, e non certo il ruolo primario che essa occupa nel sistema costituzionale. L'uguaglianza è un bene talmente inafferrabile[120] da non consentire di stabilire con certezza se essa venga offesa dalla singola condotta: ci si dovrebbe chiedere se ogni reato motivato in senso discriminatorio leda automaticamente l'uguaglianza oppure se l'offesa debba essere intesa come rivolta a uno *status* collettivo, con la conseguente anticipazione della tutela penale a protezione di un immateriale ordine sociale fondato proprio su tale principio. Una ricostruzione coerentemente personalistica impone, tuttavia, che il bene giuridico venga rapportato alla persona.

Pur riconoscendo che l'uguaglianza presenta una dimensione individuale, traducendosi nel diritto di ciascuno a essere trattato come eguale senza discriminazioni, per parlarne in termini di interesse collettivo occorre riferirla all'intera comunità. In uno Stato sociale che, ai sensi dell'art. 3, comma 2, Cost., ha il compito di "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana", può allora accogliersi la qualificazione dell'uguaglianza come bene «istituzionalizzabile»[121], la cui realizzazione è affidata allo Stato e ai suoi apparati. Tuttavia, più che richiedere la predisposizione di uno specifico apparato statale, il principio di uguaglianza ispira e permea l'intero funzionamento dell'ordinamento. In questa prospettiva, esso può essere definito come un valore universale, in quanto la titolarità istituzionale si accompagna e prevale su una titolarità diffusa, riferibile a ogni membro della comunità.

Proprio la crescente emersione di beni giuridici a dimensione superindividuale, determinata dai profondi mutamenti di una società sempre più complessa e plurale, rappresenta uno dei principali fattori di crisi della categoria del bene giuridico. Si

---

[120] M. CORCOY BIDASOLO, *Garantismo e diritto penale: perseguimento dei reati e diritti fondamentali*, in *Critica del diritto,* n. 2/2024, pp. 390-391, muove una critica al funzionalismo, osservando come esso finisca per escludere la tutela penale proprio in ambiti problematici, quale ad esempio la discriminazione, consentendo invece l'intervento punitivo solo in presenza di un bene giuridico meramente apparente, ritenendo tale concetto inadeguato a fronteggiare le pressioni dei gruppi sociali che invocano la criminalizzazione di condotte prive di un effettivo legame con la tutela di interessi essenziali.

[121] F. PALAZZO, *I confini della tutela penale,* cit*.,* pp. 473 - 474, per il quale non può esserci un bisogno individuale alla base di un bene superindividuale; sulla necessità di un "substrato personale verificalmente offendibile", che legittimi l'intervento penale in tema di offesa di beni super individuali, A. CAVALIERE, *Può la 'sicurezza' costituire un bene giuridico o una funzione del 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, p. 120.

innesca così una reazione a catena: il senso di insicurezza alimenta richieste corali di repressione della fonte, reale o percepita che sia, del pericolo; la risposta del legislatore, anziché consistere in una ponderazione tra esigenze di emergenza sociale e una corretta tecnica legislativa, si traduce in una legislazione emergenziale volta più a soddisfare istanze emotive che a incidere effettivamente sul perseguimento degli obiettivi di politica criminale[122].

Pertanto, pur riconoscendo la legittimità della tutela di beni universali, quando essa sia effettivamente necessaria a garantire la pacifica convivenza nell'esercizio dei diritti, occorre evitare un uso inflazionato della costruzione di beni giuridici collettivi volto a mascherare l'inesistenza di un bene individuale autonomamente tutelabile. Né, sul piano della politica criminale, appare ragionevole invocare una tutela penale giustificata dal generico richiamo al "caos sociale" che deriverebbe da fenomeni di mancata integrazione, poiché ciò condurrebbe a un'indebita espansione del potere punitivo[123]. La violenza discriminatoria è pur sempre violenza: offende primariamente un bene individuale, rispetto al quale è possibile individuare una persona offesa e l'ordinamento già appronta strumenti specifici di tutela, anche sul piano processuale, come dimostrano le disposizioni in tema di procedibilità a querela e le misure di protezione della vittima. In tale prospettiva, non può essere l'uguaglianza il bene "collettivo" direttamente leso[124], bensì è da individuare nella dimensione individuale, sulla quale si innesta un ulteriore disvalore che, tuttavia, non risulta adeguatamente concretizzabile in termini penalistici.

Parlare di uguaglianza come bene giuridico rischia, inoltre, di generare una confusione concettuale con lo scopo della norma. L'uguaglianza non costituisce l'oggetto dell'offesa, che, secondo l'impostazione tradizionale, rappresenta un elemento connaturato al reato, bensì l'interesse che il legislatore mira a realizzare attraverso la

---

[122] S. MOCCIA, *La perenne emergenza,* cit., pp. 242 ss.

[123] T. HÖRNLE, *Kultur, Religion, Strafrecht,* cit., p. 26, riporta nel giudizio di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeitsprüfung*) la lettura che la Corte costituzionale federale [BVerfGE 90, 145 (172)]; 120, 224, fa del principio di necessità ,congiuntamente a quello, preliminare, di idoneità di raggiungimento dello scopo di tutela: se è idonea quando "il risultato atteso può essere raggiunto", è necessaria "quando il legislatore non avrebbe potuto scegliere un altro mezzo, ugualmente efficace, ma che limiti meno o per nulla il diritto fondamentale".

[124] C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht,* cit., § 2 Rn. 45c-45f, si attribuisce peculiare rilievo, nel vagliare le condizioni di esistenza di un bene giuridico, a quella che viene definita *Unselbständigkeits-Test*, ovvero il test dell'autonomia, in forza del quale un bene collettivo può dirsi tale solo se risulta suscettibile di lesione da parte della condotta vietata senza che, al contempo, venga leso anche un bene individuale. Tale criterio opera come antidoto al rischio di una riformulazione artificiosa di beni individuali in beni collettivi, potenzialmente sempre praticabile.

previsione incriminatrice nel suo complesso[125]. Tale sovrapposizione finisce per svuotare la funzione stessa del bene giuridico come criterio di selezione e di differenziazione dei fatti penalmente rilevanti, riducendo la sua costruzione metodologica a una mera trascrizione del fine legislativo[126].

Appare pertanto condivisibile quell'indirizzo della dottrina tedesca che ricollega l'individuazione del bene giuridico alla funzione di tutela propria del diritto penale. È, infatti, attraverso la protezione dei beni giuridici che il diritto penale assolve al proprio compito di garantire una convivenza libera e pacifica tra i cittadini, assicurando il rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti a livello costituzionale. I beni giuridici vengono così identificati con i *Mittel*, ossia i mezzi attraverso cui l'individuo può realizzare la propria esistenza secondo la propria concezione del bene[127]. Si tratta di una prospettiva marcatamente liberale, che esclude la possibilità di imporre, tramite la sanzione penale, una determinata visione del bene[128] e che mira piuttosto a garantire a tutti i consociati una posizione di eguale libertà nell'esercizio dei propri diritti, nel rispetto di quelli altrui.

Tale approccio trova la sua giustificazione più profonda nella necessità di contenere l'intervento punitivo, poiché ciò che è in gioco è la libertà personale dell'imputato, la quale merita una tutela piena e non può essere sacrificata o strumentalizzata a fini meramente intimidatori o neutralizzanti. A una vittima giuridicamente privilegiata finisce così per corrispondere la costruzione di un nemico portatore di idee ritenute incompatibili con l'ordinamento, punito in modo differenziato rispetto al cittadino "ordinario". Si realizza, in tal modo, un paradosso evidente: in nome dell'uguaglianza, si introduce una nuova forma di discriminazione tra autori di

---

[125] Per G. FIANDACA, *Sul bene giuridico,* cit*.,* p. 28, il bene giuridico non è un *prius* che orienta il legislatore, ma un *posterius*, dunque il risultato dei compiti che si affidano al diritto penale e oltre i quali il diritto penale non può spingersi.

[126] E. CONTIERI, *Dialettica del bene giuridico,* cit*.,* p. 141; C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht,* § 2 Rn. 14 – 16.

[127] A. CAVALIERE, *Introduzione ad uno studio sul paternalismo in diritto penale*, in *Arch. Pen*., n. 3/2017, p. 11, sottolinea la necessità di connettere il concetto di dignità umana agli altri principi costituzionali della libertà di autodeterminazione, della laicità e del pluralismo, in quanto "non sarebbe conforme a Costituzione imporre ad un essere umano, nelle sue scelte esistenziali, una certa concezione morale, per quanto dominante, considerandola l'unica 'degna'"; analogamente, G. RICCARDI*, Omofobia e legge penale,* cit*.,* p. 16, osserva come il richiamo alla dignità umana quale bene giuridico penalmente tutelabile possa rischiare di comprimere i principi costituzionali di offensività, materialità e sussidiarietà, nella misura in cui le si attribuisce un ruolo "onnivoro" e difficilmente bilanciabile, suscettibile di favorire interpretazioni soggettive ed espansive del diritto penale.

[128] C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht,* cit., § 2 Rn. 8a.

reato[129]. L'uguaglianza sostanziale resta un compito fondamentale dello Stato, ma non si traduce in una posizione giuridica soggettiva idonea a fondare una pretesa di tutela penale rispetto a qualunque fattore che ostacoli il pieno sviluppo della persona umana. Per l'intervento punitivo è necessario un bene materiale, riferibile all'individuo e concretamente declinabile alla luce dei principi di un diritto penale del fatto[130].

3.2. Sulla materialità di una tutela genderizzata

La concezione personalistica del bene giuridico, pur ponendo indubbiamente la persona al centro della tutela, finisce, però, per ampliare ulteriormente l'area dei beni giuridici potenzialmente rilevanti, sebbene in una prospettiva costituzionalmente orientata. Ne deriva il tentativo di ricondurre alla dimensione personalistica anche il bene giuridico dell'uguaglianza, riproponendo, però, tutte le note criticità connesse all'ampiezza dell'art. 2 Cost. L'individualizzazione dell'uguaglianza passa inevitabilmente attraverso la dignità della persona offesa dalla condotta discriminatoria; tuttavia, proprio questo passaggio mostra i limiti dell'intero processo.

Il richiamo all'art. 2 della Costituzione è senza dubbio centrale nel discorso sull'uguaglianza di genere e sui diritti umani. Quando, però, tali temi vengono trasposti in ambito penalistico, la dignità umana non può essere considerata soltanto quale fondamento del personalismo costituzionale: essa rappresenta anche quello che è stato definito il «nocciolo vivente del modello culturale antico-europeo»[131], in quanto è l'eredità storica tanto del cristianesimo quanto dell'illuminismo ad averci consegnato l'idea della persona come unica e inviolabile, non riducibile a mera parte di una collettività o a esponente di un genere. Proprio per questo, come anticipato, la dignità

---

[129] Per una critica all'antigarantismo insito nel modello del diritto penale del nemico in un ordinamento democratico-costituzionale, si veda A. CAVALIERE, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta",* in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna 2007, p. 275; P. BRUNETTI, *Diritto penale del nemico: una lettura critica dei presupposti filosofici*, in *Pen. Dir. Proc.,* 2020. Escludono, invece, un'assimilazione aprioristica tra il modello del diritto penale del nemico e le istanze securitarie e autoritarie dell'ordinamento penale moderno, G. LOSAPPIO, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in *Ind. Pen.,* n. 1/2007, pp. 58-59; 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*., n. 2/2007, pp. 478 ss.

[130] Sembra andare in questa direzione anche l'affermazione di F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico,* cit., pp. 203-204, sulla primarietà dei beni giuridici, cioè quelli che possono giustificare la comminatoria di una pena privativa della libertà personale: nell'opinione dell'A. si tratta di un concetto «più ristretto di quel 'pieno sviluppo della persona umana' posto in risalto dall'art. 3 comma 2 della costituzione e che rappresenta invece la condizione ottimale dell'uomo».

[131] W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali,* cit*.,* pp. 64-66; F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia "sostanziale",* cit*.,* p. 444.

umana si presta a essere riempita dei significati più diversi[132], a seconda del contesto storico e culturale in cui viene evocata[133], e non costituisce dunque una risorsa sufficientemente determinata per fondare, in termini individualistici, il bene giuridico dell'uguaglianza di genere.

Si tratta, inoltre, di una discriminazione soggettiva[134], in quanto parlare di discriminazione di genere implica già il riferimento a una specifica dinamica relazionale tra oppressore e oppresso. Proprio per questa ragione, l'ingresso di tale categoria nel diritto penale impone una particolare cautela nell'uso di criteri di differenziazione soggettiva, al fine di evitare derive verso forme di diritto penale d'autore o, più realisticamente, verso un diritto penale costruito a partire da un determinato tipo di vittima[135], come si è evidenziato in precedenza.

Occorre, pertanto, interrogarsi sulla reale rilevanza penale dell'elemento discriminante, individuando quale peso può assumere il movente di genere rispetto a una fattispecie base che già tutela un bene giuridico autonomo[136].

Oggetto di tutela del diritto penale deve essere qualcosa la cui offesa sia non solo empiricamente verificabile, ma anche concretamente riconducibile a una condotta del singolo. Il principio di materialità e quello di personalità della responsabilità penale

---

[132] G. FIANDACA, *Sul bene giuridico,* cit*.,* pp. 76-77, pone l'accento sulla mutevolezza dei significati in relazione alle trasformazioni storico-sociali e ai modelli culturali che incidono sulla coscienza della persona umana, nonché sulla carica emotiva che la tutela della dignità umana può assumere ai fini dell'aggregazione del consenso.

[133] E.J. LAMPE, *Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis*, in G. STRATENWERTH, A. KAUFMANN, J.H. HIRSCH, G. JAKOBS, F. LOOS (a cura di), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York 1974, pp. 151-165, l'A. propone un modello sillogistico secondo cui i beni giuridici derivano da valori culturali, i quali a loro volta si fondano sui bisogni individuali, o, meglio, un valore culturale diventa bene giuridico quando la collettività nutre fiducia nella sua permanenza nella struttura sociale, fiducia che legittima l'intervento coercitivo dello Stato. Tuttavia, non ogni bisogno diventa automaticamente valore culturale: solo quelli socialmente dominanti acquisiscono tale *status*, e solo i valori percepiti come meritevoli di tutela (*rechtschutzbedürftig*) si trasformano in beni giuridici. La cultura, così, intesa come sistema normativo che risponde ai bisogni dell'uomo, precede storicamente il diritto e continua ad influenzarlo. Da qui l'idea che il bisogno di libera esplicazione della personalità orienti l'intero ordinamento giuridico e che, specularmente, le modalità di tale esplicazione siano determinate dall'ordine culturale, riflesso sia nel regime costituzionale sia nella legge morale. È così che anche l'ordine culturale va ad incidere sul contenuto dei diritti fondamentali; F. PALAZZO, *I confini della tutela penale,* cit., pp. 467-468, valorizza, ai fini della rilevanza penale dei bisogni umani, la loro incidenza sulla personalità individuale e il suo sviluppo, filtrata dagli ideali culturali.

[134] G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale,* cit*.,* pp. 28-30.

[135] V. MASARONE, *L'attuale posizione della vittima nel diritto penale positivo: verso un diritto penale "per tipo di vittima"?*, in *Arch. Pen.,* n. 3/2017; sulla strumentalizzazione (e selettività) del ruolo della vittima da parte della politica, A. PUGIOTTO, *L'odierno protagonismo della vittima. In dialogo con Tamar Pitch*, in *Discrimen*, 20 febbraio 2019, p. 121.

[136] G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale,* cit*.,* pp. 87-88.

impongono, dunque, di non confondere la costruzione di un bene giuridico penalmente tutelabile con la repressione di un fenomeno complessivamente dannoso sul piano sociale[137], quale può essere l'ideologia patriarcale e sessista in contrasto con il principio di uguaglianza. La materialità è infatti un attributo necessario anche del bene giuridico[138] e la tutela penale di valori puramente ideali pone gravi problemi sotto questo profilo. Essa rischierebbe di risolversi in un'indagine sui motivi interiori dell'agente, che un diritto penale del fatto non consente[139]: l'intero disvalore del comportamento finirebbe così per collocarsi nel foro interno, vanificando le conquiste di razionalità e di garanzia maturate dal diritto penale contemporaneo[140].

L'inafferrabilità del valore sotteso all'intervento punitivo, peraltro, accresce il rischio di una soggettivizzazione della risposta penale, con un effetto di erosione delle altre garanzie[141]. Il problema principale risiede nel fatto che una tutela penale dell'uguaglianza rischierebbe di tradursi nell'incriminazione di condotte prive di sufficiente materialità, con conseguente difficoltà di individuazione dell'attitudine offensiva del fatto. In che cosa, infatti, potrebbe concretizzarsi l'offesa all'uguaglianza di genere, se non nella criminalizzazione di un movente discriminatorio? Ne deriverebbe l'impossibilità di affermare la legittimità di una tutela penale di genere senza scivolare in una forma di *Gesinnungsstrafrecht*[142].

La legislazione dell'atteggiamento interiore si colloca, infatti, lungo un percorso di progressiva erosione del principio di necessaria offensività del reato, oltre a porre seri

---

[137] A. CAVALIERE, *Può la 'sicurezza' costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, cit., pp. 119-121.

[138] Denuncia la tipizzazione di comportamenti la cui offensività non deriva da un danno materiale evidente, ma da offese intangibili, simboliche o morali, A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata,* cit., pp. 138-139; anche per F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia "sostanziale",* cit*.,* p. 444, il diritto penale contemporaneo sta vivendo un processo di smaterializzazione, in cui la centralità del fatto naturalistico risulta attenuata in favore di valori ideali.

[139] F. PALAZZO, *I confini della tutela penale,* cit*.,* pp. 463-464, sulla verificabilità empirica come criterio di delimitazione della punibilità; anche O. DI GIOVINE, *I recenti interventi legislativi in materia di violenza contro le donne,* cit*.,* p. 305, definisce «ragionevole» l'inserimento nella normativa di una differenziazione a favore delle donne, in quanto l'unica via per realizzare una disciplina differenziata, intervenendo sul profilo dell'autore, sarebbe stato «attribuendo rilievo giuridico alle motivazioni (di misoginia) che spingono alla commissione di questa tipologia di reati».

[140] L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione,* cit., p. 481, per il quale la rivendicazione «di un diritto naturale all'immoralità è (…) il principio più autenticamente rivoluzionario del liberalismo moderno».

[141] F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela,* cit*.,* p. 1503.

[142] A. BARATTA, *Lineamenti di una teoria del bene giuridico,* cit*.,* p. 24, mette in guardia dalla preminenza accordata al requisito della concretizzabilità dei beni giuridici, poiché essa rischia di deviare dal necessario riduzionismo cui deve essere improntato il diritto penale: l'esclusione della tutela di beni diffusi e indeterminati non può infatti tradursi nell'automatica legittimazione delle norme che si riferiscono a beni giuridici determinati.

interrogativi sull'effettività della sanzione in termini di integrazione sociale. La nozione sostanziale di reato impone, al contrario, che oggetto del diritto penale sia un «fatto lesivo di un valore costituzionalmente rilevante la cui significatività è elemento condizionante la misura astratta della pena criminale»[143].

Pertanto, per quanto l'aver agito sulla base di motivazioni misogine o sessiste possa risultare umanamente e socialmente riprovevole, non si ritiene che ciò possa integrare, alla luce dei principi del diritto penale del fatto, quel *plus* di disvalore tale da giustificare una tutela penale differenziata o aggravata. Partendo, infatti, dall'incontestabile assunto per cui il diritto penale non può farsi carico dell'affermazione di valori morali su un piano puramente astratto o ideale, in assenza di conseguenze socialmente nocive per beni o interessi costituzionalmente garantiti, anche ipotizzando una struttura plurioffensiva del reato, si finirebbe per attribuire un rilievo autonomo e centrale a un elemento eminentemente soggettivo e interiore.

Si rileva, in questa prospettiva, che analoghe criticità emergono anche con riferimento all'aggravante dei motivi abietti o futili *ex* art. 61, comma 1, n. 1, c.p., attraverso la quale la giurisprudenza tende a far rientrare nell'ambito del penalmente rilevante i motivi discriminatori. Non sono mancati, infatti, casi di condanne aggravate ogniqualvolta si sia inteso attribuire rilevanza penale a un contesto eminentemente emotivo.

Si tratta, a grandi linee, di elementi che rinviano alle disuguaglianze strutturali tipiche delle relazioni di coppia o familiari improntate a un assetto patriarcale. In particolare, la pena è stata aggravata laddove il reato sia espressione di uno stimolo possessivo nei confronti della vittima, ovvero manifestazione di uno spirito punitivo diretto verso una vittima percepita come insubordinata rispetto a un ordine relazionale nel quale l'autore si collocava in una posizione di superiorità[144].

---

[143] F. BRICOLA, *Teoria generale del reato,* cit*.,* pp. 65 ss., si accenna all'opposta concezione personalistica del reato, calata in un diritto penale, non del fatto, ma dell'atteggiamento interiore che guarda, appunto, alla coscienza dell'agente rispetto alla natura di un bene giuridico e alla sua violazione. Questa impostazione, sostenuta da G. BETTIOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1971, pp. 10 ss., pone l'accento prevalentemente sulla condotta dell'agente come espressione della sua personalità e della sua morale: se da un lato, però, non viene tralasciato l'elemento del bene giuridico né la dimensione oggettiva del fatto, dall'altro non viene chiarito se tali elementi esauriscano la loro funzione in una estrinsecazione dell'atteggiamento interiore.

[144] *Ex multiis,* sulla riconoscibilità dell'aggravante dei motivi abietti e futili in casi di omicidio per gelosia: Cass. pen. sez. I, 4 ottobre 2024, n. 41873, in *Guida al diritto* 2025, 6; Cass. pen. sez. I, 19

Secondo l'orientamento giurisprudenziale, ciò che connota i motivi abietti è una qualificazione prevalentemente morale, che si sostanzia in una sproporzione tra la condotta illecita posta in essere e il motivo che l'ha determinata[145], motivo disapprovato dall'ordinamento in quanto, nel caso di specie, contrastante con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.

Il problema, tuttavia, ove non lo si volesse ricondurre esclusivamente al carattere "moraleggiante" dell'aggravante, poiché richiama comunque un valore fondamentale dell'ordinamento costituzionale (quello dell'uguaglianza), concerne comunque la sua effettiva rilevanza penale. Questa assume, infatti, connotazioni eticizzanti tipiche dell'atteggiamento interiore dell'agente, che si conferma l'unico elemento su cui poggia il *plus* di disvalore, in contrasto con le esigenze di un diritto penale del fatto, che può aggravare la pena soltanto in relazione a offese materiali a beni giuridici.

In un diritto penale del fatto, nel quale il movente non dovrebbe assumere rilievo autonomo, la giurisprudenza non incontra tuttavia difficoltà nel giustificare un aumento di pena qualora il movente presenti il «crisma dell'abiezione»[146], intesa come ignobiltà e spregevolezza tali da rivelare un grado di perversità dell'agente idoneo a suscitare un profondo senso di ripugnanza nella persona di media moralità. Si tratta di categorie concettuali difficilmente compatibili con i canoni di legalità e di laicità che dovrebbero caratterizzare il diritto penale in uno Stato di diritto. Né sorprende che, per esplicita affermazione giurisprudenziale, l'aggravante in esame «giustifica un giudizio di

---

ottobre 2023, n. 5514, in *CED Cass. pen.* 2024; Cass. pen. sez. V, 9 maggio 2023, n. 27935, in *Guida al diritto* 2023; Cass. pen. sez. V, 3 luglio 2020, n. 23075, in *Diritto & Giustizia* 2020, 30 luglio, in cui è stata riconosciuta la sussistenza dei futili motivi, non ritenendo che la condotta fosse riconducibile a una gelosia di matrice proprietaria nei confronti della moglie, quanto a una profonda frustrazione derivante dal fallimento dei reiterati tentativi di ricomposizione del nucleo familiare. I giudici hanno in particolare valorizzato il mancato rispetto della volontà di autodeterminazione della vittima, la quale aveva deciso di porre fine al matrimonio e, nell'immediatezza, si era rifiutata di assecondare una pretesa di natura sessuale avanzata dall'uomo come presunto suggello di una auspicata riconciliazione coniugale.

[145] Da ultimo, Cass. pen. sez. I, 4 ottobre 2024, n. 41873, in *Guida al diritto* 2025, 6; Cass. pen. sez. I, 1 ottobre 2024, n. 45290, in *CED Cass. pen*. 2025; Cass. pen. sez. I, 27 novembre 2024, n. 8327, in *IUS Penale* 27 marzo 2025, sulla struttura bifasica dell'accertamento dell'aggravante sui futili motivi, dove la prima parte attiene alla sproporzione tra il reato concretamente realizzato e il motivo che lo ha determinato, mentre la seconda guarda alla verifica della sproporzione «quale espressione di un moto interiore assolutamente ingiustificato, tale da configurare lo stimolo esterno come mero pretesto per lo sfogo di un impulso criminale», enfatizzando esclusivamente la dimensione interiore come motivo dell'aggravamento.

[146] In questi termini, Cass. pen. sez. V, 2 febbraio 2017, n. 33250, in *Diritto & Giustizia* 2017 (cfr. Cass. pen., sez. I, 23 novembre 2005, n. 5448).

maggiore riprovevolezza dell'azione e di più accentuata pericolosità dell'agente»[147], richiamando così due nozioni problematiche: da un lato, la riprovevolezza morale, ancorata a una concezione della colpevolezza ancora intrisa di elementi retributivi ed eticizzanti[148]; dall'altro, la pericolosità sociale, che, nella determinazione della pena, non dovrebbe trovare spazio, in quanto espressione di una logica di mera neutralizzazione.

Emblematico, in tal senso, è il caso dell'omicidio di Hina Saleem. In tale vicenda, la seconda sezione della Corte di cassazione ha affermato che, nel valutare la «ripugnanza per il comune sentire della collettività» in cui si declina il motivo abietto, il giudice deve tener conto anche di eventuali riferimenti culturali, religiosi o nazionali sottesi alla condotta. Nel caso concreto, però, la Corte ha escluso la sussistenza di una motivazione culturalmente orientata, ritenendo che l'omicidio fosse riconducibile a un patologico senso di possesso genitoriale e non a consuetudini religiose o culturali, le quali avrebbero richiesto specifici riscontri probatori. Così facendo, la Corte, da un lato, ha superato le interpretazioni oggettivanti dell'aggravante adottate da altre sezioni e, dall'altro, ha riaffermato una nozione di "cultura" distinta dalle subculture presenti anche all'interno della cultura sociale maggioritaria[149].

Riavvolgendo il nastro del discorso intorno alla materialità dell'offesa, non può trovare accoglimento l'idea della violenza di genere come fattispecie intrinsecamente plurioffensiva, lesiva non solo dell'integrità fisica, psichica o sessuale della donna, ma anche dell'uguaglianza di genere in quanto perpetuata in contesti di squilibrio di potere. Anzi, data la possibilità di individuare con precisione un bene personale primario in una presunta offesa al principio di uguaglianza, vien da chiedersi quale sia la differenza, in termini di immaterialità e conseguente strumentalizzazione, rispetto a quella "pubblicizzazione" artificiale[150] dei beni giuridici tipica dell'impostazione autoritaria che ha dato i natali al Codice Rocco e che la dottrina ha da tempo e con particolare asprezza criticato.

---

[147] Cass. pen. sez. V, 20 luglio 2021, n. 37870, in *Guida al diritto* 2021, sulla configurabilità dell'aggravante per futili motivi in caso di lesioni volontarie determinato da ragioni di gelosia; analogamente, Cass. pen. sez. I, 27 novembre 2024, n. 8327.

[148] Più diffusamente, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore,* cit*.,* pp. 88 ss.

[149] P.F. POLI, *Aggravante dei motivi abietti e reati culturalmente motivati, Nota a Cass. pen., sez. II, 18.2.2010, n. 6587 (caso Hina Saleem)*, in *Dir. pen. cont*., 17 novembre 2010.

[150] Espressione di T. PADOVANI, L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna 1991, pp. 56 ss.

Gli squilibri di potere nei rapporti di stampo patriarcale sono, dunque, certamente dei dati di cui è necessario tenere conto, ma non per giustificare un'espansione del potere punitivo. Al contrario, il diritto penale può e deve farsi garante dell'uguaglianza sostanziale costituzionalmente delineata[151] non già punendo più severamente chi offende beni giuridici riconducibili a soggetti "svantaggiati", bensì evitando che l'esercizio stesso del potere punitivo contribuisca a instaurare o rafforzare meccanismi di dominio. La vera garanzia dell'intervento penale risiede, si ribadisce, nel suo configurarsi come *extrema ratio* di tutela, senza cedere a istanze simboliche di cristallizzazione del consenso che nulla aggiungono alla protezione effettiva dei beni giuridici[152].

Anzi, giova ripeterlo, l'utilizzo della sanzione penale in chiave simbolica rischia di produrre effetti controproducenti, lungi dal ridurre il pregiudizio che alimenta il crimine, esso potrebbe persino intensificarlo. Il soggetto punito potrebbe maturare, durante l'esecuzione della pena, la convinzione che la sanzione sia dovuta proprio alla tutela accordata al gruppo aggredito, sviluppando così un risentimento rafforzato nei suoi confronti. In tal modo, il movente discriminatorio non solo non verrebbe scalfito, ma potrebbe essere ulteriormente consolidato[153], soprattutto qualora l'autore venga percepito come "un martire e un eroe"[154] dalla propria comunità di riferimento. In questo scenario, la pena si tradurrebbe in un'esperienza di rancore e di radicalizzazione, piuttosto che in un percorso di reintegrazione sociale.

In conclusione, inventare un bene giuridico a fini di affermazione politica di lotte dichiarate evidenzia una chiara deriva simbolica[155]. L'ineffettività dell'intervento

---

[151] G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,1982*, p. 73; F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. Crim.,* n. 1/1980, p. 228, sull'insussistenza di un obbligo di incriminazione promanante dalla Costituzione.

[152] Mediana la posizione di G. FIANDACA, *Sul bene giuridico,* cit*.,* pp. 80-81, che richiama la necessità di una valutazione dell'opinione pubblica con lucidità scientifica, «nei confronti della criminalità e del comportamento deviante», al fine di avere incriminazioni in linea con il sentire sociale e la sua scala di valori; F. MANTOVANI, *Il principio di realtà,* cit*.,* pp. 888-889, sull'indebolimento del garantismo in presenza di conflittualità e contrapposizioni sociali.

[153] Sulla «punizione a campione» che «finisce per vittimizzare l'autore e, quindi, per fungere da fattore di possibile aggregazione di consensi intorno al fenomeno che si intendeva combattere, raggiungendo, in tal modo, il risultato opposto a quello sperato», S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 101; C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht,* § 2 Rn. 42.

[154] In questi termini, L. GOISIS, *Crimini d'odio: discriminazioni e giustizia penale,* Napoli 2019, p. 232.

[155] C. E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo,* cit*.,* pp. 107 ss., sulla crisi del paradigma costituzionale del bene giuridico, progressivamente strumentalizzato in senso espansivo della criminalizzazione, sulla conseguente rottura del vincolo di laicità e sul ruolo propulsivo della politica criminale europea; L.

penale emerge, in particolare, con riferimento alla funzione risocializzante della pena: ci si può davvero attendere che la minaccia penale orienti alla legalità l'uomo maltrattante, il femminicida, il *sex offender* o altri "tipi" di autori *gender-oriented*, laddove la condotta sia motivata da un radicato substrato discriminatorio che considera la donna, in quanto tale, come soggetto da dominare?

A fronte di reati spesso d'impeto o, al contrario, espressione di una volontà oppressiva profondamente interiorizzata, non è attraverso l'inasprimento punitivo che può realizzarsi un mutamento culturale: il cambiamento delle strutture simboliche e relazionali che alimentano la violenza di genere non può certamente essere imposto mediante la minaccia della pena[156]. Una tutela penale di beni giuridici controversi, specie quando accompagnata da fenomeni di particolare allarme sociale, può dirsi seriamente legittima solo se sussidiaria rispetto a una più ampia politica extrapenale di protezione degli stessi beni[157].

Non è, pertanto, attraverso l'imposizione di un diritto penale "di genere" che può essere risolta la questione femminile, tanto per ragioni di politica criminale quanto per esigenze sistematiche. Se il cambiamento culturale richiesto è, innanzitutto, esterno al diritto penale, anche l'intervento primario non può che collocarsi su un piano extrapenale[158].

4. Il valore del pluralismo nella dimensione della violenza di genere per la Corte EDU

FERRAJOLI, *Diritto e ragione,* cit*.,* p. 474, in cui, poiché le incriminazioni non devono essere soltanto orientate alla tutela di beni giuridici, ma anche idonee a realizzare una effettiva finalità di prevenzione, si suggerisce di sottoporle a un test di *ingiustificatezza* (della cui difficile praticabilità l'Autore si dichiara ben consapevole), consistente nel confrontare la realizzazione di offese riscontrabili in presenza e in assenza della qualificazione dei fatti in esame come reati. Qualora il numero dei fatti incriminati non risulti inferiore rispetto a quello registrato quando il comportamento non era penalmente rilevante, sarà ragionevole concludere che l'incriminazione non risponde a una finalità di tutela dei beni giuridici, ma si risolve in una mera affermazione simbolica di valori morali; sulla stabilizzazione delle legislazioni emergenziali, come risposta alle criminalità emergenti, F. MANTOVANI, *Principio di realtà e scienze criminali*, cit., p. 888.

[156] Sulla scarsa efficacia general-preventiva degli interventi penali in tema di violenza di genere, F. MANTOVANI, *La violenza di genere sotto il profilo criminologico e penale*, in *Criminalia* 2013, pp. 68-69.

[157] Emblematicamente C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, (a cura di) G. D. PISAPIA, Milano 1974, p. 73, per il quale «non si può chiamare precisamente giusta (il che vuol dire necessaria) una pena di un delitto, finché la legge non ha adoperato il miglior mezzo possibile nelle date circostanze d'una nazione per prevenirlo». Per un approccio politico-criminale basato su un insieme coordinato di interventi che coinvolgono più ambiti e istituzioni sociali, educative, preventive, A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale,* cit., pp. 269 ss.

[158] Si concorda con O. DI GIOVINE, *I recenti interventi legislativi in materia di violenza contro le donne,* cit*.,* p. 319, quando auspica un cambio di paradigma, nella forma di un diritto meno centrato sulla repressione e più sulla valutazione del contesto.

La prospettiva sovranazionale consente di rivolgere uno sguardo particolarmente interessante al rapporto tra la tutela dei diritti connessi all'identità culturale, da un lato, e il valore dell'uguaglianza, dall'altro. Sono terreni in cui possono sorgere fronti di conflitto differenti, talvolta mediante l'interazione con ulteriori beni giuridici che vengono direttamente o indirettamente in rilievo e che possono tra loro entrare in tensione. Sotto questo profilo, la riflessione si salda con quella relativa alla condizione femminile e alla tutela dell'uguaglianza, profilo che emerge con particolare intensità nella *vexata quaestio* del copricapo religioso islamico[159].

Guardando alla disciplina della CEDU, il pluralismo culturale è tutelato dall'articolo 9, che sancisce la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, prevedendo come limite alla libertà di manifestare il proprio credo soltanto le misure «stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui». In questa prospettiva, sono di particolare interesse alcune pronunce della Corte EDU, che negli anni si è più volte confrontata con il rapporto tra legislazioni nazionali e uso dei copricapi religiosi femminili[160]. Tale giurisprudenza risulta significativa soprattutto per le argomentazioni sviluppate in tema di uguaglianza, anche quando i beni posti in bilanciamento con i diritti culturali non attengono direttamente alla dimensione personalistica.

---

[159] A. BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale"*, in *Politica del diritto*, 2007, pp. 36-37, in nota l'A. riporta il dibattito sull'uso dei veli islamici (*chador, hijab, niqab* e *burqa*) in Europa e le diverse posizioni sul tema. Da un lato, alcuni sostengono che i veli che coprono il volto rappresentino un segno di separazione visibile dalla società e costituiscano, quindi, un ostacolo alla convivenza; dall'altro, vi è chi ritiene che tali indumenti esprimano una visione religiosa o culturale che sottomette la donna all'uomo, configurando un'oppressione femminile e risultando, in quanto tali, contrari al principio di uguaglianza. Da quest'ultima prospettiva, vietare i veli integrali potrebbe essere visto come una tutela del diritto fondamentale alla parità di genere, valore prevalente rispetto al diritto alla diversità culturale.

[160] A livello eurounitario, è stata presentata, il 23 aprile 2024, una Proposta di risoluzione del Parlamento europeo sul divieto di indossare il velo islamico nelle scuole (B9-0268/2024), considerando, tra le motivazioni, «che il velo islamico è strumento di oppressione ed è utilizzato per imporre una disparità di valore e trattamento tra uomini e donne». Interrogata sul punto dalla proponente (Interrogazione E-000332/2025), un anno dopo (il 24 aprile 2025), la Commissione europea afferma di essere «determinata a promuovere e a tutelare i valori e i diritti fondamentali dell'UE sanciti dall'articolo 2 del trattato sull'Unione europea e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tra cui il pluralismo, la non discriminazione e l'uguaglianza», ma di non avere «né la competenza né l'intenzione» di adottare iniziative per vietare il velo islamico nella sfera pubblica, che resta prerogativa discrezionale degli Stati membri e sono soggette al controllo giurisdizionale dei tribunali.

Ad esempio, in Italia[161], il problema si è posto in termini di compatibilità dell'abbigliamento rituale con l'ordine e la sicurezza pubblica, in occasione della denuncia di una donna tunisina per il reato di cui all'art. 5 della legge n. 152/1975, che punisce «chiunque, senza giustificato motivo, in luogo pubblico o aperto al pubblico, mediante l'uso di caschi protettivi, o di qualunque altro mezzo, renda difficoltoso il

[161] Il dibattito intorno all'uso del copricapo femminile rituale ha, di recente, iniziato a investire più esplicitamente, anche nell'ordinamento italiano, il tema del contrasto alle norme culturali che incidono (o, meglio, inciderebbero, dalla prospettiva politico-criminale italiana) sulla libertà della donna. Ci si riferisce al d.d.l. S. 1823, presentato il 2 marzo 2026, del quale si segnalano principalmente due profili di novità: da un lato, le modifiche all'articolo 5 della legge n. 152/1975, nel senso dell'eliminazione dell'inciso «senza giustificato motivo», sostituito dall'espressione «compresi gli indumenti o accessori di qualsiasi tipo di origine etnica, culturale o religiosa»; dall'altro, l'introduzione nel codice penale dell'art. 612-*ter*.1, rubricato "Costrizione all'occultamento del volto", che punisce con la reclusione da uno a due anni e con la multa da euro 10.000 a euro 30.000 (con aumento di pena della metà se il fatto è commesso a danno di un minore, di una donna o di una persona con disabilità) «salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque costringa taluno all'occultamento del volto mediante violenza, minaccia o abuso di autorità, ovvero in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura, o da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto». Nel fascicolo di accompagnamento al disegno di legge (consultabile all'indirizzo: https://www.senato.it/leggi-e-documenti/disegni-di-legge/scheda-ddl?did=59953), si dichiara che l'intento della riforma dell'art. 5 è quello di superare riscontrate ambiguità interpretative, «chiarendo in modo espresso e inequivocabile l'ambito del divieto e le relative eccezioni, al fine di assicurare uniformità applicativa e maggiore efficacia nella tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica». Tuttavia, la riforma non sembra tesa ad una maggiore tassatività, quanto alla realizzazione di una politica criminale ben precisa. Si omette, infatti, di considerare che il senso della clausola del "giustificato motivo" è proprio quello di consentire una valutazione caso per caso di esigenze riconducibili a valori diversi da quello della tutela della pubblica sicurezza, quali, ad esempio, l'espressione del proprio culto. Che ci sia, piuttosto, l'intento di escludere completamente tale valutazione emerge a chiare lettere nella specificazione normativa che gli indumenti rituali siano inclusi nel divieto. Né induce a conclusioni di senso opposto il fatto che la norma venga ulteriormente circoscritta, escludendone l'applicazione, tra le altre circostanze, nei luoghi di culto. A conferma del fatto che la disciplina in esame guardi ad un determinato tipo di autore, si pone l'articolo 3 del disegno di legge, il quale prevede, quale causa ostativa per l'ottenimento della cittadinanza italiana, la condanna per il reato di costrizione all'occultamento del volto, «considerato quale palese atteggiamento in contrasto con il percorso di integrazione nella nostra comunità». La *ratio* sottesa all'intervento di riforma risulta ulteriormente confermata dalle altre previsioni. Infatti, ancora all'interno del fascicolo di presentazione del d.d.l., si legge che l'introduzione del reato di costrizione all'occultamento del volto «si fonda sul principio, sancito dalla Costituzione italiana e dai valori comuni dell'Unione europea, secondo cui non è accettabile che una donna sia indotta o costretta a comportamenti o forme di abbigliamento che la pongano in una condizione di sottomissione o discriminazione». Nelle intenzioni dei proponenti, dunque, si tratterebbe di una declinazione del principio di uguaglianza e della libertà personale, tradotto, nei fatti, in un superamento di principi cardine del diritto penale. Al di là della insussistente necessità di introdurre un autonomo titolo di reato, in quanto la condotta, ove raggiungesse una soglia di offensività tale da giustificare una risposta sanzionatoria, ben potrebbe essere ricondotta alla fattispecie della violenza privata (e i proponenti sembrano esserne consapevoli, vista la previsione della clausola di sussidiarietà), la cornice edittale prevista appare assolutamente sproporzionata. A ciò si aggiunge un aumento di pena con riferimento a specifiche categorie di soggetti rispetto alle quali sembra operare una presunzione di maggiore esposizione a coazioni della libertà. Tale presunzione, peraltro, appare insuperabile, non essendo richiesta alcuna prova di una condizione di minorità o di soggezione, ritenuta insita in caratteristiche quali la minore età, il genere femminile e la disabilità. Inoltre, se è possibile individuare un filo conduttore politico criminale di stampo assimilazionista, risulta invece difficile cogliere la ratio della collocazione sistematica della nuova norma: è inserita tra i delitti contro la libertà morale, ma non immediatamente dopo l'art. 610 c.p., bensì tra la diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti e l'illecita diffusione di contenuti generati o alterati con sistemi di intelligenza artificiale, fattispecie che si riferiscono a modalità di aggressione al bene giuridico completamente differenti.

riconoscimento della propria persona»[162]. In quel caso, la questione emersa in udienza non riguardò la matrice culturale della condotta, ma i limiti che esigenze di sicurezza possono imporre alla libertà di esprimere e manifestare il proprio credo nell'abbigliamento. Il Tribunale risolse la questione affermando che l'uso del *burqa*, giustificato da motivo religioso, non integrava il reato contestato, salvo che esigenze di ordine o sicurezza pubblica rendessero necessaria l'identificazione della persona e che quest'ultima si rifiutasse di collaborare. Non fu questo, però, il caso della donna, che, indossando il *burqa*, si presentò in tribunale per assistere al processo per terrorismo di matrice islamica che vedeva imputato il marito. All'ingresso, la Polizia di Stato le chiese di sollevare il velo per identificarla; la donna obbedì immediatamente, davanti a personale femminile, per poi essere regolarmente identificata.

Sul punto, il dibattito relativo all'uso di copricapi religiosi, quando viene sovrapposto a generiche esigenze di sicurezza, trova peculiare spazio in un diritto penale improntato al principio di necessità[163]. La "sicurezza", infatti, costituisce un bene giuridico intrinsecamente sfuggente e per sua natura suscettibile di essere esposto a pericoli eterogenei[164]. Un ricorso eccessivamente anticipato al diritto penale finisce, così, per assumere una connotazione sospettosamente selettiva, tale che dubitare della presenza di posizioni discriminatorie sottese a tali scelte normative non appaia irragionevole[165].

---

[162] Trib. Cremona, 27 novembre 2008, in G. L. GATTA, *Islam, abbigliamento religioso, diritto e processo penale: brevi note a margine di due casi giurisprudenziali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, giugno 2009, pp. 3-10.

[163] A. BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale",* cit., p. 26, inserisce l'abbigliamento rituale tra quei comportamenti culturali minoritari che non arrecano alcuna offesa o danno effettivo né alla maggioranza né ad altri gruppi sociali. In questi casi, infatti, proibire penalmente tali pratiche significherebbe usare il diritto penale come una "spada" contro la diversità, senza una reale necessità di tutela. Per questo motivo, richiamando il principio di *extrema ratio*, l'autore ritiene che non sia giustificato introdurre divieti penali contro tali forme di espressione culturale o religiosa, salvo situazioni limite in cui entrino in gioco esigenze di pubblica sicurezza, come nel caso dell'uso di *niqab* o *burqa* che rendano difficile l'identificazione della persona durante manifestazioni pubbliche, ambito comunque già regolato dall'art. 5 della legge del 1975; analogamente E. LA ROSA, *Uso" ed "abuso" del simbolo religioso: profili di responsabilità penale,* in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale*, p. 773, che conclude di ritenere «quanto meno inopportuni» i divieti generalizzati, soprattutto penalmente sanzionati, di uso pubblico del velo.

[164] *Ex multiis*, F. FORZATI, *Genesi e fenomenologia dell'illecito securitario postmoderno fra involuzioni potestative e regressioni al premoderno*, Napoli 2020.

[165] G. L. GATTA, *Islam, abbigliamento religioso, diritto e processo penale,* cit., pp. 8-9, che, se da un lato si esclude che sia sufficiente un generico richiamo alla sicurezza e all'ordine pubblico, quali interessi costituzionalmente rilevanti per giustificare limitazioni alla libertà religiosa, dall'altro si riconosce che la sicurezza possa operare come interesse strumentale a una tutela anticipata di beni costituzionali "finali", quali la vita e l'incolumità fisica.

La Grande Camera della Corte EDU, per quanto qui rileva, ha invece affrontato tali tematiche richiamandosi al principio di laicità, facendo riferimento ai valori sottesi alle religioni o, più precisamente, alla religione islamica (trattandosi prevalentemente di copricapi propri della comunità musulmana[166]) e alla loro presunta incompatibilità con alcuni profili dell'ordinamento costituzionale. Si osserva peraltro che questioni di compatibilità con il principio di uguaglianza di genere non sono mai state poste, in modo altrettanto rilevante, rispetto all'abbigliamento rituale maschile[167].

Per inquadrare adeguatamente le decisioni richiamate, è opportuno ricordare la composizione della Grande Camera, che rappresenta la formazione più solenne della Corte EDU. Costituita da diciassette giudici, ne fanno parte il Presidente e il Vicepresidente della Corte, i Presidenti delle singole Sezioni, il cosiddetto giudice nazionale (ossia il giudice eletto a titolo dello Stato convenuto) e ulteriori giudici selezionati mediante sorteggio. Ai sensi dell'art. 24, comma 2, lett. d, del Regolamento della Corte, aggiornato al 28 marzo 2024, «le modalità di estrazione a sorte sono stabilite dalla Corte plenaria, la quale vigila affinché sia assicurata una composizione geograficamente equilibrata, che rifletta la diversità dei sistemi giuridici delle Parti contraenti».

Questo meccanismo risponde all'esigenza di garantire un equilibrio interno, evitando che la decisione rispecchi una ristretta area giuridica o geografica e assicurando, almeno tendenzialmente, la massima pluralità di prospettive. È significativo, inoltre, notare che, sebbene ciascun giudice sia formalmente eletto in relazione a uno specifico Stato membro, egli esercita le proprie funzioni a titolo individuale e non rappresenta l'ordinamento nazionale di provenienza[168]. La sua presenza non costituisce, dunque, una forma di rappresentanza, quanto piuttosto una

[166] Quanto all'abbigliamento rituale delle donne musulmane, è frequente un uso improprio del termine *burqa* per riferirsi indistintamente ai diversi tipi di velo previsti dalle varie interpretazioni dell'Islam. In realtà, il *burqa* rappresenta la forma più coprente, poiché avvolge l'intero corpo, compreso il volto, lasciando la possibilità di vedere attraverso una rete all'altezza degli occhi, e può pertanto effettivamente porre problemi di riconoscibilità in relazione alle esigenze di ordine pubblico. Tali criticità risultano, invece, più limitate nel caso dell'*hijab*, che copre i capelli, il collo e talvolta le spalle, lasciando scoperto il viso. Diverso ancora è il *chador*, un mantello lungo che copre l'intero corpo, così come il *niqab*, che copre il volto lasciando visibili solo gli occhi.

[167] Ci si riferisce alla condanna di un indiano di religione Sikh per porto di *kirpan*, deciso in Cass. pen. sez. I, 31 marzo 2017, n. 24084, in *Cass. pen*. 2018, 2, 616. Sui problemi peculiari posti dal velo femminile rispetto al generale discorso intorno all'abbigliamento rituale, anche A. BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino 2010, pp. 39-40, nota 92.

[168] In questi termini, La CEDU in 50 Domande, p. 4, a cura del Servizio Pubbliche Relazioni della Corte, in *www.echr.coe.int*.

garanzia di adeguata conoscenza del diritto interno e del contesto socioculturale dello Stato convenuto. Pur nel rispetto dell'indipendenza, la presenza del giudice nazionale introduce inevitabilmente un elemento culturale e giuridico legato al contesto originario del caso. Ed è proprio questa pluralità, che intreccia la dimensione sovranazionale con le sensibilità dei diversi Paesi membri, che permette di mettere a fuoco un aspetto particolarmente rilevante nelle controversie in cui il diritto alla cultura, o più in generale il rispetto delle tradizioni culturali e religiose, si confronta con altri beni giuridici garantiti dalla Convenzione.

Tornando alle pronunce in materia di abbigliamento rituale femminile, se si tenta di sistematizzare le argomentazioni avanzate a sostegno dei divieti imposti negli spazi pubblici, emergono due linee giustificative soltanto in apparenza opposte: da un lato, l'invocazione di una fantomatica "liberazione" della donna musulmana; dall'altro, la protezione della società dalla "minaccia" da essa rappresentata. La donna velata finisce così per essere descritta, alternativamente, come vittima indifesa o come potenziale aggressora.

Nel caso *Lucia Dahlab v. Switzerland*[169], la ricorrente lamentava anzitutto che il provvedimento che le vietava di indossare il *chador* durante l'esercizio delle sue funzioni di insegnante costituisse una violazione della libertà di manifestare la propria religione, garantita dall'art. 9 CEDU. La Corte EDU, tuttavia, ha ritenuto che il suo licenziamento non integrasse una violazione della Convenzione, esprimendo piuttosto la discrezionalità del legislatore nazionale e un corretto bilanciamento tra il diritto individuale alla libertà religiosa (suscettibile di limitazioni ai sensi dell'art. 9, comma 2 CEDU) e l'esigenza di tutelare gli alunni dal rischio di proselitismo. Secondo la Corte, infatti, gli alunni, di età compresa fra i quattro e gli otto anni, si trovavano in una fase particolarmente sensibile e "impressionabile" dello sviluppo; pertanto, non era possibile escludere che l'uso del velo potesse esercitare su di essi un certo effetto proselitistico[170]. Riprendendo le argomentazioni della Corte federale svizzera, la Corte EDU ribadisce che la limitazione della libertà religiosa derivava dalla difficoltà di conciliare l'uso del velo islamico con il messaggio di tolleranza, rispetto reciproco e, soprattutto,

[169] Corte EDU, sez. II, 15 febbraio 2001, *Dahlab c. Svizzera* (ric. n. 42393/98). Le sentenze della Corte EDU citate nel presente lavoro sono consultabili all'indirizzo: https://hudoc.echr.coe.int/.
[170] A. VALENTINO, *La sentenza sul caso S. A. S. c. Francia della Corte Europea dei diritti dell'uomo: principio di laicità e divieto assoluto di coprirsi il volto in pubblico*, in *Osservatorio AIC*, ottobre 2014, p. 16.

uguaglianza e non discriminazione che un'insegnante, in una società democratica, è chiamata a trasmettere ai propri allievi[171].

A questo punto è legittimo interrogarsi se fosse davvero conforme ad una politica di integrazione e pluralismo riconoscere, sulla base della percezione dei giudici appartenenti a una cultura diversa da quella della ricorrente, il possibile invio di un messaggio di oppressione femminile, invece di permettere che, nel contesto pluralista che va garantito negli ambienti educativi, si aprisse uno spazio in cui anche gli insegnanti potessero liberamente "manifestare la propria religione o il proprio credo (…) mediante (…) le pratiche" (art. 9, comma 1 CEDU).

Non meno interessante è che a invocare per prima una discriminazione fondata sul sesso sia stata proprio la ricorrente, sostenendo che il divieto imposto dalle autorità svizzere costituiva una discriminazione ai sensi dell'art. 14 CEDU, osservando che un uomo di fede musulmana avrebbe potuto insegnare in una scuola pubblica senza subire alcuna restrizione analoga. La Corte richiama il proprio consolidato orientamento secondo cui una differenza di trattamento è discriminatoria se non persegue uno scopo legittimo oppure se non sussiste un rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e il fine che si intende realizzare. Nel caso di specie, tuttavia, essa ritiene che la misura adottata, in relazione all'esercizio delle funzioni professionali della ricorrente e non diretta contro la stessa *«as a member of the female sex»*, perseguisse l'obiettivo legittimo di assicurare la neutralità del sistema scolastico primario.

Ci si può domandare, piuttosto, se proporre ai bambini l'esempio di una donna capace di realizzarsi professionalmente e, al contempo, praticare la propria religione non avrebbe rappresentato una lezione più efficace di uguaglianza di genere[172]. La ricostruzione incentrata sul proselitismo, fatta propria dalla Corte, sembra invece richiamare il concetto, noto nella dottrina anglosassone, di *remote harms*[173], in cui

---

[171] Il velo era stato identificato come elemento distintivo di un credo religioso (quello islamico), ritenuto "imposto" da un precetto coranico «*which (...) is hard to square with the principle of gender equality*».

[172] Sembra rispondere negativamente G. DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, in A. BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, cit., pp. 161-162. L'A. giustifica la proibizione di indossare il velo nelle scuole, nella misura in cui l'esibizione del simbolo religioso potrebbe veicolare un messaggio identitario percepito come segnale di chiusura verso modelli culturali differenti da quelli della comunità di appartenenza, con il rischio di tradursi in una forma di separazione preventiva rispetto alle opportunità offerte da un'educazione improntata al dialogo e al confronto interculturale.

[173] W. WOHLERS, *Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione da una prospettiva europea continentale e da una*

proprio per l'assenza di una correlazione prossima tra condotta e offesa, l'unica giustificazione possibile ad un divieto appare di natura paternalistica.

Ad ogni modo, mentre nel caso appena riportato la ricorrente era una cittadina svizzera appartenente a una minoranza religiosa, nel caso *Leyla Şahin v. Turkey*[174] si discute della condizione di una giovane musulmana in un Paese in cui l'Islam è la religione prevalente. Leyla Şahin, infatti, studentessa di medicina proveniente da una famiglia di musulmani praticanti, si era vista impedire l'accesso a esami e corsi universitari a seguito di una circolare dell'Università di Istanbul che vietava l'ingresso agli studenti "che si coprono il capo" e a quelli con la barba.

La Corte ribadisce preliminarmente che, in una società democratica, lo Stato può imporre restrizioni all'uso del velo islamico ai sensi dell'art. 9, comma 2 CEDU, richiamando espressamente la sentenza *Dahlab* e aderendo poi all'impostazione della Camera rimettente.

Nel contesto turco, sostiene la Corte, il velo islamico, percepito come obbligo religioso, può esercitare pressioni su chi sceglie di non indossarlo, incidendo sui diritti altrui e sull'ordine pubblico, soprattutto in un Paese a maggioranza musulmana e, al contempo, fortemente legato alla laicità e alla promozione dei diritti delle donne, inclusa l'uguaglianza di genere garantita a livello costituzionale[175]. In tale scenario, limitazioni alla libertà religiosa possono risultare giustificate da un "impellente bisogno sociale" e da obiettivi legittimi[176], anche alla luce della connotazione politica acquisita

---

angloamericana, in G. FIANDACA, G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino 2008, pp. 136-137, per dimostrare l'impraticabilità di un modello che prescinda dalla distanza tra condotta e offesa, l'Autore ricorre all'esempio, particolarmente calzante, della pornografia. Muovendo dall'assunto secondo cui l'industria pornografica, costruita in funzione del piacere maschile, veicola una rappresentazione tendenzialmente violenta del desiderio sessuale (per un approfondimento, C. A. MACKINNON, *Only Words,* Harvard 1993), si osserva che, qualora se ne riconoscesse l'idoneità a incidere sul clima sociale al punto da trasporre tale visione nei rapporti tra i sessi, si dovrebbe coerentemente giungere alla sua criminalizzazione.

[174] Corte EDU, Grande Camera, 10 novembre 2005, *Leyla Şahin c. Turchia* (ric.n. 44774/98).

[175] *Ivi*, par. 115.

[176] Argomentazioni analoghe sono state espresse dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'UE nella sentenza del 28 novembre 2023, originata dalla causa C-148/22, relativa al caso di una dipendente comunale belga a cui era stato vietato indossare il velo sul luogo di lavoro. Al centro della controversia vi era un regolamento adottato successivamente dal Comune, che vietava ai dipendenti ogni forma di proselitismo religioso, incluso l'uso di simboli religiosi o ideologici vistosi. La Corte ha ribadito il valore della neutralità come strumento per promuovere il pluralismo, ritenendo che una politica di rigorosa neutralità all'interno della pubblica amministrazione possa essere oggettivamente giustificata da una finalità legittima. Tale politica, inoltre, non venne valutata violativa della direttiva 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro, in quanto trovava applicazione generale a tutti i simboli religiosi, non solo nei confronti di una fede particolare.

dal velo in relazione alla diffusione di movimenti estremisti volti a imporre una visione religiosa all'intera società. Diventa, così, centrale il richiamo al principio di laicità, così come interpretato dalla Corte costituzionale turca, secondo cui tale principio, quale garante dei valori democratici, rappresenta il punto d'incontro tra libertà e uguaglianza[177].

Anche in questo caso, dunque, in un ambiente educativo improntato al pluralismo, al rispetto dei diritti altrui e alla parità di genere, la Corte EDU considera legittimo che le autorità intendano tutelare la natura laica (o forse sarebbe meglio dire, religiosamente neutrale) dell'istituzione, ritenendo il velo rituale incompatibile con tali valori.

Un tassello importante è dato dalla *dissenting opinion* della giudice belga Françoise Tulkens, che sottolinea come, in nome di ideali astratti e non adeguatamente collegati al caso concreto, siano state limitate libertà individuali senza che ricorressero le "esigenze democratiche" richieste dal comma 2 dell'articolo 9 CEDU. Tulkens insiste su un dato culturale che, più di altri, mette in luce quanto le precomprensioni dei giudici possano incidere sul bilanciamento dei valori, riflettendo pregiudizi radicati in una determinata tradizione culturale[178], anche quando tale tradizione non possa considerarsi minoritaria. Viene, infatti, valorizzato il ruolo che un elemento culturale può assumere ben oltre il pregiudizio a esso connesso: se una donna adulta dichiara di indossare il velo liberamente, e non emergono elementi che inducano a dubitarne, vietarglielo in nome dell'uguaglianza significa negarle l'autonomia personale, che la stessa giurisprudenza della Corte ha riconosciuto come diritto fondamentale[179]. La voce dissenziente della giudice costituisce, inoltre, il riflesso di come la composizione della Grande Camera si presti a letture ambivalenti: da un lato, essa rappresenta una garanzia di equilibrio tra prospettive differenti; dall'altro, espone la Corte al confronto tra visioni culturali non sempre omogenee, suscettibili di incidere sul bilanciamento dei valori in tensione.

---

[177] Corte EDU, Grande Camera, 10 novembre 2005 (ric.n. 44774/98), par. 116: «*secularism, as the guarantor of democratic values, was the meeting point of liberty and equality*».
[178] *Ivi*, par. 10-11.
[179] B. FATEH-MOGHADAM, R*eligiös-weltanschauliche Neutralität und Geschlechterordnung: Strafrechtliche Burqa-Verbote zwischen Paternalismus und Moralismus,* in *Center for Religion and Modernity*, 2013, p. 13, Il divieto del velo viene qualificato come una norma di carattere paternalistico, segnata dalla contraddizione intrinseca di arrecare un danno proprio al soggetto che si intende proteggere. Ne consegue che il celebre argomento della donna costretta a indossare il velo finisce per collocarsi tra le ragioni contrarie, anziché tra quelle a favore, all'adozione di simili interventi legislativi.

Colpisce, inoltre, un passaggio particolarmente significativo: pur affermando che non spetti alla Corte formulare giudizi di valore su una religione o su una pratica religiosa né definire in astratto il significato del velo[180], la giudice osserva che, se davvero il velo fosse contrario al principio di uguaglianza tra uomo e donna, lo Stato avrebbe un obbligo positivo di vietarlo ovunque, nei luoghi pubblici come in quelli privati[181]. Tale osservazione, da un lato, riconosce la legittimità di un intervento statale contro condotte discriminatorie, dall'altro, esclude che ciò possa applicarsi al velo in quanto tale, proprio perché non presenta, né può presentare, un significato universalmente discriminatorio. Ne consegue che non spetta alla pubblica autorità, quanto a quella religiosa e, in ultima istanza, alle fedeli determinare non solo il fondamento e l'estensione dell'obbligo di velarsi, ma anche il significato simbolico e identitario dell'atto del velo per la donna.

Si apre così un ulteriore spunto di riflessione: esiste qualcosa che sia sempre e comunque discriminatorio? L'*excursus* giurisprudenziale sull'uso del velo consente, infatti, di riflettere sul fatto che esso sia stato sovente interpretato come simbolo di oppressione femminile e vietato in nome dei beni giuridici più eterogenei (educazione dei minori, neutralità delle istituzioni, ordine pubblico). In un'impostazione di questo tipo, però, si riconosce una chiara natura paternalistica, in quanto essa presuppone un'automatica correlazione tra l'appartenenza della donna ad una determinata cultura e il suo essere soggetta ad una condizione di oppressione[182].

---

[180] Corte EDU, Grande Camera, 10 novembre 2005 (ric.n. 44774/98), par. 12, in cui si legge «*It is not the Court's role to make an appraisal of this type – in this instance a unilateral and negative one – of a religion or religious practice, just as it is not its role to determine in a general and abstract way the signification of wearing the headscarf or to impose its viewpoint on the applicant*». Analogamente, E. LA ROSA, *Uso" ed "abuso" del simbolo religioso: profili di responsabilità penale,* cit*.,* pp. 773-774, afferma l'incontestabilità, in capo allo Stato, del significato da attribuire ai contenuti di una dottrina religiosa: così come esso non può assumere come "propri" i contenuti dommatici di una determinata confessione, allo stesso modo non rientra nelle sue competenze stabilirne l'effettiva portata dottrinale.

[181] Sul tema ancora E. LA ROSA, *Uso" ed "abuso" del simbolo religioso,* cit., pp. 771 ss., che distingue tra l'esposizione di simboli religiosi negli spazi pubblici e quella sul proprio corpo. Poiché quest'ultima costituisce un'espressione della libertà di coscienza, diritto costituzionalmente garantito, può essere limitata solo da vincoli intrinseci, cioè quelli necessari a tutelare la libertà di autodeterminazione e, secondo l'art. 9 della CEDU, quelli relativi al rispetto delle norme poste a protezione dell'ordine pubblico, come l'obbligo di rendersi riconoscibili in luoghi pubblici. Anche laddove vengano in rilievo contro-interessi di rango costituzionale idonei a giustificare una limitazione della libertà di scegliere il proprio abbigliamento, l'Autore auspica comunque un approccio pragmatico e non punitivo nei confronti di tali specifiche scelte individuali.

[182] A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in G. FIANDACA, G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale,* cit., pp. 101-103, l'A. individua tra le norme «a sospetta base paternalistica (…)» tutti quei reati rispetto ai quali possono configurarsi esimenti o attenuanti culturali, come nel caso delle mutilazioni genitali femminili. Ove, infatti, una donna adulta, nel pieno esercizio

I principi costituzionali che sanciscono la laicità dello Stato, e che dunque orientano l'individuazione dei beni giuridici tutelabili dall'ordinamento penale italiano, impongono, al contrario, che proprio in nome della laicità non siano ammissibili restrizioni indebite alla libertà religiosa[183]. Il paternalismo egualitario pone infatti un presunto interesse collettivo delle donne al di sopra dei diritti soggettivi dell'individuo, finendo per confliggere con l'impianto individualista e normativo della Costituzione[184].

4.1. Profili di paternalismo penale

Resta dunque da chiedersi come comportarsi quando, in presenza di condotte potenzialmente integranti reato, la persona offesa, appartenente alla stessa cultura dell'aggressore, non percepisca la lesione dei propri beni come un'effettiva offesa[185]: potrebbe, in tal caso, configurarsi un profilo di paternalismo indiretto[186]. Tale dinamica riguarda tanto contesti familiari di fede islamica, quanto relazioni in contesti comuni nel mondo occidentale, in cui la donna ritiene, ad esempio, che certe pretese del partner siano legittime (si pensi al presunto "dovere" di rapporti sessuali coniugali, alle "giustificate" privazioni della libertà personale).

---

della propria autonomia, decidesse di sottoporsi volontariamente a tale pratica, l'unica giustificazione possibile per l'intervento repressivo penale sarebbe riconducibile a una forma di paternalismo forte. Diverso è, invece, il caso dell'impiego di minori nell'accattonaggio, che potrebbe semmai essere ricondotto all'altra categoria di norme a sospetto paternalistico individuata dall'Autore, ossia quella delle disposizioni che coinvolgono direttamente soggetti minori, rispetto ai quali l'esigenza di tutela assume una diversa e più incisiva legittimazione. Analogamente S. CANESTRARI, F. FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale: incerti equilibri e nuove prospettive nella tutela della persona*, in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e Diritto Penale. The moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano 2010, p. 184.

[183] S. CANESTRARI, *Laicità dello Stato, confessioni religiose e multiculturalismo,* cit*.,* p. 329, evidenzia come misure, quali il divieto di esibizione di simboli religiosi negli spazi pubblici, finiscano per tradire una vera e propria «ideologia confessionale» che, lungi dal garantire il rispetto delle libertà individuali, trasforma la laicità in una sorta di religione civile imposta all'intera collettività.

[184] B. FATEH-MOGHADAM, *Religiös-weltanschauliche Neutralität und Geschlechterordnung,* cit*.,* p. 20.

[185] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati,* cit., pp. 71-74, opera una distinzione tra le restrizioni interne al gruppo culturale, mediante le quali il gruppo minoritario limita la libertà dei propri membri, e le tutele esterne, che il gruppo di minoranza rivendica nei confronti della maggioranza al fine di preservare le proprie tradizioni. Queste ultime, secondo l'A., possono trovare spazio all'interno di una democrazia liberale, ma incontrano al contempo un limite nel momento in cui finiscono per legittimare restrizioni interne incompatibili con la libertà dei singoli membri di modificare o rifiutare pratiche lesive delle loro libertà. In termini simili, tale distinzione si rinviene anche in A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino 2006, pp. 93-94, che differenzia tra diritti culturali negativi, caratterizzati da una pretesa nei confronti dello Stato affinché si astenga dal sanzionare comportamenti espressivi della cultura del gruppo, e diritti culturali positivi, relativi invece alla richiesta di un intervento statale volto alla conservazione e tutela dell'identità culturale.

[186] J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law, vol. 3, Harm to Self*, New York 1989, pp. 118 ss., che distingue il paternalismo indiretto, che ricorre quando la coercizione è esercitata nei confronti di terzi, al fine di tutelare indirettamente il soggetto vulnerabile, dal paternalismo diretto, che si rivolge, invece, contro la stessa persona che si intende proteggere, limitandone l'autonomia per il suo "bene".

Non è scontato, dunque, insistere sulla distinzione tra scelte, culturalmente influenzate, che rientrano nella sfera della libertà individuale volontaria e pratiche culturali che, invece, implicano vere e proprie violazioni di diritti umani e libertà fondamentali, rendendo necessario l'intervento dello Stato. Occorre, dunque, liberare l'analisi dal paternalismo e dalle sue radici etico-morali[187] e interrogarsi sui limiti dell'intervento statale di protezione dei soggetti vulnerabili.

Il dibattito intorno al rapporto tra multiculturalismo e il femminismo approda, così, nuovamente, al nodo teorico centrale. Da un lato, vi è chi ritiene offensivo mettere in discussione la capacità delle donne di scegliere liberamente, accusando simili critiche di paternalismo; dall'altro lato, emerge l'avvertimento che una difesa acritica del multiculturalismo possa celare forme di oppressione mascherate, situazioni in cui il diritto all'autodeterminazione viene affermato solo formalmente, ma risulta in concreto negato, specialmente nei confronti di donne che non dispongono degli strumenti culturali o giuridici per autodeterminarsi e difendersi da imposizioni esterne[188].

Pur partendo dall'inammissibilità di paternalismi di sorta in uno Stato laico, di fronte all'affermazione della sovranità dell'individuo[189] nella definizione della propria identità personale rispetto alle ingerenze statali, non mancano voci che ne giustificano una forma attenuata, un paternalismo *soft*[190], in cui limitazioni alla libertà di autodeterminarsi dell'individuo risultano giustificate quando riguardano scelte pericolose che non sono realmente espressione della libera autodeterminazione del soggetto[191].

---

[187] B. SCHÜNEMANN, *Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus: eine Sisyphus-Arbeit*?, in A. VON HIRSCH, U. NEUMANN, K. SEELMANN (a cura di), *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, Baden-Baden 2010, pp. 222-228.

[188] Si rimanda, sul punto, al dibattito tra S. M. Okin e W. Kymlika riportato nel capitolo precedente.

[189] J. FEINBERG, *Harm to Self,* cit*.,* pp. 49-51, predilige il termine sovranità, scegliendo consapevolmente un concetto dal significato particolarmente forte: la sovranità è infatti irrevocabile, indivisibile e totale, in quanto «*ultimate source of authority*». Così come una nazione è considerata "naturalmente" sovrana sul proprio territorio, anche la persona può essere intesa come "naturalmente" sovrana su se stessa. All'identità collettiva pre-politica delle nazioni, fondata su lingua, storia e valori condivisi, fa da pendant un'identità personale pre-giuridica, composta da memorie, valori e preferenze individuali: la differenza rilevante risiede proprio nel fatto che, mentre le nazioni sono costituite da persone dotate di una propria sovranità, le "parti" che compongono la persona non sono esse stesse persone, bensì desideri, valori e scopi.

[190] J. FEINBERG, *Harm to self,* cit., p. 26, pp. 98-99, sostenendo la *reasonableness of apparently paternalistic restrictions,* ritenendola, peraltro, perfettamente compatibile con il c.d. anti-paternalismo.

[191] *Ivi*, pp. 111-113, per stabilire se una scelta, pur apparendo irrazionale, possa dirsi effettivamente volontaria, l'A. ritiene necessario collocarla nel contesto più ampio della vita dell'agente. Occorre dunque considerare le sue inclinazioni pregresse, i desideri coltivati nel tempo e la sua "economia interna di fini",

Il principio *volenti non fit iniuria* assume sul punto un ruolo decisivo: i comportamenti cui una persona presta consenso possono danneggiarla, ma non per questo configurano un'*iniuria*. L'intervento statale risulta, così, legittimo solo ove l'autoinflizione di danni sia involontaria o quando sia necessario accertare la volontarietà della scelta.

Il quadro si complica quando si considerano le scelte culturali, come l'adesione di una donna a una cultura misogina o patriarcale: non si tratta infatti di azioni immediatamente riconoscibili come irragionevoli o involontarie[192], in quanto l'adesione culturale rappresenta spesso una dimensione profondamente intrecciata con identità, educazione e convinzioni personali, una scelta, dunque, che non può essere automaticamente qualificata come "non volontaria".

È in tali circostanze, come si è evidenziato, che esiste il rischio che l'intervento statale sia influenzato da pregiudizi o da una prospettiva esterna che finisce per non rispettare l'autonomia dell'individuo, trasformando la "preoccupazione" pubblica in una forma di paternalismo mascherato da tutela, specialmente quando si fonda su stereotipi culturali.

Tuttavia, quando la cultura produce effettive situazioni di oppressione (matrimoni forzati, violenze domestiche) l'intervento dello Stato è giustificato al fine di proteggere diritti fondamentali e prevenire abusi[193]. Nel nostro ordinamento, tale impostazione incontra lo "sguardo solidarista" della Costituzione, che impone allo Stato

---

intesa come l'insieme delle aspirazioni e delle priorità personali. La volontarietà, infatti, non presuppone che ogni azione sia pienamente razionale: è possibile compiere scelte volontarie anche in presenza di contraddizioni o di comportamenti solo parzialmente razionali. Essa viene meno, tuttavia, quando si entra nel campo dell'irrazionalità in senso clinico, cioè nello squilibrio mentale. Una persona gravemente compromessa sul piano psichico, definita appunto "irrazionale", è verosimilmente incapace di comprendere adeguatamente il significato delle proprie azioni e, di conseguenza, di scegliere in modo autentico. Vi sono poi situazioni in cui la vita pone l'individuo di fronte esclusivamente a opzioni sgradite, costringendolo (con un certo margine di volontarietà) a scegliere il male minore. In tali casi, risulta problematico affermare, in termini netti, che si sia scelto volontariamente un male, soprattutto quando lo spazio delle possibilità era fortemente limitato fin dall'origine. Infatti, anche in queste circostanze la scelta può essere compiuta in modo più o meno consapevole, più o meno sereno, e in condizioni di informazione eterogenee. La decisione assunta, seppur condizionata, può dunque conservare un carattere di volontarietà nella misura consentita dalle circostanze. Si pensi, ad esempio, alla situazione di una donna musulmana che sappia con certezza di andare incontro al ripudio familiare qualora rifiuti di conformarsi a determinate pratiche rituali: la sua decisione, sebbene fortemente condizionata, può essere considerata, almeno in parte, volontaria.

[192] *Ivi,* pp. 124-127, benché si stiano considerando, nella presente trattazione, ipotesi ben diverse dagli esempi riportati da Feinberg, quali condire uova con arsenico, attraversare ponti pericolanti o nuotare in acque inquinate.

[193] In questo caso, nella prospettiva di Feinberg, si tratterebbe di un'applicazione coerente della dottrina liberale, che soltanto in apparenza assume tratti paternalistici.

sociale di predisporre interventi idonei ad assicurare a ciascuno la possibilità di esercitare realmente i propri diritti[194], rimuovendo qualsiasi ostacolo che limiti l'autonomia individuale[195]. Ciò comporta, da un lato, favorire l'emancipazione femminile e lo sviluppo di una visione critica nei confronti delle dinamiche culturali discriminanti, dall'altro, promuovere l'integrazione anche di quelle subculture che non condividono i principi prevalenti nella società maggioritaria. Poiché non tutte le persone si trovano nella medesima condizione di esercizio della propria autodeterminazione, il compito dello Stato è proprio quello di consentire a ciascuno di autodeterminarsi liberamente, eliminando gli ostacoli che costringono gli individui entro orizzonti decisionali circoscritti dalla volontà altrui[196]. Il rischio, altrimenti, è che il paternalismo si travesta da tutela dei beni giuridici, esercitando in realtà una forma di dominio culturale mascherato da universalismo giuridico. Una reale considerazione del fattore culturale non può tradursi nella sua esclusione aprioristica.

È quanto ha affermato anche la Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con la sentenza *S.A.S. c. Francia*[197], ritenendo che il divieto francese di occultare il volto negli spazi pubblici non costituisca una violazione della Convenzione, anche quando tale divieto incida sulla condotta di una donna che indossi un velo rituale islamico.

Il ragionamento della Corte si articola su due piani: da un lato, la tutela della sicurezza pubblica[198]; dall'altro, la salvaguardia di un "nucleo minimo di valori" propri di una società democratica e aperta[199], quali il principio di uguaglianza tra uomini e donne, il rispetto della dignità umana e le esigenze di convivenza sociale riassunte nel concetto francese di *vivre ensemble*[200].

---

[194] A. CAVALIERE, *Introduzione ad uno studio sul paternalismo in diritto penale,* cit., pp. 13-17; B. SCHÜNEMANN, *Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus,* cit., pp. 236-239.
[195] Sul punto anche A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale,* cit., pp. 106-107.
[196] S. CANESTRARI, F. FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale,* cit., p. 185.
[197] Corte EDU, Grande Camera, 1 luglio 2014, *S.A.S. c. Francia* (ric. n. 43835/11), Per una ricostruzione della vicenda, si rimanda a, A. VALENTINO, *La sentenza sul caso S. A. S. c. Francia della Corte Europea dei diritti dell'uomo,* cit.
[198] B. FATEH-MOGHADAM, *Religiös-weltanschauliche Neutralität und Geschlechterordnung,* cit., pp. 20.21, parla di "*die muslimische Frau als Bedrohung*", la donna musulmana come minaccia, sottolineando come presumere che una donna interamente coperta, in uno spazio pubblico, sia un pericolo per la sicurezza rappresenti un'anticipazione della tutela penale, illiberale, sottoforma di reato di pericolo (presunto).
[199] Corte EDU, Grande Camera, 1 luglio 2014 (ric. n. 43835/11), par. 114.
[200] Il "vivere insieme" non individua un vero e proprio bene giuridico, anzi comporta il rischio di legittimare la sanzione di qualsiasi deviazione rispetto alle norme di decoro prevalenti; in questi termini,

In questa sede, la Corte prende le distanze dalla giurisprudenza più risalente[201] e afferma che principio di parità non può essere invocato per vietare una pratica religiosa liberamente scelta da donne che non si percepiscono come oppresse, «*unless it were to be understood that individuals could be protected on that basis from the exercise of their own fundamental rights and freedoms*»[202]. La ricorrente, a sua volta, aveva chiarito non solo di non subire alcuna costrizione, ma anche di scegliere «*depending in particular on her spiritual feelings*» quando indossare il *niqab*, rivendicando la possibilità di farlo anche in luoghi pubblici.

La Corte richiama inoltre il punto di vista dell'allora Commissario per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa, secondo cui il divieto di *burqa* e *niqab* non libera le donne oppresse, ma rischia, al contrario, di aumentarne l'emarginazione sociale. Non vi è prova che chi indossa tali abiti sia "più vittima" di oppressione e discriminazione di genere rispetto ad altre donne. Le motivazioni che spingono a spostare tale scelta religiosa sono molteplici e, sebbene possano esistere situazioni di pressione indebita, un divieto non risulta necessariamente efficace né accettabile da chi lo subisce. Il problema dello *status* delle donne in alcune comunità religiose è indiscutibilmente serio, ma colpire i presunti "sintomi", come l'abbigliamento, non rappresenta la soluzione[203]. Anzi, se si giustifica la normativa come strumento di contrasto a una supposta oppressione delle donne nell'Islam, si finisce per perseguire un fine meramente simbolico, che ricade proprio su donne che non si percepiscono come vittime: la loro

---

C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht,* cit.*,* § 2 Rn. 42f, che evidenzia, a proposito della pronuncia in esame, come l'individuazione del bene giuridici oggetto di tutela incida sensibilmente sull'onere argomentativo necessario per giustificare la sanzione.

[201] Il riferimento è alla pronuncia *Leyla Şahin c. Turchia* (Corte EDU Grande Camera, 10 novembre 2005, ric. n. 44774/98), nella quale la ricorrente si era, peraltro, convertita all'Islam in età adulta, in una fase di piena maturità personale, e non in ragione della tradizione religiosa del contesto familiare di appartenenza.

[202] Corte EDU, Grande Camera, 1 luglio 2014 (ric. n. 43835/11), par. 119.

[203] Da ciò a sancire l'illegittimità delle norme che vietano a priori l'uso del velo negli spazi pubblici, il passo non è tuttavia immediato. Da ultimo, infatti, la Corte di Strasburgo, nella sentenza *Mikyas e altri c. Belgio* del 16 maggio 2024 (ric. n. 50681/20), relativa al divieto di indossare il velo negli istituti scolastici pubblici della comunità fiamminga, pur riconoscendo l'esistenza di un'ingerenza nel diritto degli alunni e dei loro genitori di manifestare liberamente e pubblicamente la propria fede religiosa, non ne ha dichiarato l'illegittimità. La Corte ha, invece, ritenuto tale ingerenza giustificata in nome del principio di neutralità religiosa, inteso come garanzia del pluralismo tutelato dalla CEDU, riconoscendo altresì come scopo legittimo la protezione degli alunni da ogni forma di pressione o proselitismo, al fine di evitare che la manifestazione di una religione o di un credo "si trasformi in fonte di tensione sociale e di esclusione", in F. ALICINO, *La libertà religiosa e il divieto di indossare simboli confessionali visibili negli istituti di istruzione obbligatoria*, in *DPCE Online*, 65(3)/2024, pp. 2145-2154.

scelta spirituale viene, infatti, reinterpretata attraverso codici estetici e culturali della maggioranza[204].

Considerare non libera la scelta del velo anche in assenza di costrizione introduce nel diritto penale una forma di paternalismo, in cui le donne, considerate gruppo "bisognoso di protezione", verrebbero educate all'autonomia mediante coercizione statale. Generalizzare significa ignorare che il concetto di cultura deve essere compreso in senso individualizzante[205]; e che la pretesa statale di regolamentare la manifestazione della libertà religiosa in nome dell'uguaglianza di genere non regge né dal punto di vista della logica costituzionale né alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza internazionale.

Sembra dunque che non solo il velo di Maya nasconda la verità delle cose, ma anche quello di una donna musulmana: talvolta presunta vittima del patriarcato, talaltra vittima certa di un paternalismo distratto, che proietta su un oggetto religioso i significati che il suo stesso sguardo vi costruisce[206].

Anche tale argomento, dunque, si somma ai precedenti: il semplice coinvolgimento di valori costituzionali non è sufficiente per legittimare l'intervento penale, che richiede una valutazione complessiva che coinvolga tutte le garanzie costituzionali, incluse le declinazioni del principio di legalità e del principio di sussidiarietà. Non basta rintracciare nella Costituzione una norma che autorizzi l'intervento: occorre verificare che siano rispettati i limiti rigorosi posti dallo Stato di diritto, anche alla luce del sacrificio imposto dalla sanzione penale, che incide sul diritto fondamentale alla libertà personale dell'imputato.

5. Quale neutralità per il diritto penale in uno stato pluralista?

---

[204] O. DI GIOVINE, *Multiculturalismo e violenza contro le donne*, cit., p. 128, propone un'efficace riprova argomentativa, suggerendo che, per svelare come anche il punto di vista dell'ordinamento italiano sia pur sempre un punto di vista, espressione di valori e dinamiche proprie della nostra cultura giuridica, «potrebbe essere utile ragionare a termini invertiti, e riportare alla mente la reazione di ripulsa che proviamo leggendo sentenze straniere che invocavano «difese culturali» a favore di italiani».

[205] T. HÖRNLE, *Hijab, Niqab, Burka. Die Probleme mit sittsamer Bekleidung,* in *Leviathan* vol. 45, n.1/2017, pp. 8-20.

[206] Sull'utilizzo di simboli religiosi o culturali come terreno su cui spostare il conflitto culturale, I. RUGGIU, *Il giudice antropologo,* cit*.,* pp. 158-164. Con specifico riferimento al velo, l'A. sottolinea l'ineffettività del ricorso alla sineddoche che assume il velo quale espressione unitaria della cultura di genere islamica. Tale impostazione può infatti facilmente condurre a ritenere che la lotta contro il velo equivalga alla lotta contro i ruoli di genere nell'Islam, considerati come la sua causa.

Posta l'intersezione tra politica criminale e diritto penale, dunque, quale spazio residua alla neutralità dell'ordinamento rispetto alle diverse vie di individuazione del bene tutelabile? Se, da un lato, è inevitabile che il diritto penale "assorba" il conflitto sociale, dall'altro esso non può elaborarlo in modo immediato e privo di filtri, limitandosi semplicemente a recepire e reprimere quanto viene individuato a livello sociale. Hassemer parla di *Formalisierung der Konfliktverarbeitung*, di formalizzazione del conflitto[207], distinguendo l'intervento penale da qualsiasi altra forma di reazione finalizzata alla risoluzione di tali conflitti.

La risposta penale è, infatti, vincolata a principi sostanziali quali quello di eguaglianza di trattamento, di colpevolezza, di proporzionalità della pena e di necessità della reazione penale, sintetizzati nel *in dubio pro libertate*. Il riconoscimento di tali principi come condizioni di una politica garantista del bene giuridico consente di conseguire un duplice risultato: il sistema penale si dota, da un lato, di un piano di discussione dell'opportunità stessa di una reazione alla delinquenza, dall'altro, di un piano sul quale anche le reazioni ritenute opportune vengono sottoposte a riesame alla luce della loro conformità a valori giuridici superiori, primo tra tutti il principio di proporzionalità.

Non può, dunque, più dirsi sufficiente selezionare e giustificare i beni giuridici esclusivamente sulla base di principi astratti e ideali, come se si trattasse di un esercizio di logica interna ad un sistema avulso dalla realtà sociale[208]. Per tale ragione, non sembra fuorviante affermare che la teoria sociologica[209] debba essere integrata con quella costituzionale, in un'ottica di riduzione della criminalizzazione[210]: in questo modo, gli oggetti della tutela emergeranno dal confronto tra tali principi e la realtà sociale cui essi si applicano, consentendo sia un adeguamento del sistema alle nuove emergenze sociali senza cedere a un punitivismo irrazionale, sia la salvaguardia del

[207] W. HASSEMER, *Theorie und soziologie des Verbrechens,* cit., pp. 192 ss.
[208] *Ivi*, pp. 204-205, l'A. concepisce la teoria del reato come un ordine che contiene principi, obiettivi, presupposti e limiti della cultura penalistica; e in tali principi vengono inclusi anche la *Menschenwürde* (la dignità umana) e i *Werte des abendländischen Kulturkreises* (i valori della cultura occidentale), valori certamente condivisi e che, anche alla luce della funzione di prevenzione generale positiva, vanno senz'altro presi in considerazione, ma che, se disancorati dal complessivo sistema delle garanzie, risultano idonei a produrre fenomeni di ipertrofia penale, giustificando pressoché qualsiasi intervento legislativo.
[209] Sposa una concezione integratrice, E. CONTIERI, *Dialettica del bene giuridico,* cit*.,* pp. 75-76.
[210] A. CADOPPI, *"Too much criminal law". Per una drastica riduzione della criminalizzazione*, in *Discrimen,* 21 Dicembre 2022, p. 3, sul passaggio dal "diritto penale minimo" al modello del "diritto penale massimo": «capovolgendo le coordinate teoriche di riferimento», il diritto penale diventa la prima risposta alle domande di tutela.

diritto penale dal rischio di divenire strumento di ideologie di parte, quali, ad esempio, quelle femministe che rivendicano una tutela differenziata.

5.1. La neutralità dei valori nella funzione general-preventiva positiva della pena

Un'ultima precisazione appare opportuna. Poiché la prevenzione generale positiva rientra tra gli scopi riconosciuti del diritto penale, è naturale che le norme penali non si limitino a prevenire e reprimere singoli reati concreti, ma incidano anche sulla coscienza giuridica generale, rafforzando nella collettività il rispetto per determinati valori[211]. Il problema emerge nel momento in cui questi ultimi non risultino universalmente riconosciuti nella forma in cui vengono assunti dal legislatore: è in questa frattura che si produce il cortocircuito giuridico.

Ad avviso di chi scrive, si tratta di una questione attinente principalmente all'effettività dell'intervento penale, più che alla tenuta dell'impianto costituzionale su cui esso si fonda[212]. Non può infatti ritenersi che l'uguaglianza di genere costituisca un bene di nuova emersione, tuttavia, la progressiva e sempre più incisiva affermazione di tale valore negli ultimi anni ha determinato un risveglio delle coscienze che non può dirsi abbia coinvolto l'intera comunità sociale, stante la persistente resistenza patriarcale e sessista di numerose strutture sociali e culturali[213].

Proprio al fine di porre un argine ai fenomeni di iper-criminalizzazione, negando al diritto penale una impropria "funzione promozionale"[214], la dottrina più attenta al recupero del principio di *extrema ratio* ha elaborato la teoria culturale costituzionale. Tale teoria prende le mosse dalla dottrina delle *Kulturnormen* di Max Ernst Mayer, fondata sull'assunto secondo cui le norme giuridiche non si rivolgono direttamente ai

[211] C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht,* cit*.,* § 2 Rn. 38-39.
[212] F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale. Parte generale*, Milano 2023, p. 201, sulla funzione propulsiva del diritto penale in relazione a beni non ancora avvertiti come tali dai consociati, si precisa che, se da un lato «la non attualità nella coscienza sociale del valore costituzionale da conseguire non esclude l'attualità dell'interesse costituzionale al suo conseguimento e quindi dell'offesa del medesimo», dall'altro il diritto penale non è lo strumento più idoneo a tutelare questo tipo di situazioni.
[213] È di F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela,* cit*.,* p. 1506, l'efficace immagine della "vetrinetta della Costituzione" in cui sono adagiati i valori che possono essere assunti a bene giuridico: la rilevanza costituzionale ha però un carattere dinamico, è necessario che il bene di nuova emersione sia dotato di un sufficiente grado di determinatezza, al fine di poterne valutare l'eventuale collocazione all'interno di tale vetrinetta.
[214] A. CADOPPI, *Il "reato penale" Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli 2022, pp. 164-181; ID. *"Too Much Criminal Law",* cit*.,* pp. 9-11; già in ID., *Il reato omissivo proprio. Vol. I: Profili introduttivi e politicocriminali* e *Vol. II: Profili dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, Padova 1988; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico,* cit., pp. 67 ss., sulla inutilità, sotto il profilo critico e dommatico, del concetto "culturale" di bene giuridico.

consociati, bensì ai tecnici chiamati ad applicarle (in primo luogo i giudici)[215]. In tale ricostruzione è centrale l'osservazione per cui i consociati, pur non conoscendo la legge in senso tecnico, conoscono il contenuto dei divieti in ragione della tradizione culturale trasmessa dalla famiglia o dall'istruzione scolastica[216]. È proprio in forza di questa coincidenza tra il contenuto delle *Kulturnormen* e quello delle vincolanti *Rechtsnormen*, cui si ricollegano conseguenze giuridiche, che può giustificarsi la presunzione di conoscenza della legge da parte dei consociati.

In tale prospettiva, viene definita "forza normativa secondaria" quella esercitata dalle norme giuridiche nei confronti dei consociati, i quali osservano la legge non tanto per il suo carattere autoritativo, quanto per soddisfare le esigenze cui essa risponde, ossia la protezione di interessi conformi ai valori culturalmente diffusi, tanto nella dimensione individuale quanto in quella collettiva[217].

In tale ricostruzione di partenza, dunque, al diritto viene riconosciuta una funzione promozionale, che tuttavia deve sempre trovare il proprio riscontro ultimo nella cultura sociale: non si esclude che nuove prescrizioni possano "nascere" nella legge ed essere conosciute a partire da essa, ma la loro effettiva durata nel tempo dipenderà esclusivamente dal modo e dalla misura in cui verranno recepite dalla cultura dominante; specularmente, laddove si realizzi un contrasto persistente tra legge e cultura, le norme dovranno essere espunte dall'ordinamento[218].

Questo impianto teorico produce rilevanti ricadute anche sull'individuazione dell'oggetto della tutela penale. Se le leggi sono rivolte primariamente agli operatori del diritto, non possono essere violate, in senso proprio, dai consociati; anzi, per Mayer, la lesione della salute, dell'integrità fisica o di altri interessi non costituisce una violazione del diritto in sé, bensì l'occasione per attivarlo, per esercitarlo, dal momento che il

---

[215] M.E. MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Berslau 1908, pp. 30-36, per l'A. la legge assume un duplice compito: da un lato, di limite al potere statale, in quanto solo i destinatari delle leggi, i giudici, possono violarla, applicandola oltre i limiti in essa fissati; e dall'altro di realizzazione della volontà del potere statale incarnato dal legislatore.

[216] *Ivi*, pp. 6-12, qualifica la *fîctio* della conoscenza della legge mediante la sua pubblicazione come una "mostruosa supposizione" (*ungeheuerliche Annahme*). Sugli effetti che tale ricostruzione produce sul ruolo svolto dalla coscienza dell'offesa nell'imputazione del fatto si avrà modo di soffermarsi più diffusamente nel prosieguo della trattazione.

[217] *Ivi*, pp. 40-41.

[218] *Ivi*, pp. 21-29, sotto questo profilo, l'A. distingue la legge intesa come disposizione normativa dalla legge intesa come attività: è quest'ultima, vale a dire la tradizione giuridica nella sua concreta applicazione, a consentire che elementi inizialmente estranei a una determinata cultura possano progressivamente diventarne parte.

diritto è concepito come il potere del soggetto di rendere efficaci e operative le norme poste a tutela dei propri interessi[219]. La vita e il corpo rappresentano, dunque, l'oggetto materiale dell'aggressione, ma non quello della tutela: quest'ultima interviene solo quando tali elementi siano connotati da uno specifico valore giuridico.

Tutto ciò che, per l'ordinamento, assume valore è un bene giuridico, ed è questo (e non l'interesse in sé considerato) a essere oggetto di tutela, cui si ricollegano specifiche conseguenze giuridiche[220]. Ne consegue che tale concezione del bene giuridico quale interesse protetto non fornisce, per sé presa, criteri di selezione dello stesso, al di fuori dell'indicazione della dimensione in cui tale selezione deve avvenire, ossia quella dei valori consolidati nella cultura sociale.

Anche per la dottrina contemporanea il diritto penale, nel rispetto del principio di legalità, non può prescindere da un confronto con le *Kulturnormen*, in una dinamica di dialogo tra dimensione giuridica e dimensione sociale che consenta, da un lato, di snellire l'impianto penalistico, riducendo l'intervento del potere punitivo[221], e, dall'altro, di rafforzare la fiducia dei consociati in un ordinamento nel quale essi possano riconoscersi. Il tutto senza sacrificare le garanzie sostanziali e processuali e orientando la pena verso finalità risocializzanti.

In tale prospettiva, si propone una strategia integrata da ulteriori teorie e principi, tra cui quella del diritto penale minimo[222] e quello di offensività, che sarebbero già di per sé sufficienti a giustificare, in riferimento alla violenza di genere, un restringimento della tutela penale, senza la necessità di ricorrere a un riferimento alla cultura sociale, che proprio su questo terreno, anzi, potrebbe risultare particolarmente fuorviante.

Infatti, di fronte a un fenomeno, quale la violenza di genere, sottostimato da una parte della popolazione e fonte di indignazione e preoccupazione per un'altra, nonché concepito in termini differenti dalle minoranze culturali e persino disconosciuto da alcuni gruppi sociali, come potrebbe assestarsi in modo pacifico una coscienza sociale

[219] *Ivi*, p. 51, la norma giuridica si configura così come riconoscimento del valore degli interessi di cui i consociati sono portatori e assume una funzione di garanzia e di tutela, in quanto, ove tali interessi vengano lesi, lo Stato attiverà il proprio potere per assicurarne la protezione.
[220] *Ivi*, p. 65.
[221] A. CADOPPI, *Il reato penale,* cit.*,* pp. 133 ss.
[222] Si rimanda a A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo*, cit., pp. 442 ss.

condivisa? Non è forse rischioso, in un simile ambito, sostenere che ciò che deve essere oggetto di critica «non è un impiego anche simbolico del diritto penale, (…) ma l'uso esclusivamente simbolico della pena»[223]? L'Autore estende tale impostazione anche al disvalore dell'azione, ritenendo opportuno adottare una prospettiva culturalmente sensibile già in sede di tipizzazione delle modalità aggressive del bene giuridico[224].

A chi obietta che un simile ascolto della coscienza popolare rischierebbe di scivolare nel populismo, degradando il ruolo delle istituzioni democratiche a meri amplificatori della "pancia" del Paese, si risponde richiamando l'irrinunciabilità del vincolo di compatibilità con la Costituzione, come presidio primo ad una strumentalizzazione del diritto penale e del rispetto del procedimento democratico[225].

Resta, tuttavia, il problema, particolarmente evidente in una società multiculturale e frammentata, soprattutto sui temi di genere, della individuazione di una base comune sulla quale edificare tale impianto. Alla luce della ricostruzione in esame, la composizione del conflitto multiculturale e la garanzia dell'ascolto delle istanze delle minoranze spettano, appunto, al legislatore democratico, il quale deve farsi carico della disomogeneità dei valori culturali contemporanei. Ne deriva che, quanto meno è solido il consenso sociale attorno a determinati valori, tanto meno lo Stato dovrebbe ricorrere al diritto penale per imporli, perseguendo una auspicabile «congrua riduzione del 'penale'»[226].

L'intento appare dunque senz'altro condivisibile, in quanto volto a contenere i fenomeni di *overcriminalisation*: finché esso si riferisce a valori effettivamente condivisi, si colloca peraltro in una linea di riflessione già tracciata dalla teoria costituzionale del bene giuridico.

Nel dibattito si inseriscono anche le osservazioni di chi accosta tale ricostruzione alla prospettiva del minimo etico di Manzini (e, in Germania, già di Jellinek)[227], riconducendole alle teorie della "coincidenza" tra *Kulturnormen* e

---

[223] A. CADOPPI, *"Too much criminal law",* cit., p. 31.
[224] A. CADOPPI, *Il reato penale,* cit., pp. 170-171.
[225] *Ivi*, pp. 174-175; pp. 281-289, in cui si prospetta l'introduzione di una maggioranza qualificata per l'approvazione delle leggi penali.
[226] *Ivi*, p. 180; analogamente anche D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* n. 1/2006, pp. 65 ss.
[227] V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano vol. 1*, Torino 1950, pp. 34-37, pur riconoscendo nel diritto «un efficace mezzo moralizzatore», si avvede che «la politica penale esageri talvolta siffatta virtù,

Rechtsnormen[228], una coincidenza che risulta smentita dallo stesso Mayer[229]. Si sottolinea, infatti, l'insostenibilità di una sovrapposizione assoluta tra le due categorie di norme, sostenendo che solo una parte del sistema penale risulta effettivamente permeabile al fattore culturale[230].

Per quanto attiene, invece, al ruolo della cultura nella funzione della pena, la rispondenza culturale dell'intervento penale emerge soprattutto sotto il profilo dell'efficacia della sanzione. La pena, infatti, non può assolvere ad alcuna funzione di prevenzione generale positiva se non risulta giustificata agli occhi dei consociati[231]. Sotto tale profilo, essa non può svolgere una funzione di orientamento delle condotte se

---

come quando pretende di incriminare fatti che eccedono non solo la moralità minima, ma altresì la media; dimenticando in tal modo che il precetto e la sanzione non possono supplire alla naturale evoluzione del costume»; nello specifico, F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pp. 107-112, legge il minimo etico come una variante della teoria della coincidenza tra diritto e morale, configurabile come una sorta di versione "aggravata" di quest'ultima, per via dello specifico riferimento a determinate norme culturali, cioè quelle morali; E. R. ZAFFARONI, A. SLOKAR, A. ALAGIA, *Derecho Penal,* cit., pp. 61-62, si analizza la versione eticizzante della prevenzione generale positiva, nella quale il diritto penale viene concepito come strumento volto a rafforzare valori etico-sociali elementari, cioè quei valori minimi che orientano l'agire conforme al diritto. L'idea per cui il compito del diritto penale consista nella protezione dei beni giuridici «*mediante la protección de valores de acción socioéticamente elementales»* richiama in modo trasparente la nozione di minimo etico, necessario alla convivenza sociale e idoneo a giustificare un trattamento sanzionatorio tanto più grave quanto più elementare e universalmente condiviso sia il bene giuridico offeso.

[228] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 97. Di contro, Cadoppi, nel suo scritto di più recente pubblicazione (*Il reato penale,* cit., pp. 177-179), ha avuto modo di controbattere alla tesi di Basile, in una nota in cui precisa di non aver mai sostenuto una piena e assoluta coincidenza tra cultura e diritto. Egli chiarisce, piuttosto, di aver valorizzato il riscontro culturale quale elemento negativo delle scelte di criminalizzazione, al fine di porre un freno all'ipertrofia penale; ciò nondimeno, non rinnega la validità della teoria dei c.d. "cerchi concentrici". Basile, infatti, richiama in conclusione un'affermazione di Giorgio Marinucci ed Emilio Dolcini (*Corso di diritto penale*, Milano 2001, p. 418), secondo cui la separazione tra diritto e morale comporta, quale diretta conseguenza, l'esclusione di comportamenti moralmente riprovevoli dal catalogo delle ipotesi di reato, nonché l'esistenza condotte che, pur essendo penalmente rilevanti, risultano moralmente indifferenti, o tali da incidere solo marginalmente sull'etica sociale, se non addirittura in contrasto con l'etica socialmente condivisa (analogamente, D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano 1976, p. 137). Ebbene, per Cadoppi questi casi di non coincidenza dei reati con le *Kulturnormen* non sono sufficienti a mettere in discussione la sua conclusione, secondo cui «ogni reato dovrebbe essere spalleggiato da una *Kulturnorm*, anche se (…) non è sufficiente che un fatto sia contrario alle *Kulturnormen* per essere elevato a reato». In particolare, egli ritiene che gli esempi addotti dicano ben poco circa la validità del raffronto tra norme penali e norme culturali, poiché la sua teoria, al pari di quella di Mayer, è costruita *de iure condendo*, ossia sul piano della legittimazione del diritto penale. Come precisa lo stesso Autore: «sappiamo tutti che de iure condito esistono molte norme del diritto penale cui non corrisponde un riconoscimento nelle *Kulturnormen*; ma proprio per questo, se si concorda con tale impostazione teorica, è nostro compito criticarle e auspicarne la rimozione dal novero dei reati».

[229] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pp. 103-107.

[230] *Ivi*, pp. 130 ss. l'A. sostiene la teoria del rapporto di implicazione tra le due categorie di norme, rappresentandole come due cerchi che si intersecano solo in alcuni punti. Tali punti di contatto sono, da un lato, gli elementi normativi della fattispecie, che consentono alle norme culturali di concorrere all'integrazione del significato della norma penale; dall'altro, vere e proprie incriminazioni, figlie del tempo in cui sono state introdotte, le quali riflettono un determinato assetto valoriale, come nel caso dell'adulterio, del concubinato, del matrimonio riparatore e ipotesi simili.

[231] Sulla sostenibilità morale del diritto penale, D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale,* cit., pp. 56 – 60.

risulta completamente avulsa dalla "riconoscibilità"[232] della norma penale da parte dei destinatari, ma, al contempo, non può neppure prescindere da un criterio di ragionevolezza che il solo riferimento al contesto culturale non è in grado di garantire.

Analogamente, non può essere concepita alcuna effettiva funzione rieducativa della pena in assenza di valori condivisibili cui orientarla e ai quali il soggetto condannato possa mostrarsi disponibile ad aderire: il trattamento risocializzante è infatti privo di reali possibilità di successo senza la libera adesione del destinatario della sanzione[233].

Questo dialogo tra diritto e cultura, pur necessario sul piano dell'efficacia, richiede tuttavia un solido ancoraggio alla Costituzione, l'unica lente in grado di filtrare le istanze culturali compatibili con i valori fondamentali dell'ordinamento[234].

Un diritto penale laico, imposto dalla netta separazione tra diritto e morale, non è, infatti, necessariamente un diritto neutrale; al contrario, la sua non neutralità discende inevitabilmente dalle interrelazioni tra diritto penale e politica criminale, alla luce dei principi costituzionali. D'altro canto, la laicità, in sé considerata, rischia di ridursi a un criterio meramente formale, incapace, da solo, di garantire l'effettivo rispetto dei diritti fondamentali[235]. Parlare di una coincidenza tra norme giuridiche e norme morali evoca quella fusione tra due ambiti del vivere la cui contaminazione ha storicamente condotto a un allontanamento dallo Stato di diritto[236], legittimando l'intervento penale sulla base di morali diffuse o dominanti, mutevoli nel tempo e nello spazio e, proprio per questo, potenzialmente idonee a minare le garanzie proprie dello Stato di diritto.

---

[232] S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore,* cit., p. 99, riconosce il valore della "intuizione neokantiana" di Mayer alla luce della prevenzione generale positiva, purché non sfoci in intimidazione negativa e trattamenti disumani incostituzionali, che facciano del condannato un mero capro espiatorio; F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit*.,* pp. 121-123.

[233] S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore,* cit*.,* p. 105; F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pp. 124- 125; A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale,* cit*.,* p.100, sottolinea come l'adozione di un modello assimilazionista esponga gli scopi di prevenzione generale positiva della pena al rischio di derive autoritarie, in quanto orientabili esclusivamente all'affermazione delle ideologie della maggioranza; al contempo, sotto il profilo della prevenzione speciale positiva, tale modello porrebbe limiti significativi all'individualizzazione del trattamento risocializzante, poiché non terrebbe adeguatamente conto dell'identità culturale del soggetto condannato.

[234] G. FIANDACA, *Problemi e prospettive attuali di una nuova codificazione penale*, in *Foro it.* vol. 117, 1994, pp. 7-8, scettico sulla sufficienza del mero riferimento alla Costituzione ai fini dell'individuazione dei valori oggetto di tutela penale.

[235] S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio,* cit*.,* pp. 48-49.

[236] È quanto afferma M.E. MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen,* cit*.,* p. 22, quando evidenzia che al mutare della cultura, al venir meno della rispondenza tra diritto e cultura, proprio il diritto deve cambiare.

Affermare, invece, la necessità di un riscontro nei valori condivisi dalla società richiede un riferimento diverso da una indistinta e mutevole "morale comune"[237]: tale riferimento non può che essere la Costituzione, cristallizzata nel suo assetto normativo ma al contempo suscettibile di evoluzione interpretativa.

Pertanto, anche qualora si ragioni in termini di giustificazione dell'intervento coercitivo dal punto di vista dei consociati, il richiamo alla cultura diffusa non deve mai trasformarsi nel perno di legittimazione dell'intervento penale, poiché ciò rischierebbe di condurre a esiti distorsivi, quali derive simboliche prive di reale efficacia[238]. Al contrario, la legittimazione dell'intervento penale risiede nella sua laicità, intesa come tutela delle condizioni che rendono possibile la convivenza tra persone libere ed eguali[239].

6. Conclusioni

Alla luce di quanto esposto, la stessa selezione del bene giuridico si rivela funzionale alla realizzazione del principio di *extrema ratio*. Ne discende la necessità di affermare che il bene giuridico non possa ridursi a un mero criterio ermeneutico affidato al giudice per una lettura costituzionalmente orientata del sistema penale, ma debba prevalentemente costituire un criterio orientativo delle scelte legislative, operante a monte dell'intervento repressivo. La ricostruzione della legittimazione del diritto penale risulta, a sua volta, funzionale ad evitare che esso venga orientato verso scopi meramente sanzionatori, con evidenti ricadute anche sui criteri di selezione dei beni giuridici da tutelare[240]. Da qui la necessità di concepire l'intervento penale come *ultima ratio*, in quanto strumento intrinsecamente più afflittivo e, al contempo, il più distante dalla reale prevenzione dell'offesa.

---

[237] D. PULITANÒ, *L'errore di diritto,* cit*.,* pp. 139-140, precisa come l'affermazione dell'autonomia del diritto rispetto alla morale non debba tradursi in un isolamento del fenomeno giuridico dal contesto sociale in cui esso si inserisce e dal sistema di valori che lo attraversa.

[238] F. PALAZZO, *I confini della tutela penale,* cit*.,* pp. 462-463, parla di rischio di «totalitarismo sociologico», ove si consenta al sistema penale di accogliere indiscriminatamente qualsiasi bene enucleato sul piano socioculturale e promosso da gruppi sociali organizzati, amplificato dal megafono dei mass media.

[239] D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale,* cit*.,* pp. 89 – 94.

[240] A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata,* cit*.,* pp. 144-145; F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela,* cit*.,* p. 1500; C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht,* cit*.,* § 2 Rn. 8-12. Anche G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale,* cit*.,* pp. 77-79; *Sul bene giuridico,* cit*.,* p. 67, individua come corollario del principio *di ultima ratio* non solo la necessità della pena, ma anche la sua meritevolezza, orientata a criteri di matrice costituzionale, in un'ottica volta a valorizzare la frammentarietà dell'intervento penale e la concretezza dell'offesa.

La Costituzione, d'altro canto, funge da rete di salvaguardia dei diritti fondamentali non tanto perché ne assicura una tutela penale, quanto soprattutto perché garantisce che, ove tale tutela venga attivata, essa si svolga nel rispetto delle garanzie costituzionali di dignità della persona, legalità, finalità rieducativa della pena, e non si risolva in una mera rappresaglia nei confronti di un presunto "nemico" dell'ideologia dominante. In questa prospettiva, l'uso simbolico del diritto penale si pone in aperto contrasto con tali principi e deve ritenersi inaccettabile.

Nel rapporto tra la risposta sanzionatoria e la risposta dei consociati al reato, non è mancata autorevole dottrina che ha letto la prima in chiave regolatrice della seconda. In tale assetto di pensiero, la pena cessa di essere soltanto un mezzo di risposta all'offesa, ma ha essa stessa un fine: quello della minimizzazione della reazione violenta al reato. All'ottica della prevenzione del reato se ne affianca un'altra, anch'essa di segno negativo[241], che guarda ad un diverso tipo di male, rappresentato dalla reazione «selvaggia, spontanea e arbitraria»[242], punitiva ma non penale, che, in assenza della pena, potrebbe provenire dalla parte offesa o da forze sociali o istituzionali solidali con essa.

Si sottolineano, in particolare, i limiti della prevenzione generale negativa, alla luce delle complesse ragioni sociali, psicologiche e culturali che ne sono alla base, certamente non neutralizzabili mediante il mero timore incusso dalla sanzione. È dunque proprio il fattore culturale a rappresentare uno dei principali ostacoli alla legittimazione della pena esclusivamente sul versante della prevenzione negativa. L'enfasi posta, invece, sulla minimizzazione delle conseguenze del reato, costituisce l'elemento che distingue il diritto penale da altri sistemi di controllo sociale, pur idonei a perseguire finalità di difesa sociale[243].

In tale prospettiva, il diritto penale non si limita a difendere la società dal crimine, ma si configura come strumento di protezione dei soggetti più deboli: «del

[241] L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione,* cit.*,* p. 280, se è vero che una pena del tutto inefficace non può essere giustificata, non è tuttavia sufficiente che una pena sia efficace per considerarla automaticamente giusta. Per l'A. l'unico confronto sensato è quello tra il danno dei reati evitati grazie alla pena e il danno causato dalla pena stessa; e tale bilanciamento deve a sua volta essere rapportato, da un lato, ai reati più gravi che si produrrebbero in assenza del diritto penale, e, dall'altro, alle pene ben più afflittive che verrebbero inflitte in mancanza del sistema penale. In altri termini, per l'A. un sistema penale può dirsi giustificato solo nella misura in cui risulti funzionale, nonchè effettivamente idoneo, a prevenire mali maggiori.
[242] *Ivi*, pp. 331-332.
[243] *Ivi*, p. 335.

debole offeso o minacciato dal delitto, così come del debole offeso o minacciato dalla vendetta»[244]. Attribuendo al diritto penale il monopolio del potere punitivo, la previsione dei reati e la minaccia della pena proteggono le potenziali vittime, mentre il processo e l'applicazione della sanzione tutelano anche l'imputato da punizioni ingiuste o eccessive.

Dal punto di vista della pena, un diritto penale "di genere" manifesterebbe, in quest'ottica, tutte le insufficienze di una teoria puramente preventivo-negativa all'interno di un sistema penale minimo e garantista. Particolarmente efficace risuona, infatti, l'eco di un altro padre del garantismo moderno, quello del richiamo di Alessandro Baratta alla celebre conclusione di Radbruch: la migliore riforma del diritto penale non consisterebbe nel sostituirlo con un diritto penale migliore, bensì con qualcosa di diverso e migliore; ma ciò potrà avvenire soltanto quando la società stessa sarà sostituita da una società migliore[245].

A ciò si aggiunga, a preludio dell'analisi che seguirà nel prossimo capitolo, che una costruzione della tutela penale imperniata sulla valorizzazione autonoma ed esclusiva del movente discriminatorio di genere rischierebbe di relegare in secondo piano, se non di rendere del tutto irrilevante, il fattore culturale e la sua incidenza sul reato, quantomeno nei termini in cui la tutela penale "genderizzata" è stata sinora configurata nel nostro ordinamento. Il rapporto tra motivo di genere e fattore culturale richiede invece un'analisi più articolata, capace di cogliere le interferenze tra tali dimensioni senza sacrificare la rilevanza dogmatica del dato culturale.

[244] *Ivi*, p. 336.
[245] A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale,* cit., p. 282.

CAPITOLO 3

DALLA VIOLENZA SULLE DONNE ALLA VIOLENZA DI GENERE: EVOLUZIONE E CRITICITÀ DEL QUADRO NORMATIVO

Ai fini della presente analisi, occorre puntualizzare che l'ordinamento italiano manca di una disciplina organica in materia di violenza nei confronti delle donne. A partire, però, dalla l. 2 dicembre 2025, n. 181, può parlarsi propriamente di violenza 'di genere', grazie all'introduzione nell'impianto codicistico della fattispecie di femminicidio di cui all'art. 577-*bis* c.p. e delle c.d. aggravanti di genere. Tuttavia, la tutela continua a presentarsi distribuita tra diverse fattispecie incriminatrici, collocate in corrispondenza dei singoli beni giuridici di volta in volta tutelati, secondo una logica ancora frammentaria, costruita mediante progressive stratificazioni normative.

Pertanto, per mettere a fuoco il riferimento alla violenza di genere, occorre circoscriverla all'interno dell'ordinamento positivo. Se oggi è possibile individuare un insieme di illeciti accomunati da almeno un elemento distintivo riconducibile alla dimensione di genere, non può tuttavia prescindersi dal riferimento alla normativa internazionale, indispensabile per orientarsi nella ricostruzione del percorso che ha condotto all'attuale assetto normativo, del quale è certamente possibile individuare un filo conduttore, pur a fronte delle persistenti criticità e incoerenze sistematiche che ancora lo caratterizzano.

1. La prospettiva sovranazionale: il ruolo del fattore culturale nella tutela della donna vittima

Si ricorda che è, anzitutto, la Convenzione di Istanbul a definire, all'art. 3, lett. a), la violenza nei confronti delle donne quale violazione dei diritti umani e forma di discriminazione, comprensiva di tutti gli atti di violenza fondati sul genere, qualificati in ragione dei danni di natura fisica, sessuale, psicologica o economica che ne derivano. Come specificato dalla successiva lett. d), sono fondati sul genere tutti gli atti diretti contro una donna in quanto tale o che colpiscono le donne in modo sproporzionato: ciò consente di spiegare perché parlare di "violenza di genere" non genera equivoci, pur

senza esplicitare che ci si riferisce al genere femminile. Giova, a tal proposito, ricordare che la stessa Convenzione, alla lett. b) dell'art. 3, definisce la violenza domestica come l'insieme degli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare, ovvero tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dalla coabitazione. Sottolineato il carattere fisico, sessuale, psicologico ed economico delle condotte, la violenza domestica si pone rispetto alla violenza di genere in un rapporto di *species* a *genus*, connotandosi per un ulteriore disvalore, rappresentato dal contesto familiare o affettivo in cui le condotte si realizzano: un ambito di particolare prossimità e fiducia tra autore e vittima, che accentua la gravità delle condotte violente.

La tutela penale si articola, pertanto, principalmente in quattro direttrici: fisica, sessuale, psicologica ed economica, che a loro volta trovano concretizzazione in specifiche ipotesi di parte speciale. La Convenzione, infatti, agli artt. da 33 a 39, prevede una serie di fattispecie che gli Stati firmatari sono chiamati a incriminare[1]: violenza psicologica, atti persecutori, violenza fisica e sessuale, matrimonio forzato, mutilazioni genitali femminili, aborto e sterilizzazione forzata. Ad oggi, nell'ordinamento italiano, tale indicazione trova riscontro negli artt. 612-*bis* c.p. (atti persecutori), 609-*bis* e ss. c.p. (reati sessuali), 558-*bis* c.p. (matrimonio forzato, introdotto a seguito della legge 27 giugno 2013, n. 77, di ratifica della Convenzione), 583-*bis* c.p. (mutilazioni genitali femminili) e 593-*ter* c.p. (pratiche vietate di surrogazione). Non è stata invece introdotta una autonoma fattispecie con riferimento alla violenza psicologica e alla sterilizzazione forzata, sebbene entrambe possano essere ricondotte alle disposizioni già vigenti in materia di offese alla persona. La violenza psicologica, intesa come compromissione dolosa dell'integrità psichica mediante coercizione o minaccia[2], richiama, per ampiezza, lo stato di soggezione proprio del previgente art. 603 c.p., il reato di plagio, dichiarato costituzionalmente illegittimo per il

[1] La formula ricorrente nella Convenzione è: «*Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that (...) is criminalised*», dalla quale vengono fatti discendere obblighi di incriminazione che, tuttavia, difficilmente possono trovare spazio in un ordinamento fondato sul principio di stretta legalità. Diversa è, invece, la formulazione adottata all'articolo 40 in materia di molestie, per le quali non si prevede un obbligo specifico di incriminazione, lasciando aperta la possibilità di ricorrere a *«criminal or other legal sanctions»,* ossia a sanzioni penali o di altra natura, verosimilmente in ragione del minor grado di offensività rispetto alle altre ipotesi di reato considerate.

[2] Nella definizione che ne dà l'articolo 33 della Convenzione: *«the intentional conduct of seriously impairing a person's psychological integrity through coercion or threats».*

contrasto con l'art. 25 Cost.[3]; è verosimile, infatti, che proprio tale contenuto abbia indotto il legislatore a non introdurre una nuova fattispecie, potendo la condotta essere sussunta in reati già esistenti, quali la violenza privata o la minaccia.

Analoga considerazione vale, in parte, per la sterilizzazione forzata, definita all'art. 39, lett. b) della Convenzione come un intervento chirurgico che abbia lo scopo e l'effetto di interrompere definitivamente la capacità riproduttiva di una donna senza il suo preliminare consenso informato o la sua comprensione della procedura praticata, riconducibile, nell'ordinamento penale italiano, alla fattispecie di lesioni personali gravissime *ex* art. 583, comma 2, n. 3, c.p. Particolarmente significativo sul punto, però, è il confronto con la disciplina delle mutilazioni genitali femminili, per le quali, diversamente dalla sterilizzazione, il legislatore ha previsto una fattispecie autonoma (art. 583-*bis* c.p.). Il tema della sterilizzazione non consensuale, inoltre, al pari di ogni condotta attinente alla sfera sessuale (storicamente ambito di politiche di controllo e oppressione della donna[4]) si intreccia profondamente con la dimensione culturale, come emerge anche dall'esperienza sovranazionale.

Emblematico è il caso *V.C. c. Slovacchia*[5]*,* deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. La ricorrente, una donna slovacca di etnia rom, fu sottoposta ad un intervento di sterilizzazione, dal quale le derivarono gravi conseguenze fisiche e psicologiche, senza aver prestato un consenso informato adeguato. Durante il travaglio, infatti, il personale sanitario le prospettò i rischi per la sua vita e per quella del nascituro in termini tali da indurla a firmare il modulo di consenso, senza però che la paziente fosse in grado di comprendere la reale natura e le conseguenze irreversibili dell'intervento. Dalla ricostruzione dei fatti emerge, inoltre, che l'origine rom della paziente fosse annotata nella cartella clinica e che, durante il ricovero presso il reparto di ginecologia e ostetricia dell'ospedale di Prešov, la donna fosse collocata in una stanza riservata esclusivamente a pazienti rom, con limitazioni nell'accesso ai servizi igienici[6]. La Corte ha ritenuto all'unanimità sussistente una violazione sostanziale dell'art. 3 CEDU, relativo al divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti,

[3] Corte cost., 9 aprile 1981, n. 96.
[4] Si veda T. PITCH, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Milano 1998, pp. 19 ss.
[5] Corte EDU, sez. IV, 8 novembre 2011, *V.C. c. Slovacchia* (ric. n. 18968/07).
[6] Punti n. 13-14, 23, il direttore dell'ospedale negò l'esistenza di una segregazione organizzata e delle c.d. *Gypsy rooms*.

nonché dell'art. 8 CEDU, concernente il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Non si è invece pronunciata specificamente sul ricorso *ex* art. 14 CEDU (divieto di discriminazione), ritenendolo assorbito. Il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, a seguito di missioni in Slovacchia, ha osservato che la questione delle sterilizzazioni non riguardava esclusivamente la comunità rom, ma coinvolgeva, in alcune fasi, individui vulnerabili appartenenti a diverse origini etniche[7]. La Corte ha concluso che lo Stato convenuto non aveva adempiuto all'obbligo positivo, ai sensi dell'art. 8 CEDU, di garantire alla ricorrente un livello di protezione adeguato, tale da consentirle, in quanto appartenente a una comunità vulnerabile, di godere effettivamente del diritto al rispetto della vita privata e familiare in relazione alla sterilizzazione[8].

Analoga conclusione è stata raggiunta nella sentenza *I.G. e altri c. Slovacchia*[9], relativa a tre donne sterilizzate durante il parto a loro insaputa, indotte successivamente a sottoscrivere un documento di cui ignoravano il contenuto. Tali vicende evidenziano come la sterilizzazione forzata colpisca determinati soggetti non solo in ragione del genere, ma anche dell'appartenenza etnica: la donna rom risulta infatti esposta a una forma di discriminazione multipla, in cui si intrecciano i fattori del genere e dell'etnia. La Corte, tuttavia, non ha adottato un approccio alle pratiche discriminatorie di tipo intersezionale, preferendo concentrare l'analisi sulla lesione della libertà di autodeterminazione e sulla natura inumana della condotta, senza valorizzare in modo specifico i profili di discriminazione di genere o razziale, pur chiaramente interconnessi. E se, da un lato, è apprezzabile l'attenzione al nucleo essenziale della tutela dei diritti, dall'altro è possibile cogliere, anche alla luce del diritto vivente, la differenza di trattamento tra le pratiche di sterilizzazione forzata, nelle quali appaiono ravvisabili vere proprie prassi istituzionali nei confronti di gruppi vulnerabili, e le mutilazioni genitali femminili, praticate all'interno delle comunità di appartenenza su donne e bambine, oggetto invece di una condanna netta e priva di ambiguità.

1.1. La Direttiva (UE) 2024/1385 del Parlamento europeo e del Consiglio

Per circoscrivere ulteriormente l'area della violenza di genere, riveste particolare interesse la recente Direttiva (UE) 2024/1385 del Parlamento europeo e del Consiglio,

[7] Punto n. 78, specificamente ha sottolineato come la popolazione rom della Slovacchia orientale fosse particolarmente esposta al rischio.
[8] Punti n.176 ss.
[9] Corte EDU, sez. IV, 13 novembre 2012, *I.G. e altri c. Slovacchia* (ric. n. 15966/04).

del 14 maggio 2024, sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica[10]. Sotto il profilo strettamente definitorio, l'art. 2 della Direttiva prende in considerazione esclusivamente la violenza contro le donne e quella domestica[11], riprendendo, nelle linee essenziali, le definizioni della Convenzione di Istanbul, seppure con alcune scelte lessicali che, a giudizio di chi scrive, appaiono meno incisive: il mancato riferimento al carattere discriminatorio sembra, infatti, indebolire la portata dell'espressione «qualsiasi atto di violenza di genere», che risulta così ancorata principalmente alla qualificazione della vittima (donne, ragazze o bambine) senza un'esplicita valorizzazione della dimensione di disuguaglianza che caratterizza la condotta[12]. Diversamente da quanto previsto dall'art. 3 della Convenzione di Istanbul, inoltre, la Direttiva non distingue espressamente tra violenza contro le donne e violenza di genere contro le donne, incorporando tale distinzione all'interno di una definizione unitaria[13].

Sul piano delle coordinate di principio, merita invece particolare attenzione il considerando n. 6, che riconosce espressamente il fenomeno della discriminazione intersezionale, affermando che «la violenza contro le donne e la violenza domestica possono essere ancor più gravi quando si intersecano con la discriminazione fondata sul

[10] Per una panoramica, *ex multiis* V. MASARONE, *Violenza contro le donne: la deriva emergenziale e simbolica dell'intervento penale fino alla proposta del 'femminicidio' come autonoma fattispecie di reato*, in *Penale Diritto e Procedura*, n. 3/2025, pp. 562 ss.

[11] Si definisce violenza contro le donne «qualsiasi atto di violenza di genere perpetrata nei confronti di donne, ragazze o bambine solo perché donne, ragazze o bambine, o che colpisce le donne, le ragazze o le bambine in modo sproporzionato, che provochi o possa provocare danni o sofferenza fisica, sessuale, psicologica o economica, incluse le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, nella sfera pubblica come nella vita privata»; in ordine, invece, alla definizione di violenza domestica, si legge «qualsiasi atto di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica, consumato all'interno della famiglia o del nucleo familiare, indipendentemente dai legami familiari biologici o giuridici, tra coniugi o partner o tra ex coniugi o partner, a prescindere che l'autore di tali atti conviva o abbia convissuto con la vittima».

[12] A. MASSARO, *La Direttiva UE 2024/1385 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica: il possibile impatto sull'ordinamento italiano*, in *Sist. pen.,* n. 3/2025, pp. 111 ss., lamenta la neutralità culturale della direttiva, nella misura in cui, anche a causa degli insufficienti sforzi definitori, essa non pone adeguato accento né si fa promotrice di interventi concreti volti a riconoscere la matrice socio-culturale della violenza maschile contro le donne; un approccio ritenuto incompatibile con un'efficace azione di prevenzione e contrasto della violenza contro le donne e della violenza domestica.

[13] È nei considerando che vengono specificamente riconosciute le radici culturali del fenomeno, dandole dunque per presupposte, probabilmente anche in ragione dell'avvenuta adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Istanbul, i cui principi risultano così implicitamente recepiti. Si pensi, ad esempio, al considerando n. 10, nel quale si afferma che: «La violenza contro le donne è una manifestazione persistente della discriminazione strutturale nei confronti delle donne, derivante da rapporti di potere storicamente iniqui tra donne e uomini. (…) È radicata nei ruoli, nei comportamenti, nelle attività e negli attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini. Nell'attuazione della presente direttiva si dovrebbe pertanto tenere conto di una prospettiva sensibile alla dimensione di genere». Analogamente, nel considerando n. 11, la violenza domestica viene definita come «un grave problema sociale che spesso resta nascosto».

sesso in combinazione con altri motivi di discriminazione»[14]. Viene inoltre sottolineata l'opportunità che gli Stati membri prestino specifica attenzione alle vittime esposte a più livelli di discriminazione, adottando misure mirate. In questa prospettiva, gli artt. 16, 17 e 18 della direttiva prevedono che, nei confronti delle vittime di "violenza intersezionale", esigenze specifiche di tutela siano oggetto, sin dalle fasi iniziali, di una valutazione individualizzata (e, *ex* art. 33, di specifica assistenza), con particolare riguardo ai rischi concreti a cui è esposta la vittima.

A completamento di tale quadro, il considerando n. 75 invita gli Stati membri ad adottare misure volte a contrastare gli stereotipi di genere dannosi, al fine di superare l'idea di inferiorità della donna. In tale ambito rientrano anche interventi diretti a escludere che cultura, costumi, religione, tradizione o il cosiddetto "onore" possano essere invocati come giustificazione o attenuante per reati di violenza contro le donne o di violenza domestica[15]. Si tratta di una presa di posizione particolarmente incisiva, che ribadisce quanto già previsto dalla Convenzione di Istanbul all'art. 42, il cui scopo è proprio evitare che, in società pluraliste, tali elementi possano essere addotti a giustificazione delle condotte violente. La Convenzione sembra, infatti, precludere in modo particolarmente rigoroso il riconoscimento del fattore culturale nei procedimenti relativi a reati di genere. Non solo si esclude che cultura, usi, religione e tradizioni possano essere considerati cause di giustificazione per alcuno degli atti di violenza contemplati dalla Convenzione (con l'espressa impossibilità di valorizzare le allegazioni dell'imputato fondate sull'aver agito al fine di prevenire o punire una presunta, percepita o effettiva violazione, da parte della vittima, di norme o consuetudini culturali, religiose, sociali o tradizionali[16]), ma si precisa altresì che le Parti sono tenute a garantire che i rispettivi ordinamenti nazionali non presentino neppure «*loopholes for interpretations*», vale a dire lacune suscettibili di consentire interpretazioni ispirate a

[14] Il testo in lingua italiana della Direttiva è consultabile all'indirizzo: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=OJ:L_202401385.

[15] Si prosegue precisando che «le misure preventive dovrebbero incoraggiare gli uomini e i ragazzi a fungere da modelli di riferimento positivi a sostegno della parità tra uomini e donne, ma dovrebbero anche mirare a superare gli stereotipi che impediscono agli uomini di ottenere aiuto in situazioni di violenza nei loro confronti. Considerando che fin dalla più tenera età i bambini sono esposti a ruoli di genere che ne plasmano la percezione di sé e ne influenzano le scelte scolastiche e professionali, come le aspettative quanto al ruolo di donna o di uomo da ricoprire nel corso della vita, è fondamentale che gli stereotipi di genere siano affrontati dacché cominciano l'educazione e la cura della prima infanzia».

[16] *Council of Europe*, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence* (CETS n. 210), punti nn. 216-217.

tali convinzioni[17]. Ne deriva l'implicita indicazione agli Stati membri di prevedere una preclusione normativa in tal senso, idonea a limitare margini di discrezionalità giudiziale.

La prospettiva sottesa appare chiara: fattori quali cultura o religione possono assumere rilievo esclusivamente in funzione della tutela della vittima, mentre ne è esclusa la rilevanza a favore del reo. Resta tuttavia aperta la questione del bilanciamento con i principi fondamentali del diritto penale e con le garanzie dell'imputato: il riconoscimento del valore politico e giuridico della lotta alla violenza di genere non può tradursi in una compressione dei principi che presidiano il sistema penale, che ne assicurano, per dirla con le parole di Von Liszt, la funzione di *magna charta* del reo.

Per quanto concerne le fattispecie criminose riconducibili alla violenza contro le donne, il considerando n. 9 richiama le «condotte criminose consistenti in atti di violenza contro le donne o violenza domestica, penalmente rilevanti ai sensi del diritto dell'Unione o nazionale», includendo, tra l'altro, una selezione di reati operata dalla Direttiva stessa: quali mutilazioni genitali femminili, matrimoni forzati, diffusione non consensuale di materiale intimo o manipolato, *stalking online*, molestie *online*, *cyberflashing*, istigazione alla violenza o all'odio *online*, nonché le condotte previste da altri atti dell'Unione, in particolare le direttive 2011/36/UE e 2011/93/UE[18]. Si specifica, inoltre, che rientrano nella nozione di violenza contro le donne anche gli ulteriori reati previsti dagli ordinamenti nazionali, quali il femminicidio, lo stupro, le molestie sessuali, l'abuso sessuale, lo *stalking*, i matrimoni precoci, l'aborto forzato, la sterilizzazione forzata e diverse forme di violenza *online*, tra cui il cyberbullismo. Viene dunque introdotta una clausola di apertura che rende il catalogo dei reati suscettibile di un ampliamento tendenzialmente illimitato, in quanto connesso alle scelte di politica criminale dei singoli Stati membri[19].

Con specifico riferimento al tema in esame, appare utile soffermarsi brevemente su un dato: nel delineare gli obblighi di incriminazione, la Direttiva sembra fare riferimento a un duplice ordine di fattispecie; da un lato, si riferisce a reati

[17] *Council of Europe*, *Explanatory Report,* cit., punto n. 89.
[18] Ai sensi dell'art. 49, comma 1, gli Stati membri sono tenuti a conformarsi alla Direttiva entro il 14 giugno 2027, procedendo alle prescritte incriminazioni.
[19] La Direttiva precisa, tuttavia, che gli Stati membri possono ampliare tale catalogo nel diritto penale interno e che essa non esaurisce l'intero spettro delle condotte rilevanti, lasciando così aperta la possibilità di un suo aggiornamento.

culturalmente connotati e, dall'altro, a condotte accomunate dall'impiego delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC). Se la particolare attenzione riservata alla dimensione digitale appare comprensibile alla luce delle crescenti preoccupazioni connesse all'uso incontrollato degli strumenti informatici, al contempo, colpisce il rilievo attribuito a fattispecie riconducibili, nei fatti, ad una dimensione culturale specifica.

In tale prospettiva si colloca anche l'art. 11 della Direttiva, che prevede l'adozione di misure affinché determinate circostanze possano essere considerate aggravanti, tra cui: alla lett. o), il fatto che il reato sia stato commesso per difendere o ristabilire il cosiddetto "onore" di una persona, famiglia o comunità; alla lett. p), il fatto che il reato sia stato diretto a punire la vittima per l'orientamento sessuale, il genere, il colore, la religione, l'origine sociale o le convinzioni politiche[20]. Emerge, dunque, in questi termini, la rilevanza del movente discriminatorio (seppur delle riserve possono essere avanzate in ordine al ricorso al concetto, squisitamente etico, di "punizione"), specie in contesti culturali in cui la discriminazione si intreccia con il concetto di onore, spesso riconducibili a modelli sociali di tipo patriarcale. Se la Convenzione di Istanbul, dunque, si limita, all'art. 42, a escludere che tali elementi possano essere invocati come giustificazione[21], la Direttiva compie un passo ulteriore, qualificandoli come circostanze aggravanti. Si tratta di una scelta che incide su dimensioni culturali che, peraltro, non sono del tutto estranee alla stessa tradizione degli Stati membri in epoche relativamente recenti[22], e che solleva interrogativi circa il rischio di una valutazione in chiave esclusivamente soggettiva dell'autore, con possibili tensioni rispetto ai principi del diritto penale.

2. La prospettiva nazionale: la logica emergenziale dietro il contrasto alla violenza nei confronti delle donne

---

[20] A. MASSARO, *La Direttiva UE 2024/1385 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica,* cit*.,* p. 113, specifica che al di fuori della previsione di queste due aggravanti "con particolare riguardo agli obblighi di criminalizzazione, il concetto di genere è riproposto nella definizione del reato di istigazione alla violenza o all'odio online (che dovrebbe riguardare condotte rivolte a una persona a un gruppo definiti con riferimento al genere)"

[21] Tale impostazione è già anticipata negli obblighi generali di cui all'art. 12, par. 5 della direttiva, che sancisce: «Le Parti vigilano affinché la cultura, gli usi e i costumi, la religione, la tradizione o il cosiddetto 'onore' non possano essere in alcun modo utilizzati per giustificare alcuno degli atti di violenza che rientrano nel campo di applicazione della Convenzione».

[22] Sulle discriminazioni di genere nel diritto penale italiano fino al secolo scorso, si veda V. MASARONE, *Violenza contro le donne: la deriva emergenziale e simbolica dell'intervento penale fino alla proposta del 'femminicidio' come autonoma fattispecie di reato,* cit*.,* pp. 569-572.

Per quanto concerne il diritto italiano, negli ultimi trent'anni si è assistito a una successione di interventi di riforma che, più o meno esplicitamente, hanno inciso sulla dimensione della violenza nei confronti delle donne. Tali interventi si caratterizzano per una significativa valorizzazione del diritto penale quale *prima ratio*, o comunque principale strumento di tutela[23], attraverso l'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici, di ulteriori circostanze aggravanti, nonché mediante un generale inasprimento del trattamento sanzionatorio. Si procederà, pertanto, a un sintetico *excursus* delle principali riforme e delle novità introdotte nel sistema penale sostanziale.

Il percorso proposto inizia dalla l. 15 febbraio 1996, n. 66 che, pur non essendo stata concepita espressamente come intervento volto alla repressione della violenza di genere, si inserisce in un più ampio contesto di adeguamento dell'ordinamento interno alle nuove esigenze di tutela dell'autodeterminazione sessuale, emerse anche grazie alle rivendicazioni del movimento femminista e alla crescente consapevolezza sociale[24]. La legge introduce la moderna disciplina della violenza sessuale nel codice penale, abrogando la previgente normativa in materia di reati sessuali quali offese al pudore e all'onore sessuale, contenuta nel capo III del titolo IX del codice penale (relativo ai delitti contro la moralità pubblica e il buon costume), e collocando le nuove disposizioni tra i delitti contro la libertà individuale[25]. Un mutamento del bene giuridico di riferimento, espressione del superamento dell'impostazione moralistica che caratterizzava la previgente disciplina della violenza carnale e degli atti di libidine violenti, volto a ricondurre al centro dell'attenzione normativa la libertà sessuale della

[23] Sui profili di illiberalità di siffatte scelte politico-criminali, *ex multiis* M. DONINI, *'Danno' e 'offesa' nella c.d. tutela penale dei sentimenti,* cit., pp. 1558 ss.

[24] Nella proposta di legge C. 2576, presentata il 23 maggio 1995, si legge che il progetto «nasce dall'elaborazione, comunque, di deputate appartenenti a tutti i gruppi parlamentari. Questa proposta di legge trova ragione, per ciascuna di noi e per tutte insieme, nell'assunzione di responsabilità che, in quanto elette, abbiamo ritenuto di dover assumere nei confronti della maggioranza delle donne di questo Paese».

[25] Non stupisce che tale ordine di idee sembri derivato dalla tradizione giuridica romana. Come evidenzia I. ROSONI, *Violenza (dir. intermedio)*, cit., p. 852, il termine latino *stuprum* indicava originariamente disonore, vergogna od onta: le fonti romane qualificavano come *stuprum* ogni rapporto sessuale illecito con una donna libera di buona reputazione, in particolare se vergine o vedova. La violenza sessuale, infatti, non era concepita principalmente come un'offesa alla persona della vittima, bensì come una lesione del suo onore, della castità o della verginità (concezione da cui derivava, ad esempio, che lo stupro violento di una prostituta non fosse punito, oppure fosse sanzionato con una pena più mite), e, nei casi più gravi, come un danno all'ordine familiare o matrimoniale.

persona[26]. Vengono così introdotti i delitti di cui agli artt. 609-*bis* a 609-*decies* c.p. e la contravvenzione di cui all'art. 734-*bis* c.p., a tutela della riservatezza[27].

[26] A. PECORARO ALBANI, voce *Atti di libidine violenti*, in *Enc. dir*., IV, 1959, p. 7; G. BALBI, voce *Violenza sessuale*, in *Enc. Giur. Treccani (Vol. Agg. VII),* 1999, pp. 1-2, sottolinea come la riforma del 1996, sebbene sia stata generalmente accolta con favore quale manifestazione del processo di secolarizzazione della disciplina dei reati sessuali e di superamento di precedenti impostazioni discriminatorie, presenti ancora alcune rilevanti incoerenze sistematiche. In particolare, evidenzia che la riforma non abbia dato luogo a una piena e innovativa rielaborazione delle forme di aggressione alla libertà sessuale: criticità che emerge anche dalla nuova collocazione codicistica della disciplina, nella quale non solo è venuto meno l'esplicito riferimento al bene giuridico della libertà sessuale, ma rispetto alla quale la relativa tutela sarebbe stata più coerentemente collocata nell'ambito dei delitti contro la libertà morale. A. CADOPPI, *Commento art. 609 bis*, in A. CADOPPI (a cura di), in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., p. 461; T. PADOVANI, *Commento pre-art.609-bis c.p. (artt. 1 e 2 l. 15.2.1996, n. 66)*, cit*.,* pp. 417 – 419; per l'A. la tecnica di normazione adottata, ancorata a specifiche modalità di condotta, piuttosto che al dissenso della persona offesa, contribuisce a spiegare la collocazione dei delitti contro la libertà sessuale all'interno della categoria dei delitti contro la libertà individuale, anziché tra quelli contro la libertà morale oppure in una sezione autonoma che ne valorizzi le peculiarità.

[27] La normativa in materia di reati sessuali, a partire da tale momento, non ha conosciuto interventi riformatori di particolare ampiezza, nonostante oggi si avverta l'esigenza di un aggiornamento, anche alla luce delle sollecitazioni provenienti dal contesto sovranazionale e dal confronto con altri ordinamenti europei. Il modello di incriminazione incentrato sulle modalità di aggressione alla libertà sessuale appare, infatti, progressivamente meno adeguato a rispondere ai nuovi bisogni di tutela, espressi da una sensibilità sociale in evoluzione, che sempre più spesso sollecita una riforma della fattispecie incriminatrice fondata sul consenso della persona titolare del bene giuridico leso. In questa direzione si muove il d.d.l. S 1715, approvato dalla Camera dei deputati il 19 novembre 2025 (C. 1693) e attualmente all'esame della Commissione giustizia del Senato. Il dibattito attuale si concentra in particolare sugli emendamenti proposti dalla senatrice Buongiorno, che hanno inciso sulla formulazione della fattispecie: dalla versione originaria, che prevedeva la punizione (con pena della reclusione da sei a dodici anni) di chi «compie o fa compiere o subire atti sessuali ad un'altra persona senza il consenso libero e attuale di quest'ultima», si è passati a una formulazione incentrata sulla condotta di chi «contro la volontà di una persona, compie nei confronti della stessa atti sessuali ovvero la induce a compiere o subire i medesimi atti», inizialmente sanzionata con la reclusione da quattro a dieci anni e successivamente ricondotta alla cornice edittale da sei a dodici anni, in sede di emendamento del 27 gennaio. Il punto di maggiore tensione nel dibattito politico e dottrinale attuale, dunque, attiene alla scelta del modello di riferimento, oscillando tra quello adottato in Spagna (*solo sì es sì*) e quello tedesco (*Nein heißt Nein*): il primo vieta quell'atto in assenza di un consenso, mentre il secondo è incentrato sul dissenso (riconoscibile). In tale prospettiva, è possibile individuare due diverse vie percorribili per circoscrivere il consenso penalmente rilevante: mediante una definizione normativa, come nel caso della Spagna, oppure conferendogli uno specifico carattere in sede legislativa, come avviene in Germania con riferimento alla *Erkennbarkeit*, ossia alla riconoscibilità del dissenso. E la soluzione da ultimo in discussione pare rappresentare una posizione di compromesso: da un lato si predilige la contrarietà alla volontà della persona (sulla scorta del modello tedesco, senza però accenni alla riconoscibilità di tale volontà contraria), e, dall'altro si inserisce una puntualizzazione al secondo comma dell'art. 609-*bis* c.p. come da proposta di riforma, relativa al fatto che «la volontà contraria all'atto sessuale deve essere valutata tenendo conto della situazione e del contesto in cui il fatto è commesso. L'atto sessuale è contrario alla volontà della persona anche quando è commesso a sorpresa ovvero approfittando della impossibilità della persona stessa, nelle circostanze del caso concreto, di esprimere il proprio dissenso». Ad avviso di chi scrive, il riferimento al contesto concreto si dimostra imprescindibile, giacché è difficile ancorare la valutazione della consensualità dell'atto a un sistema valoriale oggettivo e astratto, specie in una società al cui interno alcuni principi non sono universalmente radicati. Dall'irrinunciabilità dei principi di offensività, materialità e personalità della responsabilità penale, inoltre, discende l'apprezzabilità della prospettiva dell'ordinamento tedesco, relativa al dissenso riconoscibile. Infatti, se è vero che non appare irragionevole richiedere ai consociati che si muovano nella dimensione del lecito di esprimere la propria volontà contraria se non desiderano atti sessuali, l'atteggiamento psichico dell'agente in rapporto a tale elemento è di fondamentale importanza nell'attribuzione della responsabilità penale, perché è qui che si traccia l'altra fondamentale linea di confine tra un comportamento lecito e uno illecito. È infatti dove la linea si fa più sottile che devono

Se la legge del 1996 interviene principalmente sul versante della violenza sessuale, pochi anni dopo l'attenzione del legislatore si sposta sulla dimensione domestica, considerata ambito particolarmente esposto a fenomeni di violenza di genere. In tale prospettiva, la legge 4 aprile 2001, n. 154 introduce strumenti fondamentali di tutela delle vittime in ambito familiare, tra cui la misura cautelare dell'allontanamento dalla casa familiare (art. 282-*bis* c.p.p.) e la disciplina civilistica degli ordini di protezione contro gli abusi familiari (oggi, a seguito della riforma Cartabia, regolata dagli artt. 473-*bis*.69 – 473-*bis*.72 c.p.c.).

Il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito in l. 23 aprile 2009, n. 38 introduce nel codice penale il reato di atti persecutori (c.d. *stalking*) di cui all'art. 612-*bis* c.p., unitamente a una serie di strumenti di tutela correlati, quali l'ammonimento del questore (art. 8 del decreto-legge), la misura cautelare del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 282-*ter* c.p.p.) e una serie di obblighi informativi (art. 282-*quater* c.p.p.). Interviene inoltre sulla disciplina delle aggravanti dell'omicidio (art. 576 c.p.), modificando il n. 5 e introducendo il n. 5.1, prevedendo la pena dell'ergastolo per l'omicidio commesso "in occasione" della commissione dei delitti di cui agli artt. 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*octies* e 612-*bis* c.p. Viene altresì modificato l'art. 4-*bis* ord. pen., introducendo al comma 1-*quater* una specifica limitazione all'accesso ai benefici penitenziari per i condannati per delitti sessuali (catalogo poi ampliato dalle riforme successive), subordinata ai risultati dell'osservazione scientifica della personalità. Si aggiunge, inoltre, all'art. 76 del testo unico in materia di spese di giustizia, il comma 4-*ter*, che consente l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, anche in deroga ai limiti di reddito, per le persone offese dai reati di cui agli artt. 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* c.p. Di particolare rilievo è anche l'art. 11 del decreto, che prevede l'obbligo per le forze dell'ordine, i presidi sanitari e le istituzioni pubbliche di fornire alla vittima informazioni sui centri antiviolenza presenti sul territorio e di

---

intervenire, con maggior forza, le garanzie. Non essendo possibile, in questa sede, soffermarsi ulteriormente su un tema che richiederebbe un'analisi ben più approfondita, si rinvia ai contributi della più autorevole dottrina in relazione all'attuale riforma: per una posizione favorevole al modello consensualistico positivo, si veda P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Chi tace acconsente? Il crepuscolo dell'uomo cacciatore e della donna preda*, in *Sist. pen*., n. 1/2026, pp. 115 ss.; per una preferenza nel senso del modello tedesco, G. L. GATTA, *Sul disegno di legge in tema di violenza sessuale e consenso ("riconoscibile"): alcune riflessioni, per superare lo stallo al Senato*, in *Sit. pen*., 8 gennaio 2026; per un superamento di tale dicotomia, in favore di una riforma organica della materia orientata principalmente ad assicurare determinatezza e proporzionalità, A. CADOPPI, *Violenza sessuale: breve commento al testo proposto dalla Senatrice Bongiorno. Luci ed ombre di una riforma affrettata e parziale*, in *Sist. pen*., 26 gennaio 2026.

agevolarne il contatto, nei casi, ampliati a seguito delle modifiche successive, relativi, tra gli altri, ai reati di cui agli artt. 572, 575 (nella forma tentata), 583-*quinquies*, 600 e ss., 609-*bis* e ss., 612-*bis* e 612-*ter* c.p.

La l**.** 15 ottobre 2013, n. 119 (di conversione del d.l. 14 agosto 2013, n. 93), nota anche come legge sul "femminicidio", si inserisce nel solco degli interventi emergenziali adottati "per il contrasto alla violenza di genere". Il provvedimento, lungi dal rappresentare una riforma organica e sistematica della materia, introduce però non soltanto una serie di interventi penali frammentari, ma anche strumenti di sostegno e protezione, tra cui l'istituzione di un fondo nazionale destinato ai centri antiviolenza e alle case rifugio[28]. La riforma rafforza le misure di protezione e assistenza alle vittime, ampliando gli obblighi informativi e gli strumenti processuali, nonché estendendo l'ambito applicativo di misure quali l'ammonimento del questore. In tale contesto vengono introdotte, tra l'altro, l'aggravante del legame familiare o affettivo di cui al secondo comma dell'art. 612-*bis* c.p., nonché l'aggravante prevista dall'art. 609-*ter*, comma 1, n. 5-*quater* c.p. in materia di violenza sessuale. Viene inoltre posta particolare attenzione alla tutela di soggetti vulnerabili nelle dinamiche di violenza domestica, quali le donne in stato di *gravidanza* e i minori, attraverso l'introduzione dell'aggravante comune di cui all'art. 61, n. 11-*quinquies* c.p. e dell'aggravante di cui all'art. 609-*ter*, n. 5-*ter* c.p. La riforma presenta anche profili particolarmente incisivi di tutela per gli stranieri vittime di violenza domestica, come emerge dall'art. 4 del decreto-legge, che prevede, da un lato, la possibilità di rilascio di un permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 5, comma 6, per consentire alla vittima straniera di sottrarsi alla violenza, qualora, nell'ambito di procedimenti relativi ai reati indicati (tra cui artt. 572, 582, 583, 583-*bis*, 605, 609-*bis* e 612-*bis* c.p.), emergano situazioni di pericolo concreto e attuale; dall'altro lato, prevede la possibile revoca del permesso di soggiorno e l'espulsione, nei confronti dello straniero condannato per reati commessi in ambito di violenza domestica, anche con sentenza non definitiva.

[28] ISTAT, *Comunicato stampa* relativo all'anno 2024, pubblicato il 10 marzo 2026, rileva che i centri antiviolenza a finanziamento esclusivamente pubblico costituiscono il 47% del totale, con valori sensibilmente più elevati nel Sud (63,1%) e nelle Isole (61,3%). Nel Nord-Est si registra, invece, il valore più basso: soltanto un centro su quattro riceve finanziamenti esclusivamente pubblici, mentre la maggioranza dei centri antiviolenza presenti in quest'area (74,3%) è finanziata secondo modalità miste, mediante una collaborazione tra istituzioni pubbliche e soggetti privati.

La legge 19 luglio 2019, n. 69, il c.d. "Codice Rosso", rappresenta uno degli interventi più incisivi in materia[29]. La norma ha inciso principalmente sulla disciplina processuale, ove si proceda per i delitti *ex* artt. 572, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies*, 612-*bis* e 612-*ter* c.p., ovvero dagli artt. 582 e 583-*quinquies* c.p. nelle ipotesi aggravate ai sensi degli artt. 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma. In relazione a tali fattispecie, è stato introdotto un meccanismo procedurale speciale, volto ad accelerare le indagini e a garantire una più tempestiva protezione delle vittime. *Ex* art. 347 comma 3 c.p.p. si prevede l'immediata comunicazione della notizia di reato al pubblico mistero anche in forma orale[30]; all'art. 362 c.p.p. viene aggiunto il comma 1-*bis,* che fissa il termine di tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato (salvo imprescindibili esigenze di tutela di minori di anni diciotto o della riservatezza delle indagini, anche nell'interesse della persona offesa) per l'assunzione di informazioni da parte del pubblico ministero dalla persona offesa e da chi ha presentato denuncia, querela o istanza. La riforma pone l'accento anche sull'esigenza di sicurezza della persona offesa: la misura cautelare del divieto di avvicinamento è stata rafforzata mediante la possibilità di controllo tramite braccialetto elettronico e sono stati previsti specifici obblighi informativi nei confronti della persona offesa e del suo difensore in relazione a decisioni particolarmente rilevanti, quali scarcerazioni, evasioni o revoche di misure coercitive.

Per quanto riguarda il profilo del trattamento sanzionatorio dell'autore dei c.d. reati "codice rosso", la legge ha previsto che, in tali casi, la sospensione condizionale della pena *ex* art. 165 c.p. sia subordinata alla partecipazione dell'imputato a percorsi di recupero. Nell'ordinamento penitenziario, invece, è stato modificato l'art. 13-*bis*, prevedendo la possibilità per i condannati per i delitti di cui agli artt. 600-*bis*, 600-*ter*, anche se relativo al materiale pornografico *ex* 600-*quater* 1, 600-*quinquies*, 609-*quater*, 609-*quinquies* e 609-*undecies* del codice penale, nonchè agli artt. 572, 583-*quinquies*, 609-*bis*, 609-*octies* e 612-*bis* di sottoporsi a un trattamento psicologico con finalità di

[29] Per una sintesi dei contenuti della legge, vedi P. DI NICOLA TRAVAGLINI, F. MENDITTO, *Il nuovo Codice rosso: il contrasto alla violenza di genere e ai danni delle donne nel diritto sovranazionale e interno. Commento aggiornato alla L. n. 168/2023 e alla direttiva UE del 2024*, Milano 2024; B. ROMANO, A. MARANDOLA (a cura di), *Codice rosso. Commento alla l. 19 luglio 2019 n. 69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, Pisa 2020.

[30] Inoltre, la riforma ha inciso anche sull'art. 370 c.p.p. prevedendo che la polizia giudiziaria proceda senza ritardo al compimento degli atti delegati dal pubblico ministero e li metta (del pari senza ritardo) a sua disposizione.

recupero e di sostegno. Possibilità che a sua volta condiziona l'accesso ai benefici *ex* art. 4-*bis*.

Va senz'altro accolta con favore la previsione di specifici percorsi di recupero e di sostegno psicologico, in quanto funzionali al reinserimento sociale del condannato, incidendo su quei fattori individuali e comportamentali che s'innestano nel contesto di commissione del reato; non può omettersi, però, di considerare che tale logica premiale condiziona la scelta di aderire al percorso, incidendo così sull'effettività del processo rieducativo, il quale già appare esposto a rilevanti rischi di appiattimento e potrebbe non garantire quel trattamento individualizzato che consente la piena realizzazione della funzione di integrazione sociale della pena.

In questa prospettiva, si dubita dell'opportunità di un progressivo ampliamento del catalogo dei reati ostativi di cui all'art. 4-*bis* ord. pen., laddove tale tendenza sembra privilegiare esigenze di neutralizzazione, rispetto alla finalità rieducativa. L'approccio in esame, infatti, appare coerente con una logica squisitamente securitaria, tale da ostacolare l'accesso a percorsi di rieducazione, attagliati alle esigenze del caso concreto, che siano orientati all'effettivo reinserimento sociale del condannato.

Il progetto di legge originario, inoltre, era incentrato prevalentemente su interventi di natura processuale, finalizzati a rafforzare la tutela delle vittime e a garantire un canale preferenziale per l'adozione di misure preventive (successivamente estese anche ai delitti nella forma tentata, dalla riforma Cartabia), anche alla luce della direttiva 2012/29/UE (c.d. direttiva vittime) e della condanna inflitta all'Italia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Sezione I, sentenza 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*[31]). È stato in sede di discussione parlamentare, infatti, che la riforma si è arricchita di nuove fattispecie di reato, quali la deformazione dell'aspetto mediante lesioni permanenti al viso (art. 583-*quinquies* c.p.), la diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti senza consenso (art. 612-*ter* c.p., il c.d. "*revenge porn*"), la violazione dei provvedimenti di allontanamento e del divieto di avvicinamento (art.

[31] V. MASARONE, *Violenza contro le donne: la deriva emergenziale e simbolica dell'intervento penale fino alla proposta del 'femminicidio' come autonoma fattispecie di reato,* cit.*,* pp. 580-581. In tale occasione, la Corte EDU ha accertato la violazione del diritto alla vita (art. 2 CEDU) e del divieto di trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU), nonché del divieto di discriminazione, in quanto le autorità italiane non erano intervenute efficacemente per proteggere una donna e i suoi figli vittime di violenza domestica da parte del marito, consentendo di fatto il protrarsi delle condotte violente, sfociate nel tentato omicidio della ricorrente e nell'omicidio di uno dei figli.

387-*bis* c.p.) e la costrizione o induzione al matrimonio (art. 558-*bis* c.p.), in attuazione delle indicazioni provenienti dalla Convenzione di Istanbul. La riforma ha inoltre inasprito il trattamento sanzionatorio previsto per i reati di maltrattamenti contro familiari e conviventi, atti persecutori e reati sessuali, nonché esteso, in materia di omicidio, le aggravanti connesse alle relazioni personali.

Nel tentativo di delimitare ulteriormente il raggio della disciplina della violenza sulle donne, va ricordato anche l'intervento della riforma Cartabia (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150), che ha inciso sulla materia prevedendo, tra l'altro, l'esclusione dell'applicazione dell'istituto della particolare tenuità del fatto (art. 131-*bis* c.p.) per una serie di reati, tra cui quelli previsti dagli artt. 558-*bis*, 582 c.p. nelle ipotesi aggravate ai sensi degli artt. 576, primo comma, nn. 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, n. 1, e secondo comma, 583, secondo comma, 583-*bis*, 593-*ter*, 609-*bis*, 612-*bis* e 612-*ter* c.p[32]. Inoltre, la riforma Cartabia, introducendo le nuove pene sostitutive, è intervenuta anche sulla l. 24 novembre 1981 n. 689: in particolare, il nuovo art. 59, 1° comma, lett. d), della medesima legge individua come preclusive alla sostituzione della pena detentiva le ipotesi di reato richiamate dall'art. 4-*bis* ord. pen. (catalogo ulteriormente ampliato, da ultimo, dalla l. n. 181/2025), escludendo così, in ragione del ritenuto allarme sociale provocato dal fenomeno in questione, gli autori di tali reati dalla possibilità di accedere a pene extramurarie idonee a ridurre il rischio di ulteriore desocializzazione di soggetti già ampiamente stigmatizzati.

Uno degli ultimi interventi di particolare rilievo è rappresentato dalla legge 24 novembre 2023, n. 168, che introduce una serie di innovazioni volte a rafforzare la protezione delle vittime di violenza domestica e di genere, oltre alla previsione di una corsia preferenziale per una serie di reati ascrivibili alla dimensione della violenza di genere[33]. In primo luogo, viene prevista la c.d. flagranza differita, in base alla quale, per

[32] M. DOVA, *La riforma Cartabia e il contrasto alla violenza contro le donne*, in *Sist. pen*., 6 marzo 2024, osserva come la riforma persegua l'esplicita finalità di escludere i reati previsti dalla Convenzione di Istanbul sulla violenza contro le donne e la violenza domestica dall'ambito di applicazione dell'art. 131-*bis* c.p.; tuttavia, il riferimento a tali ipotesi di reato, in assenza di un espresso collegamento a un contesto di violenza di genere, ha finito per estendere tale limite anche a situazioni non riconducibili a tale ambito. Si evidenziano, inoltre, profili di contraddittorietà, ove si consideri che la riforma contiene alcuni interventi di segno opposto, quali, ad esempio, l'ampliamento della procedibilità a querela, con le relative implicazioni.

[33] È stabilita la trattazione prioritaria dei processi penali mediante la modifica di due norme delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, ossia gli artt. 127 e 132-*bis*. Il primo prevede la necessità di comunicare al Procuratore generale presso la Corte d'appello, con cadenza trimestrale, i dati relativi ai procedimenti iscritti di cui all'art. 362-*bis* c.p.p.; il secondo disciplina, come noto, i criteri di

determinati reati, tra cui atti persecutori, violenza sessuale e lesioni, lo stato di flagranza può essere desunto da prove inequivocabili quali video, immagini o altra documentazione informatica, purché l'arresto intervenga entro quarantotto ore dal fatto e nei tempi necessari all'identificazione. È inoltre introdotto un meccanismo di protezione urgente della persona offesa *ex* art. 362-*bis* c.p.p., che impone al pubblico ministero di valutare, senza ritardo e comunque entro trenta giorni dall'iscrizione della notizia di reato, la richiesta di misure cautelari nei confronti dell'autore, anche in caso di tentativo e a tutela dei soggetti legati alla vittima da relazioni familiari o affettive; il giudice deve provvedere entro venti giorni.

Viene altresì riformulata la disciplina della sospensione condizionale della pena, subordinandola non più solo alla partecipazione di percorsi di recupero e assistenza psicologica presso enti o associazioni accreditati[34], ma anche al loro positivo completamento.

Un'ulteriore parentesi processuale può essere opportunamente dedicata a un provvedimento adottato nello stesso anno: il c.d. "Codice Rosso rafforzato" (l. 8 settembre 2023, n. 122), così denominato in quanto volto a potenziare i meccanismi già introdotti dal Codice Rosso. La riforma prevede, in particolare, l'obbligo per il pubblico ministero di assumere informazioni dalla persona offesa o da chi ha presentato denuncia

priorità assoluta nella formazione dei ruoli di udienza e nella trattazione dei processi, ai quali sono stati aggiunti quelli relativi ai delitti previsti dagli artt. 387-*bis*, 558-*bis*, 572, 582, nelle ipotesi aggravate ai sensi degli artt. 576, primo comma, nn. 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, n. 1, e secondo comma, 583-*quinquies*, 593-*ter*, da 609-*bis* a 609-*octies*, 612-*bis*, 612-*ter* e 613, terzo comma, c.p.

[34] La disciplina in esame s'inserisce nei casi di condanna per il delitto previsto dall'art. 575, nella forma tentata, nonché per i delitti, consumati o tentati, di cui agli artt. 572, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies* e 612-*bis*, oltre che agli artt. 582 e 583-*quinquies* nelle ipotesi aggravate ai sensi degli artt. 576, primo comma, nn. 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, n. 1, e secondo comma. Si prevede, inoltre, all'art. 18 della legge in esame, che il Ministro della giustizia e l'Autorità politica delegata per le pari opportunità stabiliscano, con proprio decreto, i criteri e le modalità per il riconoscimento e l'accreditamento degli enti e delle associazioni abilitati a organizzare percorsi di recupero destinati agli autori dei reati di violenza contro le donne e di violenza domestica, nonché adottino linee guida per lo svolgimento delle relative attività. Il provvedimento dispone, dunque, che i percorsi di recupero per i soggetti condannati per tali reati, ai fini dell'accesso al beneficio della sospensione condizionale della pena, nonché i programmi di prevenzione per imputati e indagati per i medesimi reati, ai sensi dell'art. 282-*quater*, comma 1, terzo periodo, c.p.p., possano essere svolti esclusivamente presso i C.U.A.V. (Centri per uomini autori o potenziali autori di violenza di genere), inseriti nell'elenco istituito e tenuto presso il Ministero della giustizia. I C.U.A.V., previsti dall'art. 1, comma 663, della legge 30 dicembre 2021, n. 234, hanno però trovato una più puntuale disciplina soltanto con il decreto del Ministero della giustizia 22 gennaio 2025, che ha definito i criteri e le modalità per il riconoscimento e l'accreditamento degli enti e delle associazioni competenti. Il percorso verso una compiuta istituzionalizzazione del settore appare, dunque, essersi realizzato con un certo ritardo, riflettendo una tendenza legislativa che ha tradizionalmente privilegiato la dimensione repressiva rispetto a quella rieducativa, quest'ultima volta a favorire un effettivo reinserimento sociale del condannato attraverso programmi di responsabilizzazione e riallineamento ai valori violati.

entro tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato; qualora tale termine non venga rispettato, è attribuito al Procuratore della Repubblica il potere di avocare il procedimento e di provvedere, senza ritardo, all'assunzione delle informazioni omesse, direttamente ovvero mediante assegnazione ad altro magistrato dell'ufficio.

Dunque, nella ricostruzione sin qui proposta è stato possibile individuare le fattispecie di reato cui si fa riferimento quando si parla di violenza sulla donne, con particolare riguardo alle disposizioni della parte speciale del codice penale incise dagli interventi legislativi, nonché ai reati cui si applica la disciplina processuale sommariamente richiamata, caratterizzata da una maggiore celerità e da un più marcato orientamento alla tutela della vittima. Il quadro muta però con l'entrata in vigore della legge 2 dicembre 2025, n. 181, recante l'«introduzione del delitto di femminicidio e altri interventi normativi per il contrasto alla violenza nei confronti delle donne e per la tutela delle vittime»[35]. Infatti, in precedenza, il filo conduttore delle ipotesi di reato ascrivibili alla dimensione della violenza di genere doveva essere ricostruito sulla base di elementi extranormativi, principalmente di natura criminologica, quali il sesso femminile delle vittime quantitativamente prevalente o il contesto di abuso o sopraffazione in cui i fatti si collocavano. Nella riforma in esame, il legislatore individua, invece, un criterio unificante, rappresentato dal motivo di genere, che ricorre «quando il fatto è commesso come atto di odio o di discriminazione o di prevaricazione o come atto di controllo o possesso o dominio in quanto donna, o in relazione al rifiuto della donna di instaurare o mantenere un rapporto affettivo o come atto di limitazione delle sue libertà individuali». Tale elemento assume rilievo centrale, divenendo elemento essenziale della nuova fattispecie di femminicidio introdotta all'art. 577-*bis* c.p., per la quale è prevista la pena dell'ergastolo, nonché circostanza aggravante per una serie di reati, quali: l'art. 572 c.p. (maltrattamenti contro familiari e conviventi)[36], l'art. 582 c.p. (lesioni personali), l'art. 583 c.p. (lesioni gravi e gravissime), l'art. 583-

[35] L'*iter* parlamentare che culmina con l'approvazione della legge n. 181/2025 inizia nella l. 9 febbraio 2023, n. 12, che ha istituito una Commissione bicamerale d'inchiesta sul femminicidio e su ogni forma di violenza di genere.

[36] Al primo comma dell'art. 572 c.p. è stata introdotta un'ulteriore ipotesi, estendendo la norma anche al caso in cui la persona offesa non sia più convivente con l'agente, qualora tra i due sussistano vincoli derivanti dalla filiazione. Tale intervento recepisce un orientamento ormai consolidato della giurisprudenza di legittimità, che individua nella presenza di figli, soprattutto se minori, un indice significativo della persistenza di un legame di natura familiare idoneo a giustificare l'applicazione della disciplina di cui all'art. 572 c.p. Per un approfondimento, si veda A. ROIATI, *La legge sul femminicidio e le modifiche apportate alla fattispecie dei maltrattamenti: tra istanze di tutela, aporie interpretative ed esiti paradossali*, in *Sist. pen.,* 26 febbraio 2026.

bis c.p. (pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili), l'art. 583-*quinquies* c.p. (deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso), l'art. 584 c.p. (omicidio preterintenzionale), l'art. 593-*ter* c.p. (interruzione di gravidanza non consensuale), nonché i reati contro la libertà sessuale di cui agli artt. 609-*bis* e ss. c.p. (mediante modifica dell'art. 609-*ter*, comma 1 c.p., con inserimento del nuovo n. 5-*ter*.1), gli atti persecutori di cui all'art. 612-*bis* c.p. (con inserimento di un quarto comma) e la diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti di cui all'art. 612-*ter* c.p. (con inserimento di un quinto comma).

Alla luce di tale ricostruzione, si concorda con chi ritiene che gli interventi normativi aventi ad oggetto la violenza nei confronti delle donne presentano i tratti tipici della legislazione emergenziale[37], toccando ambiti in cui vengono in rilevo beni giuridici fondamentali. Si osserva, in particolare, una tendenza al proliferare di fattispecie incriminatrici (idealmente volte a colmare vuoti di tutela, di fatto insussistenti[38]), ad una tecnica normativa connotata da una certa indeterminatezza, all'inasprimento del trattamento sanzionatorio e all'anticipazione della soglia di tutela

[37] Sulla «illusione» del ricorso allo strumento penale per far fronte alle emergenze di tutela si rimanda nuovamente a S. MOCCIA, *La perenne emergenza,* cit*.,* pp. 29ss.

[38] Si pensi al delitto di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso, che, prima dell'introduzione della nuova fattispecie, era ricondotto all'art. 583, comma 2, n. 4 c.p., disposizione abrogata contestualmente all'introduzione dell'art. 583-*bis* c.p. Come osserva F. MACRÌ, *Femicidio e tutela penale di genere*, Torino 2017, pp. 63-64, il caso mediatico maggiormente avvertito nell'opinione pubblica è stato quello di Lucia Annibali, aggredita con l'acido da soggetti incaricati dall'ex fidanzato. Nella pronuncia antecedente all'introduzione della nuova fattispecie (Cass. pen., sez. I, 10 maggio 2016, n. 49821, in *Guida al diritto* 2017), è stata confermata per il mandante la pena di venti anni di reclusione, in ragione della pluralità dei reati riconosciuti, tra cui tentato omicidio, atti persecutori ai danni della medesima persona offesa, lesioni gravissime, nonché simulazione di reato, danneggiamento e violazione di domicilio. L'A. sottolinea, tuttavia, come il forte clamore mediatico suscitato dalla vicenda abbia inciso sul *quantum* di pena, risultando particolarmente elevato se comparato ad altri casi di pari gravità, quali, ad esempio, le ipotesi di violenza sessuale. In tale prospettiva, non sorprende l'introduzione di un'autonoma incriminazione per quella che viene qualificata come un "omicidio dell'identità", giustificata, come si legge nel comunicato alla Presidenza del 17 marzo 2017, in ragione dell'offesa arrecata alla dimensione identitaria della persona, intesa come ciò che consente all'individuo di riconoscersi e di essere riconosciuto. Tuttavia, tale giustificazione non appare di per sé sufficiente a fondare un trattamento sanzionatorio differenziato e risulta difficilmente separabile dal contesto di forte attenzione mediatica che ha accompagnato casi come quello di Annibali (2013) e, successivamente, il caso di Jessica Notaro (2017), analogamente a quanto avvenuto, più di recente, per altri casi di ampia risonanza pubblica. Analoghe considerazioni possono essere svolte con riferimento all'introduzione dell'art. 387-*bis* c.p., fattispecie connotata da una evidente finalità afflittivo-deterrente: una condotta originariamente rilevante sul piano processuale, quale violazione di misure, viene elevata a autonoma offesa all'amministrazione della giustizia. Parimenti, ulteriori ipotesi incriminatrici, quali le mutilazioni, in precedenza riconducibili alle lesioni aggravate, o i matrimoni forzati, prima sussumibili nella violenza privata, si configurano come fattispecie culturalmente connotate, introdotte nel quadro di una politica criminale che, come si avrà modo di approfondire nel prosieguo della trattazione, presenta tratti riconducibili a un'impostazione di tipo assimilazionista.

penale attraverso strumenti preventivi particolarmente incisivi[39]. Sotto quest'ultimo profilo, merita specifica attenzione l'istituto dell'ammonimento del questore e le criticità che esso presenta sul piano sistematico.

2.1. Le misure "amministrative" di contrasto alla violenza di genere

Con la riforma del 2023, l'istituto dell'ammonimento del questore, *ex* art. 8 del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, originariamente previsto per i soli casi di atti persecutori, è stato esteso anche alle ipotesi di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti *ex* art. 612-*ter* c.p. In tale disciplina, la persona offesa, prima di proporre querela, può rivolgersi al questore chiedendo che l'autore della condotta venga formalmente ammonito. Il questore, ove lo ritenga necessario, acquisisce informazioni dagli organi investigativi e procede all'audizione di persone informate sui fatti e, qualora reputi fondata la richiesta, provvede ad ammonire oralmente il soggetto, invitandolo ad astenersi da ulteriori comportamenti illeciti. Per quanto si tratti di una misura formalmente amministrativa, l'ammonimento non è privo di conseguenze sul piano penale: in caso di condanna per i reati di cui agli artt. 612-*bis* o 612-*ter* c.p., se il fatto è commesso da un soggetto già ammonito, «anche se la persona offesa è diversa da quella per la cui tutela è stato già adottato l'ammonimento», la pena viene aumentata. Inoltre, in tali casi, si procede d'ufficio e non più a querela della persona offesa. Si tratta, dunque, di una misura di natura preventiva, in sé non particolarmente afflittiva, ma è dubitabile che sia di carattere meramente amministrativo, dati i rilevanti effetti penali che produce, nella sostanza, nei confronti dell'autore.

L'ammonimento opera, infatti, come una sorta di "precedente" aggravante, che tuttavia non si fonda su una condanna definitiva, come accade nel caso della recidiva, bensì sugli accertamenti, sommari e rapidi, compiuti dal questore in ordine alla fondatezza dei fatti denunciati. Inoltre, esso trova la propria giustificazione nella particolare tipologia di autore delineata dalla norma: non già un soggetto che abbia necessariamente tentato o consumato aggressioni nei confronti della medesima persona offesa e che esponga quest'ultima al rischio di aggressioni ulteriori e più gravi, ma un

[39] Per un'analisi che attraversa le riforme in materia, V. MASARONE, *Violenza contro le donne: la deriva emergenziale e simbolica dell'intervento penale fino alla proposta del 'femminicidio' come autonoma fattispecie di reato,* cit., pp. 568 ss.

individuo che, per la propria condotta di vita, viene valutato come maggiormente pericoloso.

Nella giurisprudenza amministrativa, si è assistito ad una evoluzione in tema di applicazione del provvedimento in esame, a partire da un orientamento secondo cui, facendo leva sulla sua «funzione tipicamente cautelare e preventiva»[40], le modalità di approfondimento che precedono l'emanazione dell'ammonimento sono rimesse alla discrezionalità del Questore, a cui spetta, infatti, non solo la decisione se adottare o meno la misura, ma anche la determinazione della tempistica e delle modalità della fase istruttoria. La norma, nella parte in cui subordina l'acquisizione di informazioni a una valutazione di «necessità», affida alla discrezionalità dell'autorità competente la modulazione degli strumenti di approfondimento istruttorio, privilegiando esigenze di celerità e legittimando così una riduzione delle possibilità di interlocuzione del destinatario del provvedimento con l'autorità amministrativa.

Più recentemente, tuttavia, si è affermata una prospettiva diversa, maggiormente consapevole delle potenzialità e dell'incidenza concreta dello strumento[41]. Pur non riscontrandosi nella misura *ex se,* a differenza della vigilanza dinamica*,* una carica afflittiva che induca a ricondurla alla c.d. materia penale[42], l'ammonimento produce comunque effetti rilevanti anche in sede penale. In questo senso, appare condivisibile il nuovo orientamento del Consiglio di Stato, secondo cui, se è vero che il giudizio prognostico di pericolosità non deve fondarsi su prove certe e che l'Amministrazione non è tenuta a una puntuale confutazione di ogni rilievo dell'interessato, l'attenuazione dell'obbligo di motivazione non può spingersi fino a esonerare l'Amministrazione dalla considerazione degli elementi concreti introdotti nel procedimento e dalla esplicitazione delle ragioni della loro eventuale irrilevanza. Diversamente, si rischierebbe di vanificare la funzione preventiva e compositiva del procedimento stesso: il procedimento amministrativo, infatti, rappresenta un presidio di garanzia e in ambiti particolarmente delicati, come quelli relativi a relazioni personali segnate da accuse di *stalking*, l'intervento dell'autorità deve essere improntato all'accuratezza istruttoria, assicurando

[40] Consiglio di Stato, sez. III, 24 aprile 2020, n. 2620, in *Foro Amministrativo*, Il, 2020.
[41] Consiglio di Stato, sez. III, 1 settembre 2025, n. 7156, in *Guida al diritto,* 2025.
[42] Sugli incerti confini della "materia penale", *ex multiis*, F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino 2017; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino 2018.

una valutazione complessiva e non limitata alla prospettiva parziale della parte denunciante[43].

Tra le innovazioni della l. 4 novembre 2023, n. 168, si rinviene anche l'introduzione, tra le misure di prevenzione a tutela delle vittime di violenza domestica e di genere, della possibilità per il prefetto di disporre misure di vigilanza dinamica, finalizzate ad assicurare una protezione continuativa e modulata in relazione al rischio concreto. Una prima ipotesi, delineata dall'art. 1, comma 2 della l. n. 168/2023[44], riguarda i casi in cui la polizia intervenga a seguito di denuncia o querela per fatti riconducibili ai delitti indicati dall'art. 362, comma 1-*ter*, c.p.p., commessi in ambito domestico. Qualora emergano, sin dai primi accertamenti, «concreti e rilevanti elementi di pericolo di reiterazione», l'organo di polizia ne dà comunicazione al Prefetto, il quale, sulla base delle valutazioni emerse nelle sedi di coordinamento, può adottare le misure di vigilanza dinamica. L'art. 14 della l. 168/2023 disciplina, invece, una seconda ipotesi, relativa a una fase successiva del procedimento penale, che si verifica quando le misure cautelari coercitive già disposte dall'autorità giudiziaria vengano meno[45], perché estinte, revocate o sostituite con altre meno gravose: anche in tali casi, la comunicazione al prefetto consente di attivare strumenti di vigilanza dinamica, così da garantire la continuità della protezione della vittima. In entrambe le ipotesi, la misura è soggetta a revisione periodica ogni tre mesi, al fine di verificare la permanenza delle condizioni di rischio.

A differenza dell'ammonimento del questore, tuttavia, la vigilanza dinamica non è assistita da una disciplina dettagliata che ne definisca in modo puntuale le modalità applicative: essa si concretizza piuttosto in strumenti operativi flessibili, idonei, proprio

[43] Tale evoluzione interpretativa si pone verosimilmente anche in linea con quanto affermato dalla Corte EDU, sez. I, 22 giugno 2023, *Giuliano Germano c. Italia* (ric. n. 10794/12), che ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU in un caso di ammonimento *ex* art. 8 del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11. In particolare, la Corte ha rilevato come il ricorrente fosse stato significativamente escluso dal processo decisionale e come non fossero state dimostrate adeguate ragioni di urgenza tali da giustificare una compressione dei diritti di partecipazione al procedimento. La Corte EDU ha inoltre evidenziato che l'ammonimento aveva inciso negativamente sulla vita privata e familiare del ricorrente e che, essendo connesso a condotte qualificate come "stalking", presentava un effetto stigmatizzante, idoneo a incidere sulla sua reputazione. I giudici di Strasburgo hanno, inoltre, ricondotto le garanzie enunciate ai principi di legalità e di Stato di diritto, propri di una società democratica, che richiedono che le misure incidenti sui diritti fondamentali siano accompagnate da adeguate garanzie procedurali, tra cui anche la possibilità di un contraddittorio effettivo dinanzi a un organo indipendente, chiamato a riesaminare tempestivamente le ragioni della decisione e le prove rilevanti.

[44] L'art. 1 comma 2 della l. n. 168/2023 ha aggiunto l'art. 3.1, dopo l'articolo 3, del d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito, con modificazioni, dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119.

[45] La riforma, infatti, tocca l'art. 299 c.p.p. aggiungendo due ulteriori commi dopo il 2-*bis*.

in ragione di tale elasticità, a garantire una tutela tempestiva e calibrata sulle esigenze della vittima[46].

3. Il femminicidio: vessillo della lotta penale alla violenza di genere

È, dunque, in questo scenario che si colloca l'introduzione del delitto di femminicidio, che si presenta come figura emblematica del contrasto alla violenza di genere nell'ordinamento penale italiano, in quanto consente di cogliere, in forma paradigmatica, le logiche sottese agli interventi legislativi in materia.

3.1. Etimologia di un fenomeno dai labili contorni

Il concetto di *femicide* è stato introdotto negli anni '90 del secolo scorso da Diana Russell, che lo ha inizialmente definito come «*the misogynist killing of women by men*»[47] e, successivamente, nel 2001, come «*the killing of females by males because they are female*»[48]. Quest'ultima definizione, secondo l'Autrice, conserva la propria validità, in quanto pone l'accento sul movente discriminatorio e supera le critiche legate al termine stesso, che, per la sua etimologia, richiamando il latino *femina*, sembrerebbe riferirsi a un dato meramente biologico[49], piuttosto che alle discriminazioni derivanti dall'attribuzione di ruoli sociali differenti tra uomo e donna.

Il termine ha conosciuto una significativa evoluzione entrando in contatto con la dimensione dinamica della lotta sociale e politica dell'America centrale[50]. In particolare, a Marcela Lagarde si deve la rielaborazione del concetto attraverso l'introduzione del termine *feminicide* e l'ampliamento del suo contenuto[51]: non più soltanto l'uccisione di donne per motivi di genere, ma un fenomeno che include anche la violenza istituzionale e l'impunità che caratterizzano, in particolare, i sistemi giudiziari latinoamericani.

---

[46] E. S. GRECO, V. SALERNO, *Le nuove competenze del Prefetto previste dalla legge 24 novembre 2023, n. 168,* in *Rivista dell'associazione italiana degli avvocati per la famiglia e per i minori,* n. 1/2025, pp. 89-90.
[47] J. RADFORD, D. E. H. RUSSELL (a cura di), *Femicide: The politics of woman killing*, New York,1992, p. 3.
[48] R. A. HARMES, D. E. H. RUSSELL, *Femicide in Global Perspective*, New York - Londra, 2001, p. 13.
[49] A. MERLI, *Violenza di genere e femminicidio. Le norme penali di contrasto e la legge n. 119 del 2013 (c.d. legge sul femminicidio*), Napoli 2015, p. 35.
[50] E. CORN, *Il reato di femminicidio nel codice penale italiano: cronaca di una controversia annunciata*, in *Sist. pen*., 12 dicembre 2025, pp. 2-3
[51] M. LAGARDE, *Del femicidio al feminicidio*, in *Desde el jardín de Freud*, n. 6/2006, pp. 221-222.

La differenza tra le due prospettive appare dunque netta: mentre Russell propone una definizione centrata sul rapporto diretto tra autore e vittima, Lagarde offre una lettura più articolata, che ricomprende anche la corresponsabilità delle istituzioni e la dimensione sistemica della violenza.

Il termine "femminicidio" resta, in ogni caso, suscettibile di fraintendimenti, come dimostra la sua evoluzione nel dibattito giuridico e nel diritto positivo italiano. Esso è stato infatti spesso utilizzato come categoria generale, idonea a ricomprendere tutte le forme di violenza contro l'integrità psicofisica, la libertà o la vita delle donne, non già episodiche, ma accomunate da un atteggiamento di assoggettamento e annullamento della loro identità[52]. Non sorprende, pertanto, che la legge n. 119 del 2013, pur non contenendo alcun riferimento all'uccisione di donne per motivi di genere, sia stata impropriamente qualificata, nel dibattito giuridico e pubblico, come legge sul femminicidio[53].

La tendenza più recente, nella quale si inserisce anche la riforma italiana del 2025, sembra orientata a privilegiare un approccio maggiormente sensibile alla dimensione strutturale della violenza sessista di matrice patriarcale[54]. In questa prospettiva, è lo stesso sistema di relazioni di potere fondato sul genere a costituire il criterio interpretativo per individuare l'elemento essenziale della fattispecie di femminicidio. Si tratta, dunque, di un tentativo (benché, si anticipa, inidoneo) di ancorare la rilevanza penale a un dato oggettivo, il contesto di violenza di genere, che, nelle intenzioni del

[52] È la prospettiva di B. SPINELLI, *Femminicidio. Dalla denuncia sociale al riconoscimento giuridico internazionale,* Milano 2008, che propone, per prima nel dibattito giuridico italiano, una distinzione tra il "femminicidio" come categoria ampia che comprende tutte le forme di violenza (fisica e psicologica) contro le donne, volte a distruggerne identità e libertà; e il "femmicidio" come sottoinsieme che indica solo i casi di uccisione di donne. L'A. conclude che, onde evitare confusione, vada preferita l'espressione "femminicidio" solo per indicare gli omicidi di donne, legati a discriminazione o violenza di genere, lasciando le altre forme di violenza a un concetto più ampio. Tale ricostruzione è riportata in E. CORN, *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia, comparazione, prospettive*, Napoli 2017, pp. 64-65; di diverso avviso invece F. MACRÌ, *Femicidio e tutela penale di genere*, cit., pp. 5-6, che ritiene preferibile l'utilizzo del termine femicidio, pur sempre nel significato di uccisione di una donna "in quanto donna", sia in ragione del mantenimento dell'originaria formulazione proposta da Russel, sia in considerazione della diversa sfumatura semantica assunta dal termine nella traduzione offerta da Lagarde. In particolare, il requisito della corresponsabilità delle istituzioni nel fenomeno della violenza sistemica di genere, che individua proprio nell'uccisione della donna il suo momento apicale, appare proprio dei contesti del centro e sud America, mentre non risulta riscontrabile negli stessi termini nel contesto italiano.

[53] A. MERLI, *Violenza di genere e femminicidio,* cit*.,* pp. 33 ss.; F. MACRÌ, *Femicidio e tutela penale di genere*, cit., p. 2.

[54] P. TOLEDO, *Femicidio*, in J. DI CORLETO (a cura di), *Género y justicia penal*, Buenos Aires, 2017, pp. 239-240, sottolinea la diffusione, anche nella dottrina argentina, di concezioni ampie di femminicidio, che includono non solo gli omicidi dolosi di donne, ma tutte le morti che siano anche lata conseguenza della discriminazione strutturale di genere, come quelle conseguenti ad aborti clandestini.

legislatore, consentirebbe da un lato di prescindere dall'indagine sui motivi interiori dell'agente (tema centrale nei crimini d'odio) e, dall'altro, di giustificare la differenziazione rispetto all'omicidio comune alla luce di esigenze di eguaglianza sostanziale. Tuttavia, tale approccio non è esente da criticità[55], riconducibili in larga misura alla persistente indeterminatezza di una fattispecie che tende a oltrepassare i confini del diritto penale inteso come *extrema ratio* di tutela.

3.2. La donna nel sistema penale

Qualunque sia l'ampiezza entro cui lo si circoscriva, il femminicidio si configura come una fattispecie di reato caratterizzata dall'identità di genere della vittima[56]. Nel sistema del codice penale, tuttavia, le ipotesi in cui la qualità di donna rileva quale elemento tipizzante della fattispecie sono estremamente rare e riconducibili a situazioni in cui tale qualità assume rilievo sotto il profilo strettamente biologico. Ci si riferisce, in particolare, all'interruzione di gravidanza non consensuale di cui all'art. 593-*ter* c.p. e al reato di mutilazioni genitali femminili previsto dall'art. 583-*bis* c.p. Nel primo caso, la rilevanza della condizione femminile discende direttamente da un dato biologico oggettivo, essendo evidente che solo una donna può essere soggetto passivo di un aborto non consensuale; diverso, invece, è il caso delle mutilazioni genitali femminili. Sebbene anche qui la dimensione femminile venga in rilievo sotto il profilo biologico, trattandosi di pratiche che incidono sull'integrità fisica della donna, la scelta del legislatore di prevedere una specifica fattispecie incriminatrice, come è stato più volte sottolineato, non si esaurisce nella mera considerazione di tale dato oggettivo. Essa trova piuttosto la propria *ratio* nella necessità di contrastare una pratica radicata in modelli socio-culturali di carattere oppressivo, storicamente finalizzati al controllo della sessualità e del corpo femminile e, per ciò stesso, lesivi della dignità e dell'integrità fisica della donna. Sotto questo profilo, la tipizzazione autonoma della condotta non si giustifica soltanto in ragione della peculiarità anatomica della vittima, ma anche in

[55] Efficacemente riassunte in AA.VV., *Il reato di femminicidio presentato dal Governo: le ragioni della nostra contrarietà*, in *Sist. pen*., 28 maggio 2025, un documento critico nei confronti della proposta di legge sottoscritto da 77 tra professoresse, ricercatrici e studiose penaliste.

[56] M. DONINI, *Perché non introdurre un reato di femminicidio che c'è già*, in *Sist. Pen*, 18 marzo 2025, sottolinea come si tratti della prima occasione in cui il legislatore interviene operando una differenziazione esplicita tra i generi, non già perché in precedenza non si sia occupato della violenza di genere, bensì perché tali interventi avevano inciso in modo tale che «la realtà della discriminazione e delle disuguaglianze venisse criminalizzata maggiormente solo di fatto, e non in astratto».

considerazione della dimensione simbolica e culturale della pratica, che esprime una forma particolarmente intensa di violenza di genere.

Calata in modo peculiare nella dimensione femminile era anche la disciplina della prostituzione contenuta nel codice penale prima della riforma introdotta con la c.d. legge Merlin (l. 20 febbraio 1958, n. 75)[57]. Già la disciplina previgente, infatti, lasciava emergere chiaramente come il fenomeno della prostituzione fosse concepito come una realtà intrinsecamente femminile. È vero che la fattispecie di istigazione alla prostituzione presentava, almeno in apparenza, una struttura neutra: l'art. 531 comma 1 c.p. faceva infatti riferimento alla «persona di età minore o in stato di infermità o deficienza psichica». Tuttavia, tale neutralità risultava immediatamente ridimensionata dalle specificazioni successive; in particolare, il comma 2 della medesima norma prevedeva un aggravamento di pena nel caso in cui il fatto fosse commesso «in danno di una minorenne coniugata»[58]. Che, nell'orizzonte concettuale del legislatore del 1930, la prostituta fosse esclusivamente una donna emerge con chiarezza anche dall'art. 534 c.p., che incriminava chiunque «si fa mantenere, anche in parte, da una donna, sfruttando i guadagni che essa ricava dalla sua prostituzione».

L'intervento riformatore operato con la legge Merlin ha certamente modificato tale assetto, ma non ha del tutto reciso il legame tra prostituzione e dimensione femminile. Nell'art. 3 della legge, infatti, numerose condotte sono formulate in termini neutri, riferendosi genericamente a "persone"[59], accanto alle quali, tuttavia, permane una disposizione espressamente riferita alla donna: il n. 5 del medesimo articolo incrimina infatti chiunque induca alla prostituzione una donna di età maggiore o compia

[57] Le disposizioni di cui agli artt. 531–536 c.p., precedentemente collocate nel Capo II ("Delle offese al pudore e all'onore sessuale") del Titolo IX, relativo ai delitti contro la moralità pubblica e il buon costume, sono state abrogate e sostituite dall'art. 3 della legge in esame.

[58] Analogamente, l'art. 532 c.p. configurava un autonomo titolo di reato, prevedendo una pena più elevata nel massimo qualora l'induzione alla prostituzione riguardasse la discendente, la moglie, la sorella ovvero l'affine in linea retta discendente, purché maggiorenni. A completamento della disciplina, l'art. 561 c.p. prevedeva una causa di non punibilità per l'adulterio della moglie nel caso in cui il marito l'avesse indotta alla prostituzione ovvero ne avesse tratto vantaggio. Tale previsione appare espressiva di un assetto normativo in cui non è la donna, nella sua autodeterminazione, a occupare una posizione centrale; al contrario, ove essa risulta inserita in una dimensione eminentemente domestica, il suo ruolo di moglie assume rilievo determinante. Ancora più esplicita, inoltre, risultava la formulazione dell'art. 533 c.p., relativo alla costrizione alla prostituzione, che individuava espressamente quali soggetti passivi una persona minore di età o una donna maggiorenne, prevedendo altresì un aumento di pena nel caso in cui la donna fosse coniugata.

[59] Ci si riferisce al reclutamento e all'agevolazione della prostituzione (art. 3, comma 1, n. 4), all'induzione o agevolazione a recarsi all'estero al fine di esercitare la prostituzione (n. 6), al reclutamento in forma associata (n. 7), nonché al favoreggiamento e allo sfruttamento della prostituzione (n. 8).

atti di lenocinio, sia personalmente in luoghi pubblici o aperti al pubblico, sia mediante la stampa o altri mezzi di pubblicità.

Storicamente, il fenomeno della prostituzione è stato caratterizzato (in prevalenza, ma non in totalità) da protagoniste femminili: si pensi alla prostituzione di strada, allo sfruttamento organizzato e alla presenza di una clientela prevalentemente maschile. Tuttavia, la legge Merlin si colloca all'interno di una precisa visione politico-criminale del fenomeno. In tale contesto, la previsione di cui al n. 5 dell'art. 3 l. n. 75/1958 potrebbe essere volta a colpire forme di induzione diretta e immediatamente percepibili, quali il lenocinio, l'attività svolta in luoghi pubblici o aperti al pubblico e le forme di pubblicità, che, dall'osservazione empirica delle dinamiche in esame, risultavano tipicamente rivolte a donne.

È significativo, infatti, che nessuna delle disposizioni della legge Merlin configuri la prostituzione, in sé considerata, come reato[60]. La sanzione penale non si dirige contro la persona che esercita il meretricio, ma contro chi lo organizza, lo favorisce o lo sfrutta a fini di lucro, spesso a danno di soggetti vulnerabili, prevalentemente donne, ritenute non pienamente libere o consapevoli nella determinazione di prostituirsi[61]. Tale impostazione riflette, tuttavia, una precisa rappresentazione delle dinamiche sociali sottese al fenomeno: la figura della prostituta continua ad essere implicitamente identificata con quella femminile, con il tradizionale corredo di stigmatizzazione etico-morale. Che la legge Merlin non abbandoni del tutto la prospettiva della tutela della moralità e del buon costume emerge, d'altronde, con evidenza dalla sua inattualità[62].

---

[60] Angelina Merlin dichiarò, in un'intervista rilasciata a Oriana Fallaci e pubblicata su *L'Europeo* (28 luglio 1963, pp. 52-53): «E chi pretendeva di abolire la prostituzione? Io?!? La mia legge mirava solo a impedire la complicità dello Stato. Rilegga il titolo: "Abolizione della regolamentazione per la lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui". E basta. (…) La prostituzione non è mica un crimine, è un malcostume».

[61] T. PITCH, *Responsabilità limitate: attori, conflitti, giustizia penale*, Milano 1989, pp. 175 ss., evidenzia come il progetto Merlin mirasse all'abolizione delle case chiuse e alla depenalizzazione della prostituzione, ritenute incompatibili con il rispetto dei diritti civili e funzionali al mantenimento del doppio standard sessuale. Tuttavia, nel corso del dibattito parlamentare, finì per prevalere una rappresentazione delle prostitute come soggetti deboli e bisognosi di protezione, che portò all'introduzione di misure di carattere paternalistico, limitative della loro autonomia.

[62] Emerge all'art. 12, che prevede l'istituzione di un Corpo speciale femminile incaricato di sostituire la polizia nelle funzioni inerenti ai servizi del buon costume e alla prevenzione della delinquenza minorile e della prostituzione, emerge chiaramente l'impostazione della riforma. Nella medesima prospettiva si collocano ulteriori disposizioni della legge: l'art. 7 vieta la registrazione delle donne che esercitano o siano sospettate di esercitare la prostituzione, nonché il rilascio di documenti speciali, con l'obiettivo di

Al di là delle complesse problematiche connesse al fenomeno della prostituzione, che non è possibile affrontare compiutamente in questa sede[63], tale evoluzione normativa rappresenta un esempio significativo di come il riferimento specifico alla donna presupponga, nella quasi totalità dei casi, l'attenzione a dimensioni sociali e culturali storicamente costruite come femminili. Ne deriva una sovrapposizione tra sesso biologico e genere "sociale" che ha a lungo caratterizzato la rappresentazione giuridica dei fenomeni umani[64]. Ciò non significa trascurare la rilevanza penale di condotte e circostanze che offendano beni essenziali, non nell'ottica di una tutela personalistica e necessaria; implica, però, la necessità di prestare attenzione alla trasposizione immediata di dati criminologici sul piano penale, poiché essa potrebbe determinare disparità di trattamento, in nome dell'esclusiva esigenza di contrastare un determinato fenomeno sociale.

È possibile, dunque, individuare aree di frizione (e, al contrario, ambiti maggiormente coerenti) con i principi fondamentali del sistema, alla luce delle considerazioni svolte in tema di giustificazione dell'intervento penale in relazione al principio di uguaglianza sostanziale.

Nel caso dell'aborto preterintenzionale, infatti, non viene in rilievo la dimensione sostanziale dell'uguaglianza, poiché non si tratta di attribuire rilevanza penale a differenze di ordine sociale, economico o culturale tra uomo e donna, da cui derivino specifici fenomeni criminali che vedano la donna come peculiare tipo di vittima. La distinzione normativa trova piuttosto giustificazione nel modello di uguaglianza formale, che consente di valorizzare differenze biologiche oggettive senza

---

superare le forme di schedatura risalenti all'epoca fascista, formalmente giustificate come controlli sanitari; l'art. 8 prevede, invece, l'istituzione di speciali istituti di patronato, destinati non solo alla tutela e all'assistenza delle donne provenienti dalle case di prostituzione (abolite dalla riforma), ma anche alla loro rieducazione, consentendo l'accesso a tali strutture anche a coloro che, pur già avviate alla prostituzione, intendano ritornare a una vita considerata conforme ai canoni di onestà.

[63] Si rinvia, *ex multiis,* alle riflessioni di A. CADOPPI (a cura di), *Prostituzione e diritto penale. Problemi e prospettive*, Roma 2014; F. PARISI, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, Torino 2018.

[64] Tali retaggi risultano, invece, progressivamente superati nella disciplina contemporanea della tratta di persone. Le previgenti disposizioni di cui agli artt. 535 e 536 c.p., oggi abrogate, facevano infatti espresso riferimento alla tratta finalizzata alla prostituzione di minori o di una donna maggiorenne in stato di infermità o deficienza psichica, nonché alla tratta di una donna maggiorenne mediante violenza, minaccia o inganno. La normativa attualmente vigente è, invece, formulata in termini pienamente neutri e non contiene alcun riferimento specifico al genere femminile: si guardi agli artt. 600-*bis* e 600-*quinquies* c.p. in materia di prostituzione minorile, alla riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù di cui all'art. 600 c.p., alla tratta di persone prevista dall'art. 601 c.p. e alle relative circostanze aggravanti di cui all'art. 602-*ter* c.p.

attribuire alla donna uno *status* giuridico peculiare. In altri termini, il riconoscimento della differenza non implica l'attribuzione di un valore gerarchico, ma costituisce uno strumento volto a garantire la piena tutela dei diritti di libertà, tenendo conto di differenze naturali insopprimibili[65].

Ci si deve allora interrogare se il femminicidio si inserisca effettivamente in tale filone oppure se si collochi al di fuori, nella misura in cui la nozione di donna assunta dal legislatore non sia più quella strettamente biologica, bensì una nozione "sociale". È stato infatti osservato che questa dovrebbe essere l'interpretazione più coerente con la *ratio* della riforma, in linea con l'orientamento della giurisprudenza costituzionale, che accoglie un concetto di identità sessuale nel quale «assume rilievo non più esclusivamente il dato anatomico degli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero "naturalmente" evolutisi, (…) ma anche elementi di carattere psicologico e sociale»[66], con le conseguenti criticità in un sistema penale orientato ai principi di necessità e legalità.

3.3. L'art. 577-*bis* c.p.: il fatto tipico

La legge 2 dicembre 2025, n. 181, dunque, ha inciso in modo significativo sul dibattito italiano in materia di violenza di genere, delineando un complesso di

[65] L. FERRAJOLI, *La differenza sessuale e le garanzie di uguaglianza*, cit., pp. 62- 64; A. MANNA, *La donna nel diritto penale*, cit., pp. 860-861, ritengono legittimo avanzare la pretesa di specifiche «garanzie sessuate» qualora ciò risulti necessario per il riconoscimento e la tutela di diritti fondamentali che trovano la loro specificità proprio nell'appartenenza al sesso femminile. Tuttavia, i due autori sembrano ampliare forse eccessivamente l'ambito del garantismo della differenza, sino a ricomprendervi anche la tutela della libertà sessuale. Essi stessi riconoscono che si tratta di un diritto non esclusivamente femminile; tuttavia, rilevano che «di fatto» le sue violazioni sono «sempre» commesse da uomini ai danni delle donne, da ciò derivando la necessità di specifiche garanzie a favore del sesso femminile. Nell'opinione di chi scrive, non appare invece necessario caratterizzare la tutela penale in base al sesso di appartenenza, al fine di tenere conto, nell'accertamento puntuale della verità processuale e nell'attribuzione della responsabilità penale, delle dinamiche di potere che si snodano in una società di stampo patriarcale. Non si ritiene, infatti, legittimo annoverare tra gli scopi del diritto penale quello di riequilibrare tali asimmetrie di fatto, che possono piuttosto trovare adeguato rilievo nell'organizzazione di una formazione appropriata degli operatori del diritto, affinché si evitino fenomeni di vittimizzazione secondaria nel corso del processo e si impedisca che stereotipi di genere o pregiudizi sessisti incidano sull'interpretazione della legge e sull'accertamento dei fatti. T. PITCH, *Un diritto per due,* cit*.,* pp. 175-176, evidenzia l'intraducibilità, in sede penale, della violenza sessuale così come viene vissuta nell'esperienza femminile, sottolineando l'inadeguatezza della legge penale quale strumento per risolvere il problema della violenza sessuale e, più in generale, del rapporto tra i sessi. L'Autrice pone piuttosto l'accento sulla necessità di una riscrittura della norma in chiave consensualistica, capace di cogliere più adeguatamente la prospettiva femminile nel caso concreto ed evitare la riduzione del fenomeno alla dicotomia aggressività–vittimizzazione.

[66] In questi termini, in materia di rettifica dell'attribuzione di sesso, Corte cost. sent. n. 221 del 2015 e n. 143 del 2024, in M. GAMBARDELLA, *La piaga endemica. Recenti proposte di legge in materia di violenza sessuale, freezing e femminicidio*, in *Cass. pen*., n. 12/2025, p. 3795, che, sul punto, suggerisce l'inserimento di una disposizione definitoria per «affievolire l'indeterminatezza del testo normativo e l'incertezza interpretativa delle oscillazioni giurisprudenziali».

fattispecie caratterizzate da quello che è possibile definire come "motivo di genere", rappresentando il primo effettivo tentativo di conferire sistematicità ad una disciplina positiva dai contorni flessibili e mutevoli[67]. È stato così introdotto nel codice penale l'art. 577-*bis* c.p., relativo al reato di femminicidio. Il primo comma della disposizione prevede che: «Chiunque cagiona la morte di una donna quando il fatto è commesso come atto di odio o di discriminazione o di prevaricazione o come atto di controllo o possesso o dominio in quanto donna, o in relazione al rifiuto della donna di instaurare o mantenere un rapporto affettivo o come atto di limitazione delle sue libertà individuali è punito con la pena dell'ergastolo. Fuori dei casi di cui al primo periodo si applica l'articolo 575». Inoltre, come anticipato all'inizio del presente capitolo, l'art. 1 della l. 181/2025 ha introdotto una circostanza aggravante nei principali reati riconducibili alla dimensione della "violenza di genere", alla luce del quadro sovranazionale e interno in precedenza delineato[68], contenenti i medesimi elementi che caratterizzano la fattispecie di femminicidio; pertanto, si premette che quanto si analizzerà nel prosieguo vale anche per tali aggravanti.

Il particolare disvalore della condotta, che giustifica il massimo rigore sanzionatorio, viene ancorato a una pluralità di modalità o finalità, ciascuna delle quali, autonomamente considerata, idonea a integrare la fattispecie[69]. A tal proposito, il modello, complessivamente considerato, sembra avvicinarsi a un diritto penale costruito sul tipo di vittima, in tensione con i principi propri di un diritto penale del fatto. Ciò è particolarmente evidente in relazione al fatto commesso «come atto di odio, discriminazione o prevaricazione, ovvero come atto di controllo, possesso o dominio in quanto donna», in cui chiaramente emerge che non sia stata superata la difficoltà di cristallizzare, in una norma penale che deve essere determinata e tassativa[70], fatti connotati in senso marcatamente soggettivo.

---

[67] M. PELISSERO, *Il disegno di legge sul femminicidio: una proposta di puro populismo penale che distoglie dalle vere questioni culturali di genere*, in *Dir. pen. proc.,* n. 5/2025, p. 564, evidenzia che l'intento del legislatore sia quello di delineare una disciplina autonoma, svincolata dall'ambito dei delitti contro l'uguaglianza, come emerge altresì dall'incongruenza rispetto agli aumenti di pena previsti dall'art. 604-*bis* c.p.

[68] L'incremento di pena è da un terzo alla metà per i delitti di cui agli att. 572, 582, 583, 583-*bis*, 583-*quinquies*, 584, 593-*ter*; di misura fissa di un terzo per il reato di cui all'art. 609-*bis*, e da un terzo a due terzi per i delitti *ex* artt. 612-*bis* e 612-*ter*.

[69] *Relazione introduttiva al testo di legge presentato al Senato (d.d.l. S. 1433)*, p. 4, pubblicata in *Sist. pen.*, 3 aprile 2025.

[70] V. MASARONE, *Violenza contro le donne: la deriva emergenziale e simbolica dell'intervento penale fino alla proposta del 'femminicidio' come autonoma fattispecie di reato,* cit., p. 598; A. MASSARO, *Dal*

Non può essere, infatti, in alcun modo giustificato il sacrificio della materialità del fatto, strettamente connessa al principio di legalità *sub specie* determinatezza. Né può ritenersi legittima una norma penale che non consenta ai consociati di prevedere le conseguenze penali del proprio agire e di distinguere il lecito dall'illecito. L'intellegibilità della norma, infatti, quale presupposto della certezza del diritto e dell'eguaglianza di trattamento, richiede la previsione di fatti empiricamente verificabili nel processo; e ciò conduce ad escludere la rilevanza di moti emotivi o comunque interiori che, ove non siano suscettibili di essere oggettivati mediante massime d'esperienza consolidate, rischiano di rimanere affidati alla percezione e alla lettura arbitraria del singolo giudice[71].

Inoltre, il primo gruppo di ipotesi, per quanto semanticamente e concettualmente distinguibile dagli altri due, ricomprende comunque dimensioni tra loro eterogenee, che spaziano dal disprezzo (tipico dei crimini d'odio) alla discriminazione, che implica un giudizio "razionale" di svalutazione, fino alle nozioni di possesso e dominio, che evocano forme di oggettificazione della donna. Sul piano linguistico, tali situazioni, pur diverse tra loro, vengono accostate e ricondotte a unità attraverso l'espressione «in quanto donna»: è qui che si innesta il motivo di genere, cioè l'elemento in forza del quale la condotta offensiva del bene vita assume autonoma e specifica rilevanza penale, con uno spostamento dell'attenzione dall'offesa al bene giuridico alla dimensione soggettiva dell'autore[72].

"divorzio all'italiana" al femminicidio: il cambio di passo del diritto penale di fronte alle questioni di genere, in *Penale. Diritto e procedura*, p. 5 al contrario, ritiene che l'espressione «in quanto donna» rafforzi il requisito della determinatezza, in quanto chiarisce come il femminicidio si radichi in una violenza di genere di natura strutturale; essa dovrebbe, pertanto, riferirsi a tutte le condotte previste dalla norma, e non soltanto a quelle riconducibili a logiche di controllo, possesso o dominio.

[71] G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2019, pp. 69 ss., distinguono il principio di precisione, riferito alla chiarezza della formulazione delle norme richiesta al legislatore, da quello di determinatezza, attinente all'idoneità dei fatti a essere accertati in sede processuale. Nella medesima prospettiva si colloca anche la giurisprudenza costituzionale, che è tornata a valorizzare il requisito della determinatezza nella sentenza n. 172 del 2014, con cui è stata rigettata la questione di legittimità costituzionale relativa al delitto di atti persecutori. In tale occasione, la Corte ha affermato che la fattispecie di cui all'art. 612-*bis* c.p., «pur richiedendo un'attenta considerazione di dati riscontrabili sul piano dei comportamenti e dell'esperienza, consente al giudice di appurare con ragionevole certezza il verificarsi dei fenomeni in essa descritti e, pertanto, non presenta vizi di indeterminatezza, ai sensi dell'art. 25, secondo comma, Cost.». Ne consegue che, finché sia possibile ancorarsi al valore sintomatico di dati oggettivi per ricostruire la dimensione interiore evocata dalla norma, non risultano configurabili censure di incostituzionalità.

[72] *Ex multiis*, R. BARTOLI, *Il tornante del femminicidio: si compirà il passaggio dal populismo al sadismo penale?,* in *Sist. pen.,* 15 luglio 2025, pp. 7-8.

In sede di emendamenti[73], si è pensato di valorizzare il carattere oggettivo dei motivi considerati mediante il ricorso alla formula «come atto di». Tuttavia, il fatto che il legislatore non faccia riferimento esplicito ad elementi soggettivamente connotati, come il fine o il motivo, non implica che si possa prescindere da un accertamento interno alla sfera psichica dell'agente. Affermare che si tratti di un atto di odio richiede comunque la dimostrazione del sentimento in esame e lo stesso vale per il motivo connesso a logiche di controllo, possesso o dominio.

A nulla vale affermare la possibilità di desumere tale motivo dal contesto socio-culturale e relazionale in cui si realizza la condotta, in quanto ciò introdurrebbe una presunzione in contrasto con il principio di personalità della responsabilità penale[74]: si verrebbe, infatti, a configurare una forma di responsabilità oggettiva, in quanto rispetto ad un elemento significativo della fattispecie (chiaramente incidente sul disvalore, essendone l'elemento caratterizzante) non viene richiesta la necessaria copertura psicologica[75]. A differenza di quanto avviene per condotte quali lo sfruttamento o l'approfittamento di una condizione di minorità o di oppressione, in questo caso si verrebbe a imputare all'agente un contesto del quale non si richiede consapevolezza alcuna. Si tratterebbe, in definitiva, di una sorta di "truffa delle etichette", in cui, sotto una veste apparentemente oggettiva, si cela un accertamento di natura eminentemente soggettiva[76].

Non sembrano, dunque, superate le criticità relative alla prova dell'intenzione, rispetto alle quali la giurisprudenza non appare aver maturato un orientamento pienamente uniforme. Infatti, la natura marcatamente valutativa del concetto di discriminazione sembra talvolta indurre i giudici, da un lato, a prescindere

[73] Il testo originario dell'art. 577-*bis* c.p., di iniziativa governativa, presentato il 31 marzo 2025, prima dell'esame da parte della 2ª Commissione permanente (Giustizia) del Senato, cui è stato assegnato nella seduta del 1° aprile 2025, così disponeva: «Chiunque cagiona la morte di una donna quando il fatto è commesso come atto di discriminazione o di odio nei confronti della persona offesa in quanto donna, ovvero per reprimere l'esercizio dei suoi diritti o delle sue libertà o, comunque, l'espressione della sua personalità, è punito con l'ergastolo».

[74] R. BARTOLI, *Il tornante del femminicidio,* cit., p. 9; di opinione contraria, A. MASSARO, *Dal "divorzio all'italiana" al femminicidio,* cit., p. 7, accoglie invece positivamente l'impostazione oggettiva della riforma, escludendo il rischio che essa si traduca in una implicita indagine soggettiva sull'autore: ciò che viene valorizzato non è infatti il motivo individuale dell'agente, ma piuttosto, quale "causa" del reato, il modello socio-culturale basato sulla discriminazione di genere.

[75] V. MASARONE, *Violenza contro le donne: la deriva emergenziale e simbolica dell'intervento penale fino alla proposta del 'femminicidio' come autonoma fattispecie di reato,* cit., p. 599.

[76] M. GAMBARDELLA, *La piaga endemica*, cit., p. 3796, segnala la sciatteria legislativa suggerendo una formulazione alternativa secondo modelli penalistici imperniati su requisiti psicologici.

dall'accertamento dell'effettiva intenzione, ritenendo sussistente in *re ipsa* l'elemento in esame, e, dall'altro, a fondare la valutazione prevalentemente su elementi esteriori[77]. Un simile approccio potrebbe esporre al rischio di un'applicazione indiscriminata della norma, con possibili riflessi sulle garanzie che presidiano il diritto penale[78]. L'odio, invece, in un diritto penale del fatto, non può trovare spazio, potendo essere oggetto di intervento penale soltanto ciò che si traduca in condotte materiali esteriormente percepibili. Esso, infatti, in quanto riconducibile alla sfera emotiva, ammesso che di emozione si possa propriamente parlare[79], appartiene al foro interno dell'individuo, il quale resta, o dovrebbe restare, sottratto all'intervento penale, soprattutto se si considera che i meccanismi dell'odio risultano particolarmente sensibili agli *input* esterni, e dunque facilmente manipolabili e orientabili.

L'espressione "in quanto donna", inoltre, pone ulteriori problemi, al di là della questione relativa al riferimento biologico o sociologico del termine "donna", che solleva interrogativi, ad esempio, con riguardo all'omicidio di una donna trans o di una persona biologicamente donna ma con identità non binaria[80]; su tali profili si avrà modo di tornare nel confronto con l'ordinamento argentino.

Va considerato, infatti, che parlare di un'uccisione di una persona "in quanto donna" richiama la dinamica propria dei crimini d'odio, i quali si caratterizzano per il fatto di colpire uno o più membri di un gruppo identificato da una caratteristica comune (la c.d. caratteristica protetta[81]), che costituisce un elemento fondamentale dell'identità della persona. In tali ipotesi, la vittima è generalmente sconosciuta all'aggressore, che agisce appunto sulla base del riconoscimento della sua appartenenza a una determinata categoria. Questa dinamica, tuttavia, non sembra coincidere con quella sottesa ai fenomeni che hanno motivato l'introduzione del reato di femminicidio nell'ordinamento

---

[77] S. D'AMATO, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di finalità di discriminazione e odio etnico, nazionale, razziale o religioso*, in *Critica del diritto*, n. 4/2006, pp. 384 ss.
[78] G. RICCARDI*, Omofobia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, cit., pp. 49-50.
[79] M. SANTERINI, *La mente ostile. Forme dell'odio contemporaneo,* Milano 2021, pp. 6 ss., evidenzia come, nell'ambito delle neuroscienze, non si sia ancora pervenuti a un consenso scientifico né in ordine alla configurabilità dell'odio quale emozione osservabile, né, prima ancora, alla sua stessa definizione. L'odio, infatti, in sé considerato, non sembra costituire un parametro adeguato per l'analisi degli stati emotivi: studi di *brain imaging*, nell'indagare la sua dimensione psichica, hanno peraltro rilevato l'attivazione di circuiti neurali distinti, ma in parte sovrapposti a quelli coinvolti nell'amore romantico.
[80] V. MASARONE, *Violenza contro le donne: la deriva emergenziale e simbolica dell'intervento penale fino alla proposta del 'femminicidio' come autonoma fattispecie di reato,* cit., pp. 595-596; M. DONINI, *Perché non introdurre un reato di femminicidio che c'è già,* cit.
[81] OSCE, *Hate crime laws. A practical guide,* cit., p. 24.

italiano, che riguardano, per lo più, aggressioni realizzate nei confronti di donne legate all'autore da una specifica storia relazionale, caratterizzata da dinamiche di controllo o sopraffazione[82]. In tali casi, la vittima non è un bersaglio indifferenziato, ma un soggetto determinato[83]. Anche volendo ammettere che il motivo di genere trovi spazio tra le categorie rilevanti sul piano sostanziale e processuale, dunque, esso non attiene tanto alla "scelta" della vittima, quanto piuttosto al substrato culturale che consente all'agente di ritenere legittimo disporre della vita e dei beni della "propria" donna.

Che la *ratio* della norma sia orientata a reprimere forme di oppressione declinate prevalentemente in una dimensione relazionale specifica emerge anche dalla struttura degli altri gruppi di ipotesi individuabili, quale quello caratterizzato dalla limitazione della libertà[84]. Come giustificare, infatti, una restrizione della libertà ulteriore rispetto a quella che si realizza aggredendo la vita di una persona, se non in forza di una relazione di prossimità con la vittima? Proprio su questo punto la previsione presenta i principali profili problematici, nella misura in cui rischia di assumere una valenza meramente tautologica, posto che ogni omicidio, per definizione, comporta la definitiva soppressione dei diritti e delle libertà fondamentali della vittima. Il secondo periodo del primo comma dell'articolo 577-*bis* c.p., inoltre, precisa che, fuori dei casi di cui al primo periodo, si applica l'articolo 575 c.p. Anche tale previsione appare non solo ridondante (poiché opererebbe comunque la disciplina del concorso apparente di norme *ex* art. 15 c.p.), ma anche inutile ai fini di una concreta ricostruzione del rapporto

[82] E. CORN, *Il femminicidio come fattispecie penale*, cit., pp. 45-46, evidenzia il legame originario tra il femminicidio e i crimini d'odio, radicato nella vicenda politico-culturale che ispirò la riflessione di Diana Russell e Jane Caputi, poi confluita nel noto scritto del 1990. Le studiose analizzarono, in particolare, il caso di Marc Lépine, autore della strage avvenuta presso l'Università di Montréal, il quale, dopo essere stato respinto all'esame di ammissione alla facoltà di ingegneria, individuò come responsabili del proprio insuccesso alcune studentesse che avevano invece ottenuto l'accesso, occupando spazi tradizionalmente considerati maschili. Russell e Caputi misero in luce come la stampa dell'epoca tendesse a rappresentare l'episodio come il gesto isolato di un uomo squilibrato, ma che, qualora l'elemento identificativo delle vittime fosse stato diverso, ad esempio il colore della pelle o la religione, difficilmente si sarebbe esitato a qualificare l'accaduto come un hate crime, evidenziando così una significativa asimmetria interpretativa.

[83] R. BARTOLI, *Il tornante del femminicidio,* cit*.,* p. 10; V. MASARONE, *Violenza contro le donne: la deriva emergenziale e simbolica dell'intervento penale fino alla proposta del 'femminicidio' come autonoma fattispecie di reato,* cit., p. 599.

[84] Pur riferite all'originaria formulazione del disegno di legge, non possono ritenersi superate le critiche formulate da V. MONGILLO, *Diritto penale e ingegneria simbolica: i limiti della proposta di un nuovo delitto di femminicidio e le esigenze di tutela effettiva*, in *Sist. pen*., 12 giugno 2025, p. 11. Secondo l'Autore, infatti, l'uccisione della donna quale atto volto a limitarne le libertà individuali «non è contro le donne in quanto tali, ma contro quella specifica donna, per impedirle l'esercizio dei suoi diritti o l'affermazione della sua personalità». Se tale impostazione può, da un lato, agevolare l'accertamento giudiziario, dall'altro solleva rilevanti dubbi di coerenza costituzionale, in quanto il diritto all'autodeterminazione ha carattere universale e appartiene a ogni individuo; ne consegue che esso, a rigore, non può giustificare un trattamento penalistico differenziato fondato esclusivamente sulla condizione femminile o, più in generale, sul genere della vittima.

strutturale tra la norma generale di cui all'art. 575 c.p. e quella speciale di cui all'art. 577-*bis* c.p., nei casi in cui l'elemento di specialità non risulti riscontrabile. Ciò principalmente perché la locuzione "in quanto donna" sembra riferirsi soltanto al primo dei gruppi di ipotesi previsti, e non anche agli altri, con conseguenti difficoltà interpretative[85].

Analoghe criticità si riscontrano con riferimento all'ipotesi connessa al rifiuto della donna di instaurare o mantenere una relazione affettiva, introdotta in sede di emendamento. Se, infatti, la privazione della libertà risulta assorbita nell'offesa alla vita, non può dirsi che il disvalore discriminatorio della condotta posta in essere "in relazione" al rifiuto assorba automaticamente il motivo di genere. Il mero riferimento alla donna quale soggetto passivo non è sufficiente a giustificare la riconduzione di un omicidio alla violenza di genere: è vero che il rifiuto di una donna può inserirsi in dinamiche di tipo maschilista, ma è del pari vero che una reazione violenta a tale rifiuto possa scaturire da dinamiche psicologiche e relazionali complesse, non riconducibili a una causa unitaria, quale una *forma mentis* patriarcale o un contesto di dominazione maschile[86].

3.4. Il profilo sanzionatorio

Ulteriore profilo problematico sottostante alla fattispecie di nuova introduzione è l'assenza di un reale vuoto di tutela per i fatti considerati[87], senz'altro riconducibili alla disciplina dell'omicidio, con le relative aggravanti di cui agli artt. 576 e 577 c.p., che lo stesso secondo comma dell'art. 577-*bis* c.p. richiama come applicabili[88]. Si ribadisce,

---

[85] *Ex multiis*, M. DONINI, *Perché non introdurre un reato di femminicidio che c'è già,* cit.*,* 5; R. BARTOLI, *Il tornante del femminicidio,* cit., p. 11.

[86] V. MONGILLO, *Diritto penale e ingegneria simbolica,* cit.*,* p. 12; V. MASARONE *Violenza contro le donne: la deriva emergenziale e simbolica dell'intervento penale fino alla proposta del 'femminicidio' come autonoma fattispecie di reato,* cit., p. 600, rileva, inoltre, un ulteriore profilo di criticità sul piano della determinatezza, in quanto la formulazione normativa non chiarisce in modo sufficientemente tassativo l'entità del collegamento che deve intercorrere tra l'uccisione della donna e il rifiuto della stessa di instaurare o mantenere un rapporto affettivo.

[87] A. PUGIOTTO, *La mimosa all'occhiello del populismo penale*, in *Sist. pen*., 2 aprile 2025, sottolinea l'incostituzionalità, sotto il profilo dell'offensività, della determinatezza e della materialità, di una nuova incriminazione innecessaria (e lo fa citando Carrère: «i tecnicismi sono l'unica alternativa alle parole a vanvera»).

[88] M. DONINI, *Perché non introdurre un reato di femminicidio che c'è già*, cit.*,* Si pensi all'art. 576, comma 1, n. 5), in occasione della commissione di taluno dei delitti previsti dagli artt. 572, 583-*quinquies*, 600-*bis*, 600-*ter*, 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies*, e n. 5.1), dall'autore del delitto previsto dall'art. 612-*bis* nei confronti della stessa persona offesa; all'art. 61, comma 1, n. 1), relativo ai motivi abietti o futili, e n. 11), concernente l'avere commesso il fatto con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero di coabitazione o di ospitalità, nonché nei confronti dell'ascendente o discendente

infatti, che, nel contesto italiano, i casi di femminicidio si realizzano prevalentemente all'interno di relazioni familiari o affettive: ipotesi che risultavano già punite con la pena dell'ergastolo in virtù di aggravanti, sia speciali sia comuni, nonché elementi che, anche in assenza di una relazione affettiva, possono essere valorizzati in sede di commisurazione della pena mediante il ricorso ai criteri di cui all'art. 133 c.p.

Al di là della marcata opzione in senso giustizialista che si esprime nella scelta del "fine pena mai"[89], è stato osservato come tale intervento persegua anche l'obiettivo di limitare sia l'accesso ai benefici penitenziari sia il bilanciamento delle circostanze. Ciò risulta ulteriormente enfatizzato dagli ultimi due commi della disposizione, che irrigidiscono il meccanismo di bilanciamento[90], oltre al fatto che, stando alla lettera della norma, le attenuanti non potranno in ogni caso ridurre la pena al di sotto dei ventiquattro anni di reclusione[91]. Si tratta di una scelta tutt'altro che casuale, soprattutto se si considera che gli elementi caratterizzanti il femminicidio sono stati trasformati in circostanze aggravanti per la maggior parte dei reati riconducibili alla violenza di genere: ci si potrebbe allora chiedere per quale ragione non si sia optato per la medesima soluzione anche in relazione al delitto di omicidio. Una risposta convincente, tuttavia, sembra difficilmente individuabile al di fuori di una logica di punitivismo simbolico: la norma, connotata da un elevato rigore sanzionatorio, si inserisce infatti perfettamente nel solco già tracciato dai precedenti interventi in materia di violenza di genere.

(art. 576, comma 1, n. 1); ma anche all'art. 577, comma 1, n. 1), che prevede l'aggravante nel caso di fatto commesso contro il coniuge, anche legalmente separato, contro l'altra parte dell'unione civile o contro la persona stabilmente convivente con il colpevole o ad esso legata da relazione affettiva.

[89] R. BARTOLI, *Il tornante del femminicidio,* cit. pp. 16-17 sull'illegittimità costituzionale dell'ergastolo *tout court*.

[90] G. L. GATTA, *Femminicidio o omicidio se il marito tenta di uccidere la moglie dopo aver scoperto che si prostituisce? Note a margine del caso di Ventimiglia (GIP Trib. Imperia, ord. 12 gennaio 2026, Giud. Botti),* in *Sist. pen*., 1/2026, p. 198, evidenzia che riconoscimento di attenuanti potrebbe far venir meno, in caso di reato consumato, la preclusione all'accesso al rito abbreviato nell'ipotesi di omicidio, ma non anche in quella di femminicidio, in quanto reato punito con l'ergastolo, *ex* art. 438, comma 1-*bis*, c.p.p.

[91] Ai sensi del terzo comma «Quando ricorre una sola circostanza attenuante ovvero quando una circostanza attenuante concorre con taluna delle circostanze aggravanti di cui al secondo comma, e la prima è ritenuta prevalente, la pena non può essere inferiore ad anni ventiquattro». Ai sensi del quarto ed ultimo comma: «Quando ricorrono più circostanze attenuanti, ovvero quando più circostanze attenuanti concorrono con taluna delle circostanze aggravanti di cui al secondo comma, e le prime sono ritenute prevalenti, la pena non può essere inferiore ad anni quindici».

A ciò si aggiunga che la previsione di un autonomo titolo di reato potrebbe, peraltro, condurre a esiti opposti rispetto a quelli che hanno ispirato la riforma[92]. Il motivo di odio o di genere, infatti, deve essere provato; qualora tale prova non venga raggiunta, o venga efficacemente contrastata dalla difesa, anche alla luce delle difficoltà sopra evidenziate in ordine all'accertamento del movente, senza ricorrere a presunzioni legate al contesto, si rischierebbe di non riuscire a punire a titolo di femminicidio proprio quei fatti che si intende reprimere con maggiore severità. Il sentimento d'odio risulta del tutto inidoneo a fungere da elemento di rilevanza giuridica, in ragione della sua intrinseca carenza di tassatività, che lo rende insuscettibile di essere concretizzato se non attraverso metodi presuntivi, in contrasto con il diritto penale della materialità e della responsabilità personale[93].

Non può tacersi, inoltre, sul fatto che la formulazione della norma lasci ampi margini di discrezionalità al giudice, chiamato a stabilire, caso per caso, se una determinata condotta integri un atto di possesso o di dominio, ovvero una limitazione della libertà[94], oppure se l'indifferenza della donna rispetto a un corteggiamento possa essere qualificata come rifiuto[95].

La disciplina previgente si avvaleva, inoltre, di ipotesi "neutre", suscettibili di applicazione in ragione dei beni giuridici coinvolti e delle modalità di aggressione agli stessi, in coerenza con il principio di uguaglianza. Si potrebbe sostenere che siano esigenze di uguaglianza sostanziale a giustificare una differenziazione di trattamento; tuttavia, come già evidenziato nel capitolo precedente, non sembra possibile individuare, in modo convincente, un bene giuridico che legittimi una tutela penale

[92] D. PULITANÒ, *Femminicidio ed ergastolo*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 3/2025, p. 3, avverte che «Prendere sul serio il problema del dolo, arricchito dalla consapevolezza e volontà di discriminare e/o reprimere, potrebbe portare a un'eterogenesi dei fini di una riforma pensata e pubblicizzata in ottica giustizialista».

[93] *Ex multiis*, F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano 1960, pp. 24 ss.

[94] Emblematicamente, il caso Ventimiglia in G. L. GATTA, *Femminicidio o omicidio se il marito tenta di uccidere la moglie dopo aver scoperto che si prostituisce?,* cit*.,* pp. 195 ss., in cui facendo leva sull'obbligo coniugale di fedeltà, il GIP esclude che l'esercizio della prostituzione da parte della vittima costituisse espressione di una libertà individuale.

[95] M. GAMBARDELLA, *La piaga endemica*, cit., pp. 3795-3796, innanzi all'indeterminatezza dell'espressione, che dunque poco chiarisce circa il contenuto e la forma del rifiuto, in un'ottica sistematica e sulla scia di quanto richiesto da dottrina e giurisprudenza in tema di rifiuto di atti d'ufficio *ex* art. 328 c.p., sottolinea come il rifiuto presupponga, inoltre, una preventiva richiesta.

rafforzata a favore di una sola categoria soggettiva, con esclusione di altri gruppi parimenti vulnerabili[96].

3.5. La costante del simbolismo populista

In conclusione, la disciplina in esame appare caratterizzata da una sostanziale sterilità sul piano dei risultati e dell'efficienza, soprattutto con riguardo all'attribuzione al diritto penale di una funzione educativo-promozionale. L'inasprimento sanzionatorio rappresenta, infatti, il filo conduttore degli interventi normativi in materia di violenza contro le donne, pur risultando l'effetto deterrente pressoché nullo: il soggetto agente, specie nei c.d. delitti passionali, difficilmente opera un bilanciamento tra il beneficio derivante dal reato e il costo rappresentato dalla pena.

A ciò si aggiunge un allarme sociale amplificato anche a livello mediatico[97], che alimenta politiche securitarie orientate ad interventi simbolici, che presentano il legislatore (e le forze politiche che lo sostengono) come schierato in prima linea per la persecuzione e la repressione di condotte socialmente dannose, mediante l'introduzione di nuove fattispecie che criminalizzano condotte che, in realtà, erano già penalmente rilevanti. Con ciò non s'intende, naturalmente, sminuire la gravità del fenomeno della violenza di genere[98]; al contrario, proprio in ragione del suo radicamento culturale e

---

[96] V. MONGILLO, *Diritto penale e ingegneria simbolica,* cit., pp. 11-12; M. PELISSERO*, Il disegno di legge sul femminicidio: una proposta di puro populismo penale che distoglie dalle vere questioni culturali di genere,* cit*.,* p.564, che, sotto questo aspetto, elogia la maggiore «linearità semantica» del d.d.l. Zan rispetto alla riforma in esame; anche R. BARTOLI, *Il tornante del femminicidio,* cit., p. 14, sottolinea che «Privare della libertà mediante il penale (incriminazioni di libertà) e imporre l'eguaglianza socio-culturale mediante il penale (incriminazione delle discriminazioni culturali) finiscono per essere due facce della stessa medaglia».

[97] R. BARTOLI, *Il tornante del femminicidio,* cit., pp. 1-3, efficacemente scrive: «Lo spettacolo va in scena (…) In realtà, va in scena quello che da anni va regolarmente in scena attraverso la giustizia penale mass-mediatica, ma stavolta si registra una novità: al linciaggio fino alla condanna si aggiunge l'accanimento verso chi è già stato condannato al carcere a vita. Perché l'ergastolo non basta».

[98] Risulta particolarmente calzante la distinzione operata da C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, cit., pp. 912 ss. tra diversi nuclei di aspettative di risposta punitiva da parte dell'ordinamento e, conseguentemente, tra le differenti forme di criminalità da cui tali istanze prendono origine. È indubbio che fenomeni quali la violenza di genere e il femminicidio incidano su beni giuridici fondamentali della persona, quali la vita, l'integrità fisica e la libertà. Ne consegue la piena legittimità di un'aspettativa nei confronti dello Stato affinché intervenga a tutela di tali beni. Ciò che, tuttavia, non appare ammissibile è che tale richiesta di pena si traduca automaticamente in una legislazione penale di carattere simbolico, non orientata a un'effettiva protezione dei beni giuridici, bensì finalizzata prevalentemente a veicolare messaggi di natura ideologica. Il tema si colloca, dunque, nell'ambito di quella che l'autore definisce "criminalità di strada", ossia quella che incide sulla sicurezza interna e sul relativo sentimento sociale. In questi casi, si è di fronte a fatti che corrispondono a un reale bisogno di tutela di beni giuridici fondamentali, rispetto ai quali viene sollecitato l'intervento dello Stato per ristabilire una sicurezza percepita come compromessa. Ne deriva l'esigenza di una risposta al contempo reattiva e selettiva. Sotto questo profilo, il compito delle istituzioni dovrebbe privilegiare l'effettività e l'efficienza dell'azione

sociale, emerge l'esigenza di politiche realmente efficaci, capaci di produrre risultati concreti in termini di miglioramento sociale[99], e non limitate alla mera neutralizzazione simbolica del "nemico" attraverso pene esemplari. Il ricorso alla «clava penale»[100], tipico della legislazione securitaria degli ultimi anni, che fa leva sull'insicurezza dei consociati senza intervenire con risposte istituzionali strutturate, non ha mai dimostrato una reale capacità di riduzione della criminalità, limitandosi piuttosto ad offrire un conforto solo apparente a problemi irrisolti.

Si inserisce in tale contesto il dibattito circa il rischio che condanne indulgenti possano legittimare logiche patriarcali e, specularmente, l'idea che il diritto penale possa essere utilizzato non solo per reprimere fatti, ma anche per incidere sulla realtà sociale, attraverso un potere «di nominazione»[101] di fenomeni che s'intende contrastare. Tuttavia, come già evidenziato, non spetta al diritto penale sostanziale il compito di educare all'uguaglianza di genere: non è mediante nuove incriminazioni e inasprimento delle pene che può essere scardinato un assetto culturale di tipo patriarcale. Tale obiettivo richiede piuttosto interventi trasversali[102]. Un primo ambito di intervento può certamente essere individuato nelle aule di giustizia[103], assicurando che i procedimenti

---

repressiva, nonché la certezza della pena, piuttosto che lasciarsi guidare da logiche meramente emotive o dal diffuso sentimento di paura. Infatti, diverso è il caso in cui il consenso sociale si coaguli attorno a comportamenti che incidono esclusivamente sul piano dei valori morali, sociali, religiosi o di costume. In tali ipotesi, si assiste a mobilitazioni volte a sollecitare processi di criminalizzazione che danno luogo a quella che viene dall'A. definita «criminalità artificiale». Rispetto a tali fenomeni, l'ordinamento non dovrebbe assecondare il consenso sociale, ma piuttosto opporvi una resistenza critica. In questo senso, si richiama la necessità di una "resistenza al flusso di consenso sociale".

[99] Contra F. MENDITTO, *Riflessioni sul diritto di femminicidio*, in *Sist. pen*., 2 aprile 2025, pur muovendo delle critiche alla struttura fattispecie di nuova introduzione, condivide invece la *ratio* sottesa alla nuova introduzione, ritenendo che tale la previsione di autonomo titolo di reato renda concreto l'impegno del diritto penale nel contrasto alla violenza contro le donne, di cui il femminicidio rappresenta l'espressione più grave.

[100] Espressione di A. PUGIOTTO, *La mimosa all'occhiello del populismo penale,* cit.

[101] In questi termini, P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Il femminicidio esiste ed è un delitto di potere*, cit., p. 14, l'A. valorizza la "potentissima struttura simbolica" del diritto penale, descritta come la più efficace delle vie al fine di raggiungere una tutela che tenga conto degli squilibri sociali tra i generi; seppur favorevole all'introduzione di una tutela di genere L. GOISIS, *Genere e diritto penale. Il crimine d'odio misogino*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2022, p. 59, pone come precondizione del ragionamento intorno all'opportunità del femminicidio un "deciso ripudio" di un intervento in funzione simbolica.

[102] M. VIRGILIO, *Le violenze maschili contro le donne. Tra impunità e populismo penale punitivo*, in S. SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere. Temi e questioni*, Napoli 2020, p. 137, è critica nei confronti della legislazione "di genere" che risponda esclusivamente a logiche simboliche ed emergenziali senza che si sia dato seguito ad un intervento organico di sistema. S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta: ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001, pp. 107 ss., riconosce che legittime esigenze di difesa sociale possano richiedere il ricorso al controllo penale, purché questo si inserisca in un intervento più ampio, nel quale siano adeguatamente garantite le tutele formali e sostanziali.

[103] Si veda G. DE SIMONE, *Le forme di tutela della vittima*, in E. VENAFRO, C. PIEMONTESE (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino 2004, pp. 55 ss.

relativi a fatti riconducibili alla violenza di genere, caratterizzati dalla presenza di una vittima vulnerabile e da specifiche dinamiche interpersonali, siano trattati con la massima attenzione e sensibilità, al fine di evitare fenomeni di vittimizzazione secondaria[104], anche attraverso un'adeguata formazione degli operatori.

A conferma del carattere meramente simbolico di tale ultima riforma, si sottolinea come non sia stato dettato dal caso che il disegno di legge per l'introduzione del delitto di femminicidio sia stato presentato proprio in prossimità dell'8 marzo, come emerge dal Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 117; così come non è dettato dal caso che il disegno di legge sia stato approvato il 25 novembre 2025, in occasione della Giornata internazionale per l'eliminazione della violenza contro le donne.

La riforma, inoltre, si inserisce dichiaratamente in un percorso di riconoscimento della specificità del reato di femminicidio, anche in attuazione degli strumenti internazionali che sollecitano l'adozione di misure legislative per contrastare la violenza contro le donne[105], quali la CEDAW, la Convenzione di Istanbul e la Direttiva (UE) 2024/1385[106]. Tuttavia, né la Convenzione di Istanbul menziona espressamente il femminicidio, né la direttiva impone un obbligo di incriminazione in tal senso, limitandosi ad includerlo tra le possibili forme di violenza contro le donne riconosciute dagli ordinamenti nazionali. Piuttosto, una possibile area di intervento sovranazionale si rinviene nell'art. 11 della direttiva, che prevede l'adozione di misure affinché talune

[104] Ciò emerge in modo particolarmente evidente nei processi aventi ad oggetto l'accertamento della lesione dell'autodeterminazione sessuale della donna, nei quali risultano ancora diffusi l'impiego di un linguaggio sessista e stereotipato, nonché il ricorso a pratiche che finiscono per rendere la donna la "vera imputata" (riprendendo la celebre espressione di Tina Lagostena Bassi nel noto processo per stupro). Sotto tale profilo assume particolare rilievo la sentenza della Corte EDU, sez. I, 27 maggio 2021, *J.L. c. Italia* (ric. n. 5671/16), con cui i giudici di Strasburgo hanno condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 della Convenzione, in ragione del linguaggio e delle argomentazioni utilizzati nella motivazione di una decisione giudiziaria. La Corte ha infatti ribadito l'esistenza di un obbligo positivo in capo agli Stati di proteggere la persona da forme di vittimizzazione secondaria. In particolare, è stata censurata una decisione della Corte d'appello di Firenze che, nel motivare una sentenza di assoluzione per violenza sessuale aggravata, aveva qualificato la ricorrente come «certo un soggetto femminile fragile, ma al tempo stesso creativo, disinibito, in grado di gestire la sua (bi)sessualità e di avere rapporti fisici occasionali, di cui nel contempo non era convinta», ricorrendo a considerazioni del tutto estranee all'accertamento del consenso della donna al momento del fatto.

[105] Sulla spinta sovranazionale alla criminalizzazione, A. CADOPPI, *Il "reato penale". Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, cit., pp. 61 ss.

[106] Nella relazione introduttiva al DDL n. 1433 S, p. 3, si afferma che «il disegno di legge appronta un intervento ampio e sistematico volto a rispondere alle esigenze di tutela rispetto al fenomeno, di drammatica attualità, delle condotte e manifestazioni di prevaricazione e violenza commesse nei confronti delle donne». Tale intervento si colloca in linea con gli obblighi assunti dall'Italia con la ratifica della Convenzione di Istanbul, nonché nel solco delle linee operative delineate dalla direttiva (UE) 1385/2024 in materia di violenza contro le donne e dalle ulteriori direttive relative alla tutela delle vittime di reato.

circostanze, tra cui il fine di punire la vittima per il suo genere o altre caratteristiche protette, possano essere considerate aggravanti. Si tratta, peraltro, di ambiti già in larga parte riconducibili a fattispecie esistenti nel nostro ordinamento[107]. In ogni caso, anche laddove si configurasse un obbligo di incriminazione[108], resterebbero insopprimibili esigenze di legalità che impediscono un adeguamento automatico, senza un necessario bilanciamento con i principi fondamentali del sistema penale[109].

In tale prospettiva, occorre ribadire come la funzione meramente promozionale del diritto penale non possa trovare spazio in un sistema orientato ai principi costituzionali: l'obiettivo di «convertire i maschilisti»[110] non può essere perseguito attraverso pene esemplari, ma richiede politiche educative extrapenali, adeguatamente finanziate e diffuse nei diversi ambiti della vita sociale, dalla scuola ai servizi essenziali. Il continuo ricorso a interventi legislativi "a costo zero"[111], che introducono nuovi obblighi formali (di comunicazione, formazione, ecc.), evidenzia piuttosto le carenze strutturali del sistema, che necessiterebbe di riforme organiche e investimenti concreti, anche, si ribadisce, sul piano della formazione degli operatori[112].

4. Femminicidio culturalmente motivato: il caso Hina Saleem

Un significativo spunto di riflessione viene dal caso, tristemente noto alla cronaca italiana, di Hina Salem, l'uccisione di una giovane di origine marocchina ad opera del padre, Mohammed Salem (che la sgozzò per poi occultarne il cadavere),

---

[107] C. PAONESSA, *La diffusione di contenuti illeciti online. Obblighi di incriminazione e contrasto del "deepfake" nella direttiva (UE) 2024/1385*, in *Criminalia*, 10 giugno 2025, pp. 6 ss.; A. MASSARO, *La Direttiva UE 2024/1385 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica,* cit*.,* pp. 114 ss.

[108] A. MASSARO, *La Direttiva UE 2024/1385 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica,* cit., p. 113, sottolinea che un problema di armonizzazione della disciplina interna potrebbe sussistere in relazione reato di istigazione alla violenza o all'odio online, in cui riemerge il concetto di genere, nella misura in cui la fattispecie ricomprende le condotte rivolte a una persona o a un gruppo individuati anche in base al genere.

[109] *Ex multiis*, A. CAVALIERE, *'Diritti' anziché 'beni giuridici' e 'principi' in diritto penale,* cit., pp. 74-76.

[110] Emblematica, in tal senso, è l'efficace espressione di G. FIANDACA, *Cari professori di diritto penale, è ora di protestare contro il delitto di femminicidio*, pubblicato su *Il Foglio,* il 13 marzo 2025, in cui l'Autore, all'indomani della presentazione del d.d.l., denunciava il rischio di un uso del diritto penale quale strumento di consenso politico ovvero come mezzo pedagogico.

[111] Si tratta del profilo critico connesso alla clausola di invarianza finanziaria che accompagna gran parte degli interventi di riforma di questo tipo, come già avvenuto, peraltro, con il Codice rosso del 2019 e con la legge 24 novembre 2023, n. 168.

[112] M. VIRGILIO, *Nominare il femminicidio. Non in nostro nome*, in *Studi sulla questione criminale online*, 10 marzo 2025.

colpevole di aver scelto «amore e lavoro, all'occidentale»[113], recitano le prime pagine dei giornali. Con sentenza del 13 novembre 2007, il GUP del Tribunale di Brescia, all'esito del giudizio abbreviato, condannò il padre di Hina alla pena di trent'anni di reclusione, unitamente ai due generi dell'uomo, nonché cognati della vittima, Khalid Mahmood e Zahid Mahmood[114], ritenuti responsabili di omicidio in concorso e soppressione di cadavere. Il fatto venne qualificato come omicidio pluriaggravato, in relazione al solo Salem, con contestazione della premeditazione (sebbene condizionata ad un eventuale rinnovato rifiuto della figlia di modificare il proprio stile di vita), della minorata difesa, dei motivi abietti e futili, nonché dell'abuso del rapporto di ospitalità[115] e della promozione e organizzazione del reato. Il quadro complessivo evidenzia un particolare rigore repressivo, verosimilmente anche influenzato dall'indignazione suscitata nell'opinione pubblica.

La condanna venne confermata in secondo grado con sentenza del 5 dicembre 2008 della Corte di Assise di Appello di Brescia, che tuttavia ridusse la pena a diciassette anni di reclusione. Le sentenze di merito, come rilevato dalla stessa Cassazione, «lungi dal ricondurre la vicenda esclusivamente a motivazioni religiose o di costume»[116], hanno posto in evidenza il difficile rapporto tra Hina e la sua famiglia, e in particolare la relazione padre-figlia, connotata da una dinamica di possesso e dominio, in un clima intimidatorio e violento creato dal padre nei confronti della figlia, non disposta a sottostare alla sua autorità.

Nella pronuncia della Corte di cassazione assume rilievo, in particolare, il riconoscimento dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 1, c.p., la cui applicabilità era stata

---

[113] In questi termini, N. VALLINI, *L'omicidio di Hina Saleem. Uccisa perché non voleva sposare un cugino*, in *Corriere della sera*, 14 agosto 2006.

[114] I due generi del Salem vengono condannati a titolo di concorso nel reato, avendo contribuito, sotto diversi profili, alla realizzazione del fatto. In particolare, come si legge nella sentenza n. 6587/2010 della seconda sezione della Cassazione, essi avrebbero impedito a Hina di sottrarsi all'azione criminosa, fornendo altresì un contributo morale attraverso il sostegno all'organizzazione del delitto predisposta dal Salem. La loro presenza, inoltre, è stata ritenuta idonea a rendere più agevole e sicuro l'accesso all'abitazione della giovane, la quale nutriva un profondo timore nei confronti del padre. Infine, è stato loro attribuito un ulteriore contributo materiale consistente nell'occultamento del cadavere e nell'eliminazione delle tracce del reato.

[115] È stata altresì riconosciuta la circostanza aggravante connessa al rapporto di paternità, che la Cassazione ha ritenuto compatibile con l'aggravante dell'abuso del rapporto di ospitalità, in ragione della diversa natura delle stesse, l'una oggettiva e l'altra soggettiva. Si tratta di una scelta che, ad avviso di chi scrive, appare orientata in senso particolarmente afflittivo e presenta profili di dubbia compatibilità rispetto al principio del *ne bis in idem*, verosimilmente influenzata dalla pressione mediatica derivante dal clamore suscitato dalla vicenda.

[116] Cass. pen., sez. II, 18 febbraio 2010, n. 6587, in *Dir. pen. cont.*, 17 novembre 2010, p. 10, con nota di P. F. POLI, *Aggravante dei motivi abietti e reati culturalmente motivati*.

contestata dalla difesa, che aveva sostenuto come l'imputato fosse stato mosso da un «profondo scoramento per non essere riuscito nel suo ruolo di educatore» e da un senso di vergogna nei confronti della comunità di appartenenza[117]. La Corte, pur ribadendo che il motivo può dirsi abietto quando «ripugni al comune sentire della collettività» e che, nella relativa valutazione, il giudice non può prescindere dalle ragioni soggettive dell'agire, anche in relazione ai riferimenti culturali, nazionali o religiosi, ha tuttavia escluso la rilevanza della cultura di appartenenza dell'agente. Il carattere abietto del movente è stato, infatti, ricondotto al rapporto patologico e distorto di possesso parentale, ravvisando nella condotta una reazione di rabbia per la sottrazione della figlia alla potestà paterna, piuttosto che l'espressione di consuetudini culturali o religiose[118].

La sentenza, inoltre, sottolinea più volte le condizioni di vita dell'imputato, evidenziandone l'inserimento nel contesto sociale e lavorativo italiano, nonché la conoscenza della lingua. Proprio tale integrazione viene valorizzata per escludere la rilevanza della cultura di appartenenza. Eppure, il contesto culturale di riferimento, quello del Pakistan, tra i Paesi più conservatori del mondo islamico, è caratterizzato da una forte centralità del concetto di onore nella gerarchia dei valori sociali. In tali realtà, si riscontra frequentemente un marcato senso di controllo e possesso nei confronti dei membri femminili della famiglia[119]: comportamenti che siano espressione della libertà

---

[117] *Ivi*, p. 12.

[118] *Ibidem*. F. SCHIAFFO, *Non solo criminalizzazione: il conflitto culturale secondario e la vittimizzazione delle donne migranti*, in A. DI STASI, R. CADIN, A. IERMANO, V. ZAMBRANO (a cura di), *Donne migranti e violenza di genere nel contesto giuridico internazionale ed europeo*, Napoli 2023, pp. 786-788, mette in luce la peculiare configurazione del conflitto culturale vissuto dalla donna migrante di seconda generazione integrata nel contesto sociale di approdo. In tali ipotesi, infatti, la tensione vissuta non deriva tanto da fenomeni di rigetto o di ostilità provenienti dalla società di accoglienza, quanto piuttosto dall'ambiente familiare di origine, ancora profondamente ancorato a modelli culturali tradizionali e ad una determinata concezione del ruolo e della condizione femminile. L'inserimento nel contesto "di arrivo" ed il progressivo distacco dalle dinamiche della comunità di origine possono, infatti, esporre la donna, diversamente dal migrante uomo di seconda generazione, non tanto al rischio di criminalizzazione, quanto piuttosto a quello della vittimizzazione conseguente alla commissione di delitti contro la vita e l'incolumità individuale perpetrati da membri della stessa famiglia, maturati proprio nel contesto del conflitto tra modelli culturali contrapposti.

[119] Per un'analisi dei principali pilastri del patriarcato di ispirazione islamica che relegano la donna in una posizione di oppressione, A. LAMRABET*, Donne e Islam. Le questioni controverse* (trad. it. a cura di S. BORRILLO), Roma 2025. Pur riconoscendo che il Corano abbia introdotto diritti significativi per le donne rispetto all'epoca preislamica, l'interpretazione tradizionale ne ha spesso accentuato i profili discriminatori. In risposta, le femministe e le teologhe musulmane contemporanee propongono una reinterpretazione delle norme religiose, sostenendo che l'uguaglianza tra uomini e donne sia pienamente compatibile con il messaggio islamico. In tale contesto si inserisce l'esegesi di Lamrabet, fondata sulla distinzione tra il testo coranico, immutabile in quanto parola divina, e la sua interpretazione, necessariamente condizionata dai contesti storici e culturali. La sua rilettura critica è volta a decostruire le interpretazioni patriarcali che hanno contribuito a consolidare forme di discriminazione, evidenziando come molte norme ritenute religiose siano, in realtà, il prodotto di specifiche condizioni storiche.

personale o dell'autodeterminazione sessuale della donna possono essere oggetto della potestà punitiva del *pater familias*, in quanto determinano un'offesa al bene "collettivo" onore familiare[120].

Nell'ordinamento italiano, la causa d'onore quale giustificazione all'offesa di beni di primaria rilevanza è stata abrogata solo con la legge 5 agosto 1981, n. 442, in coerenza con un mutamento dei valori di riferimento e con l'adeguamento del sistema giuridico ai principi costituzionali. In particolare, si è riconosciuta l'inattualità del ricorso allo strumento penale per tutelare «quel sentimento di dolore o di reazione in chi scopre il coniuge, la figlia o la sorella in congiungimento carnale illecito», senza per questo negare il valore dell'onore inteso come patrimonio morale della persona[121]. La flessibilità del concetto di onore aveva infatti consentito, in passato, la giustificazione di condotte gravemente lesive, legate a modelli sociali non più compatibili con i valori costituzionali. La strumentalizzazione di un bene giuridico dal contenuto così volatile risultava, dunque, particolarmente agevole, soprattutto in relazione alla perpetuazione di schemi sociali non più conformi ai valori fondamentali della società democratica, come nel caso di un presunto onore familiare leso dalla condotta di uno dei suoi membri, ovvero dell'onore connesso a una determinata posizione sociale, quale quella del marito o del capo della famiglia[122].

In linea con tale evoluzione, anche la giurisprudenza di legittimità ha escluso possibili reviviscenze della causa d'onore attraverso il ricorso all'art. 62, n. 1, c.p., qualificandola come «espressione di una concezione angusta e arcaica del rapporto di coniugio, apertamente confliggente con valori ormai acquisiti nella società civile e riconosciuti anche a livello costituzionale, quali il rispetto della vita, la dignità della persona, l'uguaglianza dei cittadini senza discriminazioni fondate sul sesso, nonché

---

[120] Cfr. C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., pp. 60-61, e la bibliografia ivi ripresa, tra cui R. PATEL, *Woman versus Man. Socio-Legal Gender Inequality in Pakistan*, Oxford 2003; T. S. DAHL, *The Muslim Family. A Study of Women's Rights in Islam*, Oslo 1997.

[121] «L'Italia con l'attuazione della sua Costituzione dovrà avviarsi verso una nuova e più progredita legislazione: tutto ciò che risente di feudalismo, l'inferiorità della donna rispetto all'uomo, di discriminazione dei cittadini di fronte alla legge e tutto quanto comprime la libera volontà del popolo deve essere abrogato», si legge nel comunicato alla presidenza del 3 giugno 1964 con il quale si chiedeva l'approvazione del d.d.l. S 9 di abrogazione dell'articolo 587 c.p., in materia di omicidio e di lesione personale a causa di onore.

[122] Già E. MUSCO*, Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., pp. 186-188, escludeva la possibilità di configurare una tutela dell'onore di un ente collettivo, sulla base di una pretesa analogia tra l'uomo e le comunità, in questo caso familiari. Infatti, l'A. sostiene che l'onore è qualcosa di esclusiva appartenenza dell'uomo, perché «inerisce all'uomo nel suo rapporto con altri uomini».

l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi all'interno della famiglia, quale società naturale fondata sul matrimonio»[123].

Sebbene anche in Pakistan il delitto d'onore sia stato formalmente superato, esso continua in parte a sopravvivere nella dimensione culturale e sociale[124]. Ciò induce a ritenere che una persistente concezione della donna come oggetto di potere e dell'onore familiare come primario bene oggetto di tutela possano incidere sulla realizzazione di condotte penalmente rilevanti, rendendo opportuna una valutazione di tali fattori nell'ambito del giudizio di responsabilità[125]. Tuttavia, nel momento in cui la Cassazione osserva che lo stesso fatto era stato biasimato anche all'interno della stessa comunità pakistana, esclude implicitamente che la dimensione culturale abbia avuto un ruolo determinante nella commissione del reato[126].

Il riferimento, operato dalla Corte, a un generico modello relazionale di tipo patriarcale, sganciato dalla specifica cultura di appartenenza, ha consentito di evitare un'indagine più approfondita sul contesto culturale, che, alla luce di una diversa valutazione sull'incidenza che ha avuto sul processo motivazionale dell'agente, avrebbe forse meritato maggiore considerazione[127].

---

[123] Cfr. Cass. pen. sez. I, 26 settembre 2007, n. 37352, in *Cass. pen*. 2009, in cui si esclude l'applicazione dell'attenuante nei confronti di un uomo che aveva ucciso la moglie, individuando il movente del delitto nella forte gelosia e nel sentimento di rabbia e vergogna maturati in ambito familiare a seguito di maldicenze sul comportamento della donna. In senso conforme, Cass. pen., sez. I, 12 ottobre 1995 n.11043, in *Cass. pen*. 1996, in cui la suprema Corte ha ritenuto corretta la decisione dei giudici di merito che avevano escluso l'applicazione della attenuante in esame, in relazione ad un omicidio determinato dalla volontà di interrompere una relazione sentimentale della vittima con la sorella dell'imputato. La giurisprudenza di legittimità ha, in tempi recenti, mutato orientamento in ordine alla possibilità che stati emotivi, quale la gelosia ad esempio, possano integrare l'aggravante in esame; per un approfondimento si rinvia al cap. 2, par. 3.2, note nn. 144–147.

[124] C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 61, cita la *Quisas e Diyat Law* del 1991 e il *Criminal Law Amendment Bill* del 2004.

[125] *Ivi*, p. 62.

[126] P. F. POLI, *Aggravante dei motivi abietti e reati culturalmente motivati,* cit.

[127] C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., p. 61; G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, cit., pp. 183-184, sottolinea l'importanza non solo di valutare concretamente l'incidenza del fattore culturale nel processo motivazionale dell'autore, ma anche di acquisire conoscenze corrette e non superficiali in merito ai riferimenti culturali invocati dall'imputato. A titolo esemplificativo, si richiama la discutibile assoluzione pronunciata da un tribunale statunitense nel c.d. caso Giuseppe, relativo a maltrattamenti e violenze sessuali ai danni dei membri della famiglia. In tale occasione, il giudice si attestò sull'argomentazione difensiva secondo cui «il sistema educativo e famigliare italiano prevede che il marito usi modi energici nei confronti della moglie ed educhi i figli mediante carezze a sfondo sessuale».

Diversa è stata, invece, la decisione del *Bundesgerichtshof* del 17 marzo 1977, relativa a un caso di femminicidio commesso da un cittadino italiano[128]. In particolare, un giovane siciliano emigrato in Germania uccise la sua ex fidanzata tedesca e tre persone che si trovavano con lei, dopo che la ragazza aveva definitivamente interrotto la relazione e i suoi amici lo avevano insultato. Il tribunale tedesco qualificò il fatto come omicidio semplice e non come omicidio aggravato, ritenendo che, pur in presenza di un motivo oggettivamente abietto, l'imputato si trovasse ancora in una fase di adattamento culturale e in una situazione di tensioni interculturali, tali da non consentire di escludere che, al momento del fatto, egli fosse «ricaduto nel modo di pensare siciliano» (*in sizilianische Denkweisen zurückgefallen*), senza rendersi pienamente conto della particolare turpitudine del proprio movente.

Si tratta, con ogni probabilità, di una fattispecie che rientrerebbe nell'alveo del femminicidio così come oggi configurato, in particolare in relazione all'ipotesi del rifiuto della donna. In tale prospettiva, i giudici tedeschi hanno concentrato l'attenzione sulla piena percezione del disvalore non tanto del fatto in sé, quanto di una circostanza aggravante, rappresentata dal motivo abietto. Diversamente, la giurisprudenza italiana non richiede, ai fini della configurabilità dell'aggravante, una specifica copertura psichica in relazione alla coscienza del carattere abietto del motivo, pur trattandosi di una valutazione che presenta evidenti profili soggettivi, connessi alle "ragioni dell'agire" e ai riferimenti culturali, nazionali e religiosi dell'autore, che tuttavia restano spesso confinati a un piano meramente oggettivo[129], sostituendo l'indagine sulla percezione individuale del disvalore con quella sul carattere oggettivamente deplorevole dello stato d'animo motivante dell'agente[130].

[128] Riportata in F. BASILE, *Panorama di giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, febbraio 2008, p. 71, e collocata, nella ricostruzione dell'autore, tra i reati «a metà tra il delitto d'onore e il delitto per gelosia».

[129] Cass. pen., sez. VI, 2 luglio 2012, n. 28111, in *CED Cass. pen.* 2012; Cass. pen., sez. I, 27 marzo 2013, n. 18779, in *CED Cass. pen.* 2013, nelle quali si ravvisa, nella sussistenza dell'aggravante, «un univoco indice di un istinto criminale più spiccato e di un elevato grado di pericolosità dell'agente».

[130] Cass. pen., Sez. I, 4 ottobre 2024, n. 41873, in *Guida al diritto* 2025, ha confermato la condanna per omicidio aggravato di un uomo che aveva ucciso l'amante della ex moglie, ritenendo sussistente l'aggravante dei motivi abbietti o futili. La Corte ha ribadito che la gelosia può integrare tale aggravante quando, oltre a configurarsi come impulso possessivo abnorme, si traduca in uno spirito punitivo nei confronti di comportamenti percepiti come atti di insubordinazione. In tal modo, viene evidenziata l'irrilevanza della soggettività e del contesto culturale dell'agente, il quale aveva agito «stante il percepito senso di attentato alla propria autostima, ritenuto posto in essere dalla moglie e dal rivale».

Un'ulteriore e significativa vicenda è quella decisa dal Tribunale di *Bückeburg* il 14 marzo 2006[131], alla quale si è già accennato, relativa ad un cittadino sardo di ventinove anni, impiegato come cameriere in Germania, il quale, sospettando l'infedeltà della propria fidanzata, una giovane lituana di ventidue anni, la sequestrò nel proprio appartamento per tre settimane, sottoponendola a violenze sessuali, anche di gruppo, oltre che a percosse, lesioni e ulteriori atti di umiliazione. L'uomo fu condannato a sei anni di reclusione; tuttavia, il giudice riconobbe una riduzione di pena ai sensi del § 49 StGB, ritenendo sussistente una condizione di imputabilità scemata (*verminderte Schuldfähigkeit*), dovuta ad una significativa riduzione della capacità di autocontrollo, determinata da un «eccesso di gelosia», sul cui insorgere avrebbero inciso anche le sue «particolari impronte culturali ed etniche». In particolare, si fece riferimento alla concezione dei ruoli di uomo e donna diffusa in Sardegna, alla quale l'imputato sarebbe rimasto legato, pur non potendo tale elemento costituire una giustificazione della condotta, ma rilevando ai fini della mitigazione della pena[132].

L'opinione pubblica italiana ebbe una reazione completamente diversa da quella avuta innanzi alla morte di Hina Saleem: la rappresentazione della cultura sarda proposta nella sentenza del Tribunale tedesco è stata infatti oggetto di forti critiche, denunciata come uno stereotipo infondato e discriminatorio, esprimendo solidarietà nei confronti della popolazione sarda[133]. Sotto questo aspetto emerge, infatti, una componente patologica delle c.d. *cultural defenses,* in cui la dimensione razziale costituisce spesso un elemento centrale: interpretare le condotte criminose come prodotto della cultura dell'autore rischia, infatti, di riflettere una visione stereotipata della cultura stessa, talvolta connotata da tratti paternalistici o addirittura razzisti[134].

---

[131] F. BASILE, *Panorama di giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati,* cit., p. 72.

[132] F. PARISI, *Colpevolezza attenuata in un caso dubbio di motivazione culturale*, cit., pp. 1446-1447, in cui si legge, in traduzione, dalle motivazioni della sentenza: «É un sardo. Il quadro del ruolo dell'uomo e della donna, esistente nella sua patria, non può certo valere come scusa, ma deve essere tenuto in considerazione come attenuante».

[133] P. PAROLARI, *Reati culturalmente motivati. Una nuova sfida del multiculturalismo ai diritti fondamentali*, in *Ragion pratica*, n.2/2008, pp. 531 ss., l'A. ha suggerito il confronto tra la sentenza del Tribunale di Buckemburg e quella della Cassazione italiana relativa al caso Saleem.

[134] P. FOURNIER, *The Ghettoisation of Difference in Canada: "Rape by Culture" and the Danger of a "Cultural Defence" in Criminal Law Trials*, in *Manitoba Law Journal*, 2002, pp. 118-119, sottolinea come la riduzione dell'identità culturale di una persona a una definizione rigida produca un processo di essenzializzazione, separando la cultura dalle esperienze concrete degli individui e non cogliendo la natura dinamica, relazionale e mutevole delle comunità. In questa prospettiva, categorie costruite in chiave coloniale (come "l'arabo" o "la donna musulmana") tendono a creare un'apparente coesione, ma al contempo occultano le differenze interne alle culture. Ne deriva che la definizione della cultura finisce

È noto, del resto, che la giurisprudenza tedesca, quantomeno la più risalente[135], non manca di valorizzare, nell'ottica del favor rei, il fattore culturale[136]. Si pensi, ad esempio, al caso di un cittadino senegalese che ospitava e intratteneva rapporti sessuali con una minorenne, assolto in primo grado in ragione della rilevanza attribuita alle consuetudini della cultura di provenienza, nelle quali si riteneva che la donna ospitata fosse tenuta a concedersi all'uomo che le offriva protezione, nonché in considerazione di una diversa percezione della minore età[137].

In particolare, nella giurisprudenza tedesca, soprattutto in relazione a casi di omicidio o violenza personale connessi a concezioni tradizionali dell'onore, del ruolo della donna o della tutela dei minori, il fattore culturale viene talvolta valorizzato per escludere la sussistenza dei motivi abietti, con conseguente riqualificazione del fatto dalla fattispecie aggravata di *Mord* (§ 211 StGB), punita con l'ergastolo, alla meno grave di *Totschlag* (§ 212 StGB)[138].

Tale valorizzazione, tuttavia, dovrebbe essere circoscritta ai casi in cui sia dimostrato che l'autore sia talmente condizionato dai valori della cultura di origine da non essere in grado di comprendere le ragioni per cui, nell'ordinamento del Paese ospitante, il comportamento venga considerato abietto. Non appare, pertanto, priva di fondamento la perplessità suscitata dalla decisione del Tribunale tedesco, che si limita a richiamare genericamente i rapporti tra uomo e donna nella cultura di origine dell'imputato, senza chiarire in concreto in cosa consista tale diversa concezione, né quale incidenza essa abbia avuto nella formazione della volontà o nella percezione del disvalore della condotta[139].

Dalle motivazioni non emerge, inoltre, che il reo abbia agito in effettiva adesione a una specifica tradizione culturale. Difetta, in particolare, quell'accertamento

---

per essere nelle mani delle élite di potere, prevalentemente maschili e bianche, mentre i soggetti marginalizzati restano esclusi.

[135] A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali,* cit., pp. 84-85, sul recente orientamento della dottrina tedesca in senso assimilazionista.

[136] Sulla tendenza della giurisprudenza tedesca a non riconoscere la viltà dei motivi in caso di omicidio commesso «a causa dei particolari valori e credenze cui gli autori del crimine sono fortemente legati per il loro rapporto con una cultura estranea» anche O. HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale,* cit., pp. 122-123.

[137] Il caso (*Landgericht Frankenthal,* 18 novembre 1994) è riportato in O. HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale,* cit*.,* pp. 31-32 (e commentato a pp. 127-130). La decisione, tuttavia, fu successivamente ribaltata dal giudice d'appello.

[138] F. PARISI, nota a Trib. Bückeburg, sent. 25 gennaio 2006, in *Foro it.,* vol. 131, n. 12/2008, pp. 627-628.

[139] F. PARISI, *Colpevolezza attenuata in un caso dubbio di motivazione culturale*, cit., pp. 1454-1455.

dell'incidenza concreta del fattore culturale sul comportamento individuale, passaggio imprescindibile per evitare che tale elemento si traduca in una giustificazione indiretta di pratiche lesive dei diritti di soggetti vulnerabili. In mancanza di tale verifica, il richiamo alla cultura rischia di ridursi a una categoria astratta, che nel caso di specie finisce per legittimare, piuttosto che contrastare, forme di oppressione nei confronti delle donne[140].

Nel ribadire la centralità dell'accertamento e della conseguente motivazione circa l'incidenza del fattore culturale sul processo motivazionale dell'agente, inoltre, deve escludersi la percorribilità, prospettata da parte della dottrina, dell'introduzione normativa di un'ipotesi di femminicidio "culturalmente motivato"[141], preordinata ad escludere completamente la possibilità di una riduzione della pena fondata sull'incidenza di modelli culturali differenti da quello maggioritario cui l'ordinamento si ispira.

5. Prospettiva comparata: il femminicidio in Argentina

[140] Sono le preoccupazioni espresse dalle studiose femministe Okin, Lambelet Coleman e Nussbaum, già illustrate nella prima parte del lavoro e sintetizzate efficacemente anche da L. FERLA, *Violenza contro le donne e società multiculturali. Questioni di tutela della persona nella prospettiva del diritto penale*, in M. LAMANUZZI, C. MAZZUCATO (a cura di), *Violenza contro le donne: forme "visibili" e "invisibili" di un fenomeno globale. Strategie interdisciplinari di prevenzione*, Torino 2025, pp. 79-81.

[141] Ci si riferisce alle proposte di riforma in materia di femicidio elaborate da F. MACRÌ, *Femicidio e tutela penale di genere,* cit., pp. 119 ss. Muovendo dal riconoscimento dei limiti di una tutela penale generalizzata, l'Autore prospetta due possibili modelli: da un lato, una versione "genderizzata" della fattispecie, che esplicita il genere della vittima e dell'autore (o, più propriamente, il sesso, atteso che la proposta si riferisce a «qualunque persona di sesso maschile cagioni la morte di una donna per motivi di discriminazione di genere»); dall'altro, una formulazione neutra, rubricata come omicidio di persona in condizioni di vulnerabilità relazionale, costruita sui medesimi contenuti ma priva di riferimenti di genere. In particolare, l'A. adotta una tecnica di normazione casistica, individuando specifiche ipotesi riconducibili a motivi di discriminazione di genere. Tra queste rientra il caso in cui la morte sia cagionata in connessione alla supposta violazione, da parte della vittima, di norme o costumi culturali, religiosi o sociali, ovvero di tradizioni proprie della comunità di origine, ipotesi qualificata come "femminicidio culturale". Analogamente, nella versione non genderizzata si prevede che il fatto sia commesso in relazione alla supposta violazione di tali norme o tradizioni, richiedendo tuttavia, quale elemento ulteriore, che la vittima si trovasse, al momento del fatto, in una condizione di vulnerabilità rispetto all'autore. Elemento comune alle due configurazioni è, oltre al riferimento a norme e costumi culturali, religiosi o sociali, il carattere "supposto" della violazione, che l'Autore riconduce alla prospettiva soggettiva dell'agente. Si osserva inoltre che, nella versione non genderizzata, la rilevanza della condizione di vulnerabilità della vittima svolge una funzione selettiva dell'ambito applicativo, rispondendo all'esigenza di contemperare l'estensione del novero dei soggetti passivi a entrambi i sessi con la necessità di circoscrivere l'intervento penale ai soli casi connotati da una significativa prevaricazione o discriminazione. Nelle intenzioni dell'Autore, infatti, solo tali ipotesi appaiono idonee a giustificare una tutela rafforzata, che tuttavia potrebbe già trovare adeguata espressione nell'ambito della disciplina delle aggravanti comuni, nella quale è possibile valorizzare anche il contesto relazionale. Pertanto, la previsione in esame sembra perseguire essenzialmente la finalità di escludere la rilevanza, in senso favorevole al reo, del fattore culturale, secondo una prospettiva marcatamente assimilazionista che, come già evidenziato e come si avrà modo di approfondire, risulta difficilmente compatibile con la cornice dei principi dell'ordinamento penale italiano.

La previsione di un autonomo titolo di reato per l'omicidio di una donna motivato dal genere è stata giustificata dall'«estrema urgenza criminologica del fenomeno», che tuttavia non sembra trovare concreto riscontro nella realtà italiana. Nel quadro nazionale, infatti, dall'analisi dei dati raccolti sui casi di femminicidio, emergono numeri che, pur riferiti di un fenomeno di indubbia gravità, non risultano particolarmente elevati, soprattutto se comparati con quelli relativi agli omicidi volontari[142]. Inoltre, le rilevazioni statistiche su cui si fondano tali analisi si basano essenzialmente su due elementi: il genere femminile della vittima e la relazione (familiare o affettiva, attuale o conclusa) che la lega all'autore del reato. Si tratta, infatti, dei principali parametri utilizzati per l'inquadramento dei casi nelle statistiche sul femminicidio, senza un diretto riferimento alla più ampia e peculiare connotazione politico-culturale che il termine ha assunto nel dibattito giuridico[143]. L'ampliamento, quantomeno a fini statistici, della definizione di femminicidio ha finito, dunque, per ricomprendere qualsiasi omicidio avente come vittima una donna: e se, da un lato, tale approccio consente una maggiore uniformità e comparabilità dei dati a livello

[142] Il documento di analisi sugli omicidi volontari (aggiornato a gennaio 2026), predisposto periodicamente dal *Dipartimento della Pubblica Sicurezza – Direzione Centrale della Polizia Criminale – Servizio Analisi Criminale*, si fonda sull'esame dei dati interforze acquisiti dalla Banca Dati delle Forze di polizia, integrati con le informazioni provenienti dai presidi territoriali della Polizia di Stato e dell'Arma dei Carabinieri. Esso offre una panoramica degli omicidi volontari consumati nel quadriennio 2022–2025, con particolare attenzione ai casi in cui le vittime sono donne. Con riferimento al 2025, sono stati registrati 286 omicidi, di cui 97 con vittime di genere femminile; tra queste, 85 sono state uccise in ambito familiare o affettivo e, in 62 casi, l'autore è stato il partner o l'ex partner. L'analisi dell'andamento rispetto all'anno precedente evidenzia una diminuzione complessiva degli omicidi, passati da 335 a 286 (-15%), con un calo ancora più marcato delle vittime donne, da 118 a 97 (-18%). Analoga tendenza si riscontra nei delitti commessi in ambito familiare o affettivo, che scendono da 158 a 128 (-19%), mentre le vittime femminili passano da 101 a 85 (-16%). Infine, gli omicidi commessi da partner o ex partner registrano un lieve decremento (da 72 a 71, pari a -1%), mentre il numero delle vittime di genere femminile rimane invariato (62 in entrambi gli anni considerati).

[143] F. MACRÌ, *Femicidio e tutela penale di genere,* cit*.,* p. 10, evidenzia le difficoltà nel determinare quanti omicidi con vittima di genere femminile possano essere effettivamente qualificati come femminicidi, ossia motivati dal genere della vittima stessa. L'A. osserva come, ai fini della ricostruzione di un quadro criminologico-statistico, si faccia riferimento a diversi moventi che consentono una riconduzione ad un contesto di oppressione o discriminazione: non perché tali moventi siano incontroversi, come egli stesso ammette, ma perché risultano tra i più frequentemente riscontrati negli omicidi con vittima femminile in ambito familiare o di coppia. Si pensi, in particolare, al movente della gelosia e del possesso, che per l'A. occupa il primo posto, seguito dalla litigiosità e conflittualità della coppia, ricondotte alla violenza di genere laddove il conflitto sia scaturito da una decisione della donna contrastante con quella del partner. A tali ipotesi si affiancano, tuttavia, altre motivazioni che, a giudizio di chi scrive, difficilmente possono essere ricondotte a un contesto di violenza di genere, come i casi in cui l'omicidio sia connesso a un disagio o a una malattia della vittima (circostanza che lo stesso Autore riconosce non essere sempre riconducibile al femminicidio), in quanto legata all'incapacità del partner o del familiare di far fronte ai bisogni della vittima, oppure a ragioni di interesse economico, che esulano dalla dimensione di odio e discriminazione basata sul genere. Non sorprende, pertanto, la carenza di dati certi o, più precisamente, il fatto che tali dati siano desunti dal contesto relazionale di coppia in cui si inserisce l'evento omicidiario, considerato che il movente di genere, quantomeno fino al 2025, non rilevava ai fini della configurazione della fattispecie di reato e, dunque, non rientrava tra gli elementi oggetto di indagine.

internazionale, dall'altro tende a diluire la dimensione propriamente politica della violenza contro le donne in quanto donne[144].

Le coordinate dei dati sulla base dei quali si denuncia questa "emergenza" criminologica risultano fondamentali per cogliere la differenza rispetto ai Paesi latino-americani, nei quali si registra non solo un numero più elevato di uccisioni di donne, ma anche una forma di violenza istituzionale che apparirebbe idonea a giustificare l'introduzione di una specifica fattispecie[145]. In contesti come quello di Ciudad Juárez[146], ad esempio, la negligenza e l'ostruzionismo delle autorità hanno contribuito a perpetuare la violenza femminicida, privandola del carattere individuale e trasformandola in una pratica sistemica, inducendo parte della dottrina femminista a parlare di veri e propri crimini di Stato[147]. In tale prospettiva, il femminicidio non rappresenta soltanto una *species* del più ampio *genus* dell'omicidio, bensì si configura come l'esito di un insieme di condizioni sociali e culturali che riflettono un ordine patriarcale radicato e istituzionalizzato[148]. In tali contesti, si è registrato, in particolare, un forte aumento di uccisioni commesse da sconosciuti, tipologia nel contesto europeo normalmente minoritaria[149]. Questi delitti seguivano spesso uno schema ricorrente: le

---

[144] A. ALVAZZI DEL FRATE, *When the Victim Is a Woman*, in *Global Burden of Armed Violence: Lethal Encounters*, GD (Geneva Declaration) Secretariat, 2011, pp. 113 ss.

[145] M. DONINI, *Perché non introdurre un reato di femminicidio che c'è già,* cit.; M. GAMBARDELLA, *La piaga endemica*, cit., p. 3792; per un quadro criminologico che dia conto anche della prospettiva comparata, si veda E. CORN, *Il femminicidio come fattispecie penale,* cit., pp. 9 ss.; M. PELISSERO, *Il disegno di legge sul femminicidio: una proposta di puro populismo penale che distoglie dalle vere questioni culturali di genere*, cit., p.558, evidenzia come la risoluzione del Parlamento europeo sull'adesione dell'UE alla Convenzione di Istanbul del 28 novembre 2019 accolga una definizione di femminicidio che tiene conto anche della fisionomia che il fenomeno assume nei contesti latinoamericani. Esso viene infatti definito come «la morte violenta di una donna per motivi di genere, che avvenga nell'ambito della famiglia, di un'unione domestica o di qualsiasi altra relazione interpersonale, nella comunità, a opera di qualsiasi individuo, ovvero quando sia perpetrata o tollerata dallo Stato o da suoi agenti, per azione o omissione».

[146] Si rinvia a cap. 1, par. 6.4.1.

[147] R. SEGATO, *Qué es un feminicidio. Nolas para un debate emergente*, in *Mora. Revista del Instito Interdisciplinario de Estudios de Género,* n. 12/2006, pp. 8 – 10, l'A. non colloca il fenomeno del femminicidio entro una dinamica puramente discriminatoria; al contrario, ne propone una lettura più ampia, individuando un possibile parallelismo con il genocidio e ricondurlo, dunque, alla categoria dei crimini d'odio caratterizzati da processi di eliminazione e spersonalizzazione. Tuttavia, alla luce del quadro criminologico italiano, tale prospettiva risulta difficilmente condivisibile. Nel contesto occidentale, infatti, l'uccisione di una donna "per motivi di genere" non appare riconducibile a una dimensione che sia al contempo sociale e istituzionale nei termini delineati dall'autrice. Non si tratterebbe, dunque, di fenomeni assimilabili a crimini corporativi o a forme di "secondo Stato", ossia a strutture di potere radicate sul territorio e dotate di ramificazioni nei principali centri del Paese.

[148] A. ALVAZZI DEL FRATE, M. NOWAK, *Il femminicidio da una prospettiva globale*, in *Rassegna italiana di criminologia*, n. 3/2013, p. 189.

[149] Il femminicidio "domestico" sembra oggi trovare un rinnovato spazio nelle statistiche criminologiche: i dati disponibili, infatti, confermano la centralità del contesto relazionale nella maggior parte dei casi. In particolare, dalle statistiche del 2023 risulta che le vittime dirette di femminicidio avevano un legame

vittime erano giovani donne, principalmente studentesse od operaie, che venivano rapite, sottoposte a violenze e poi uccise, i cui corpi venivano occultati o abbandonati.

Anche il rapporto tra vittime maschili e femminili varia significativamente al variare del livello complessivo di violenza: nei Paesi caratterizzati da un elevato livello di violenza, come quelli dell'America Latina, aumentano certamente le vittime di sesso femminile, ma in un quadro di generale incremento della violenza, anche a danno delle vittime maschili. Il femminicidio assume, in tali realtà, caratteristiche differenti: esso si verifica più frequentemente nello spazio pubblico ed è spesso connesso alla criminalità organizzata e a dinamiche collettive, in un contesto segnato da maggiore impunità. Al contrario, nei Paesi a bassa violenza, come quelli europei, il fenomeno tende a concentrarsi prevalentemente nella sfera privata e relazionale; a conferma di ciò, nei contesti con tassi molto elevati di femminicidio, la quota di omicidi commessi da partner o ex partner risulta relativamente contenuta[150].

In una prospettiva comparata, si propone, pertanto, l'analisi della fattispecie di femminicidio prevista dal *código penal* argentino[151], dalla cui ricostruzione emergono, tuttavia, i medesimi profili di frizione del reato in esame con i principi ordinamentali, che ne rappresentano il limite insopprimibile.

5.1. Dal femminicidio ai femminicidi: contenuti e differenze

In Argentina, con la legge n. 26.791 del 14 dicembre 2012, sono stati modificati i numeri 1 e 4 del comma 1 dell'articolo 80 del *código penal*, che disciplina le aggravanti del reato di omicidio, e sono stati aggiunti i numeri 11 e 12: sono queste le coordinate dell'attuale disciplina del femminicidio.

L'espressione *femicidio*, tuttavia, non compare mai espressamente nel codice penale argentino, pur essendo stata utilizzata già prima della riforma in alcune pronunce giudiziarie, in particolare nei casi di omicidio commessi in contesti di relazioni di coppia, caratterizzati da violenze pregresse esercitate dall'autore nei confronti della

---

preesistente con l'autore nell'88% dei casi, secondo il *Registro Nacional de Femicidios* dell'*Observatorio "Ahora Que Sí Nos Ven*" (*Informe sobre femicidios en Argentina 2023*, disponibile online all'indirizzo: https://ahoraquesinosven.com.ar/reports?category=registro-femicidios).

[150] A. ALVAZZI DEL FRATE, M. NOWAK, *Il femminicidio da una prospettiva globale,* cit., pp. 190-191.

[151] Per un'analisi comparata delle legislazioni degli altri Paesi del centro e del sud America, si rimanda a E. CORN, *Il femminicidio come fattispecie penale,* cit., pp. 113 ss.

vittima[152]. Ciò risulta particolarmente significativo alla luce della pluralità di forme di femminicidio contemplate dall'art. 80, che se da un lato offre un ventaglio di ipotesi riconducibili al tema oggetto della presente analisi, dall'altro testimonia l'insufficienza del solo ricorso al diritto penale per sradicare il fenomeno socio-culturale della violenza di genere, di cui il femminicidio rappresenta un'espressione.

5.1.1. Il femminicidio in senso stretto e il femminicidio intimo: una preliminare distinzione alla luce della violenza di genere (art. 80 n. 11 e 1 *cod. pen*.)

Passando all'analisi delle disposizioni, il femminicidio in senso stretto è disciplinato al n. 11, che punisce chi uccida «*a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género»*. Si parla di femminicidio in senso stretto in quanto si tratta dell'unica disposizione che richiede espressamente che la vittima sia una donna e l'autore un uomo: cosa che ha permesso di evitare, inoltre, distorsioni come quelle verificatesi in Messico, dove pene particolarmente severe sono state applicate anche a donne che hanno commesso il fatto in coppie lesbiche[153], dunque in situazioni che esulano dai rapporti di potere di stampo propriamente patriarcale.

È, però, il riferimento al genere che consente di operare una prima distinzione, quella tra femminicidio intimo e non intimo. Gli omicidi di donne ad opera dei loro partner sono infatti previsti dal n. 1, che menziona coniuge, ex coniuge, la persona con cui si ha o si ha avuto una relazione di coppia, con o senza convivenza. Di contro, l'aggravamento di pena nel femminicidio *ex* art. 80 n. 11 *cod. pen*., non si giustifica per la mera esistenza di una relazione pregressa tra autore e vittima[154], ma trova ragione nel

[152] A.S. ALONSO, V. FRAGA UTGES, *Femicidio: un recorrido por su construcción sociojurídica*, in J. T. ÁLVAREZ, A. S. ALONSO (a cura di), *Géneros e interseccionalidad. Un análisis crítico de la parte especial del Derecho Penal*, Buenos Aires 2022, pp. 121 ss.; P. TOLEDO, *Femicidio*, cit., p. 249.

[153] P. TOLEDO, *Femicidio*, cit., p. 252, analizza come il medesimo problema si sia posto anche in Spagna, dove la L.O. 1/2004 ha aggravato le sanzioni per diversi reati commessi contro le donne nel contesto delle relazioni di coppia. Si è discusso se tale aggravamento dovesse applicarsi anche ai reati commessi da donne nelle relazioni tra lesbiche. A livello giurisprudenziale, tuttavia, a differenza di quanto avviene oggi in Messico, si è stabilito che queste sanzioni aggravate non siano applicabili alle coppie lesbiche, fermo restando il ricorso alle norme sulla violenza domestica. In tal modo si è ribadito che gli unici soggetti attivi debbano essere, coerentemente con l'intenzione del legislatore, gli uomini, senza compromettere al contempo "la sicurezza, la libertà e la dignità delle vittime", come ha sottolineato il Tribunale Costituzionale spagnolo.

[154] *SCBA, 6 maggio 2022, "M., N. M. s/ queja en causa Nº 96.727 del Tribunal de Casación Penal, Sala I*, con nota di M. DUPETIT, *El femicidio y las decisiones Judiciales. Reflexiones sobre el fallo "M., N. M." de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires*, in *Revista De Derecho Penal Y Criminología*, n. 10/2022, pp. 52- 57.

fatto che l'atto violento costituisce una forma di dominazione esercitata dall'uomo sulla donna, attraverso la quale si manifesta una pretesa superiorità di genere.

Occorre puntualizzare che, nell'ordinamento argentino, il genere si configura come un elemento normativo: ai sensi dell'art. 4 della legge n. 26.485 del 2009, rientra nella nozione di violenza di genere ogni condotta, azione od omissione che, in modo diretto o indiretto, sia nell'ambito pubblico sia in quello privato, fondata su una relazione di potere diseguale (*basada en una relación desigual de poder*), arrechi danno alla vita, alla libertà, alla dignità, all'integrità fisica, psicologica, sessuale, economica o patrimoniale delle donne, nonché alla loro sicurezza personale[155]. Funge da completamento la legge 26.743 del 2012 sull'identità di genere, in forza della quale il riconoscimento del carattere maschile o femminile dell'identità personale cessa di essere una mera questione biologica, acquisendo del pari carattere normativo. L'art. 2 della legge stabilisce, infatti, che l'identità di genere è *«la vivencia interna e individual del género»*, l'esperienza interiore e personale del genere, così come ciascuno la percepisce, la quale può corrispondere o meno al sesso assegnato al momento della nascita, includendo l'esperienza personale del corpo, anche mediante interventi farmacologici, chirurgici o di altra natura, purché frutto di una libera scelta, nonché altre espressioni di genere, come l'abbigliamento, il modo di parlare e i modi di fare. Anche nell'ordinamento argentino, dunque, si attiva un discorso giuridico che riconosce la violenza di genere[156] proprio in ragione del superamento del dato meramente biologico[157] e alla luce di ruoli ed aspettative socialmente costruite[158].

---

[155] La disposizione prosegue precisando che nella definizione sono comprese le violenze perpetrate dallo Stato o dai suoi agenti. Si considera violenza indiretta, invece, ogni condotta, azione, omissione, disposizione, criterio o pratica discriminatoria che ponga la donna in svantaggio rispetto all'uomo (*que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón*). Dunque, la legge stessa propone una prospettiva particolarmente consapevole del carattere strutturale del fenomeno, una prospettiva che ha facilitato anche le evoluzioni dottrinarie nella medesima dimensione, superando il semplice rapporto di autorità individuale o di coppia.

[156] A. IGLESIAS SKULJ, *Violencia de género en América Latina*, cit., p. 99, L'autrice mette in guardia sul rischio di perdere di vista un punto fondamentale: il termine **"**genere**"** non indica semplicemente uomini o donne, ma racchiude una relazione di disuguaglianza strutturale. Se questa dimensione di disuguaglianza non viene considerata, si rischia di ridurre il concetto di violenza a un fenomeno generico, senza riconoscere il modo in cui le strutture sociali e culturali favoriscono certi gruppi a scapito di altri. Questo rischio comporta che non solo il termine **"**donna**"** venga svuotato di significato, ma anche la categoria più ampia di genere, fondamentale per comprendere come le oppressioni possano essere molteplici e interconnesse (ad esempio, legate a sessualità, etnia, classe sociale, disabilità, ecc.).

[157] Più che un superamento, per L. MCDOWELL, *La definición del género*, cit*.,* p. 16, si tratta di un *absorción*, un assorbimento del concetto "biologico" di sesso in quello "sociologico" di genere, in quanto è possibile comprendere le differenze sessuali soltanto in relazione al modo di pensare il corpo, che varia da cultura a cultura.

Alla luce di tale ricostruzione, infatti, solo la prospettiva del potere diseguale, dal quale scaturiscono dinamiche di oppressione che culminano nella violenza, può giustificare un aggravamento di pena nei casi in cui l'autore (in posizione di supremazia) sia un uomo e la vittima (in posizione subordinata) una donna. Diversamente, è stato rilevato, si rischierebbe di attribuire, a parità di circostanze, un valore maggiore alla vita femminile rispetto a quella maschile, con l'emersione di un conflitto costituzionale difficilmente superabile. Inoltre, ridurre il femminicidio a un reato definito esclusivamente dalle caratteristiche biologiche della vittima significherebbe non solo ricondurlo a un dato ormai superato dalle elaborazioni del pensiero femminista, ma anche riprodurre, in sede penale, lo stereotipo della donna quale soggetto meramente passivo[159].

Inoltre, l'ultimo comma dell'art. 80 del *codigo penal* prevede che, in presenza di circostanze attenuanti *extraordinarias,* il giudice possa ridurre la pena. Tuttavia, questa possibilità viene esclusa qualora l'autore abbia in precedenza posto in essere atti di violenza nei confronti della donna vittima. La disposizione sembra quindi orientata a limitare il rilievo attribuibile in giudizio a stati emotivi particolarmente intensi, come l'ira o altre passioni, che, in altri contesti, potrebbero giustificare una diminuzione della pena[160]. Il ricorso alla categoria della *emoción violenta*, dunque, viene qui inibito per evitare che diventi il veicolo di legittimazione, anche indiretta, di comportamenti violenti di stampo patriarcale, ad esempio richiamando dinamiche legate alla gelosia o all'offesa all'onore[161].

---

[158] T. PITCH, *Libertà femminile, diritto, diritti, politica,* cit., pp. 355-356, sottolinea come il genere sia l'elemento che accomuna le donne in quanto gruppo sessuale: «il genere femminile può adesso comprendere la soldata insieme alla madre santificata dai papi». In quanto istituzione alla base di discriminazioni, esso deve essere decostruito, e il punto di partenza di tale processo è rappresentato dal discorso sui diritti. È infatti proprio l'esclusione delle donne dall'esercizio dei diritti ad aver reso problematico il concetto stesso di genere. Da qui la domanda dell'Autrice: «Significa allora che i diritti sono un prerequisito ovunque per la decostruzione del genere?». Nella cultura occidentale la risposta è affermativa; tuttavia, quando la cultura dei diritti occidentale si diffonde altrove, possono verificarsi due esiti contrapposti: da un lato, la messa in discussione delle gerarchie di genere; dall'altro, una reazione difensiva, talvolta persino violenta, che riafferma rigidamente il genere come parte costitutiva dell'identità culturale o religiosa.

[159] M. DUPETIT, *El femicidio y las decisiones Judiciales,* cit., pp. 55 ss., evidenziando l'insufficienza di un riferimento al fatto commesso ai danni di una donna *"por el solo hecho de ser mujer".*

[160] Nella dottrina argentina, per approfondimenti in ordine al superamento dell'originaria impostazione patriarcale che connotava l'*emoción violenta*, e conseguente valorizzazione della stessa come ipotesi di *culpabilidad disminuida*, E. R. ZAFFARONI, N. ESPINA*, Emoción violenta y culpabilidad disminuida*, Buenos Aires 2020.

[161] Anche E. CORN*, Il femminicidio come fattispecie penale,* cit., pp. 163-164, sottolinea come la categoria dell'*emoción violenta*, quale causa di attenuazione della colpevolezza, non debba essere considerata

5.1.2. Il crimine d'odio di genere e il femminicidio *vinculado* (art. 80, n. 4 e 12 *cod. pen*.)

Si parla, invece, di *feminicidio vinculado*, espressione coniata dall'associazione *Casa del Encuentro*[162], in riferimento alle ipotesi previste dal n. 12 dell'art. 80 *cod. pen*., che punisce gli omicidi commessi «*con el propósito de causar sufrimiento*» a una persona con la quale si mantiene o si è mantenuta una relazione nei termini di cui al comma 1 (che si riferisce, come detto, ad ascendente, discendente, coniuge, ex coniuge, oppure alla persona con la quale mantiene o ha mantenuto una relazione di coppia, vi sia stata o meno convivenza). A partire da tale definizione, è possibile distinguere due categorie di soggetti passivi: da un lato, la donna quale vittima diretta del femminicidio; dall'altro, le persone a lei legate da un vincolo familiare o affettivo, uccise dall'autore con l'intento di punirla e annientarla psicologicamente, in quanto considerata una sua proprietà[163].

Sotto quest'ultimo profilo, l'aggravante trova giustificazione nella natura plurioffensiva della condotta: da un lato, viene leso il bene giuridico della vita alla persona offesa; dall'altro, si cagiona, mediante tale azione, una sofferenza psichica ed emotiva al bersaglio finale, la donna. In questa prospettiva, la dottrina sottolinea la centralità dell'elemento soggettivo, poiché il fine dell'autore consiste nell'utilizzare la morte come strumento per arrecare sofferenza a una terza persona con cui la donna intrattiene o ha intrattenuto una delle relazioni indicate nel comma 1[164].

Ad avviso di chi scrive, tale previsione è quella che più di ogni altra evidenzia l'eccessiva ampiezza semantica attribuita al concetto di femminicidio, giungendo a ricomprendere qualsiasi aggressione che, anche indirettamente, tocchi una donna. Con riguardo al *feminicidio vinculado*, infatti, la sofferenza psichica evocata appare connessa alla strumentalizzazione di un legame affettivo della donna, utilizzato per esercitare nei

---

negativamente in via aprioristica. Al contrario, l'autore invita il legislatore a prenderne atto, riconoscendole rilevanza penale attraverso una formulazione astratta. In questa prospettiva, più che escluderne preventivamente l'applicazione nei casi più ricorrenti nel timore di possibili abusi, sarebbe preferibile investire nella formazione dei giudicanti, così da ridurre il rischio di interpretazioni distorte.

[162] A. C. DEL RÍO AYALA, M. P. SPINA, M. N. GONZALEZ IGARTÚA*, El derecho a defenderse del femicidio. La legítima defensa en contextos de violencia doméstica*, in *Revista del Centro de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral,* vol. 6, n. 17/2016, p. 58; A.S. ALONSO, V. FRAGA UTGES, *Femicidio: un recorrido por su construcción sociojurídica,* cit*.,* p. 129.

[163] *Ivi*, pp. 130-131.

[164] A. BASILICO, J. VILLADA, *Código Penal de la Nación Argentina. Comentado. Anotado. Concordado*, Buenos Aires 2019, p. 301.

suoi confronti un potere coercitivo, piuttosto che alle disuguaglianze di genere in senso stretto. In più, si ritiene di poter avanzare delle riserve anche intorno alla possibilità che la libertà morale della persona possa essere penalmente tutelata, quale bene giuridico, nella forma di una mera sofferenza emotiva derivante da un lutto dolosamente provocato al solo fine di molestia.

L'ipotesi prevista dal n. 4 riguarda, invece, per quanto qui interessa, gli omicidi realizzati per odio di genere o relativo all'orientamento sessuale, all'identità di genere o alla sua espressione. L'odio si configura, si ricorda, quale sentimento di disprezzo o avversione nei confronti di un determinato gruppo sociale, che, nel caso dell'odio di genere, si traduce in misoginia; il riferimento all'orientamento sessuale, all'identità di genere e alle relative espressioni consente inoltre di estendere l'ambito applicativo dell'aggravante anche ai femminicidi di donne lesbiche, bisessuali e *queer*[165].

Ad ogni modo, parte della dottrina argentina sostiene la legittimità del richiamo al sentimento d'odio[166], nonché la stessa possibilità di accertarlo in sede processuale[167], escludendo che si tratti della mera rilevanza penale di un tratto negativo della personalità o di un giudizio sulle motivazioni interiori dell'agente: la censura riguarderebbe, piuttosto, l'odio nella misura in cui esso si traduce in condotte esteriormente percepibili e produttive di effetti giuridicamente rilevanti.

Diversamente, il femminicidio di cui al comma 11 non presuppone, almeno sul piano letterale, un accertamento dei motivi della condotta, limitandosi a richiedere che il

---

[165] P. TOLEDO, *Femicidio,* cit*.,* p. 256.

[166] E. R. ZAFFARONI, *Observaciones sobre la delincuencia por odio en el derecho penal argentino*, in C. G. VALDÉS, M. MARISCAL DE GANTE, A. R. CUERDA RIEZU, M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, R. ALCÁCER GUIRAO (a cura di), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, vol. 2, 2008, pp. 1747-1748, coerentemente con l'orientamento tradizionale secondo cui la qualità dei motivi che spingono a delinquere costituisce uno dei criteri per la quantificazione della pena, giustifica un maggior rimprovero in termini di colpevolezza in quanto non viene in rilievo unicamente l'offesa individuale alla vittima, ma anche il messaggio discriminatorio al gruppo di appartenenza della stessa.

[167] J. T. ÁLVAREZ, *Delitos agravados por las motivaciones del autor: la prueba del odio a la orientación sexual, identidad de género o su expresión*, in *Revista de derecho penal y procesal penal*, n. 8/2020, p. 4, enfatizza l'importanza del ragionamento probatorio, il quale, se adeguatamente sviluppato nella motivazione, può evitare che il giudice attribuisca un valore eccessivo a uno o più indizi o a singoli elementi di prova, realizzando generalizzazioni prive di fondamento empirico. In tal modo si previene l'errore di attribuire caratteristiche particolari sia ai membri dei gruppi identitari "vulnerabili", sia all'imputato. Pertanto, quando si fa riferimento alla presenza di determinati simboli o segni, sia sulla scena del crimine, sia sul corpo della vittima, o sugli indumenti o tatuaggi dell'aggressore che lo colleghino a una certa ideologia, la loro sola presenza non è sufficiente per affermare che il reato sia stato commesso per quella motivazione. Ciò che caratterizza l'aggravante, infatti, sostiene l'A., non è il presunto odio dell'aggressore verso un determinato gruppo, ma il fatto che il reato sia stato effettivamente commesso per quella specifica motivazione.

fatto si collochi in un contesto di violenza di genere: si tratta, come detto, di un elemento normativo la cui sussistenza dovrebbe essere desunta dalle circostanze del caso concreto.

Tuttavia, l'indeterminatezza della disposizione ha consentito alla giurisprudenza di sviluppare interpretazioni non sempre univoche[168]. Non avendo ancora a disposizione pronunce che chiariscano la portata applicativa della nuova disposizione di cui all'art. 577-*bis* del codice penale italiano, può risultare utile volgere lo sguardo al diritto vivente argentino, al fine di osservare come abbiano trovato concreta manifestazione i dubbi sollevati da una parte significativa della dottrina italiana in ordine alla pretesa oggettività del femminicidio «come atto di». L'indagine attiene alla valorizzazione, in sede motivazionale, della dimensione materiale del fatto, da cui si farebbe discendere la presenza della violenza di genere, per evitare un esplicito ricorso all'indagine sul foro interno dell'agente. Emblematica, in tal senso, è la sentenza del *Tribunal de Casación Penal* della Provincia di Buenos Aires n. 96.727/2022[169], che, per la prima volta, utilizza l'espressione *femicidio no íntimo* come categoria autonoma.

Nel caso di specie, la difesa contestava l'applicazione dell'aggravante dell'*alevosía* (art. 80, n. 2, corrispondente a grandi linee alla minorata difesa *ex* art. 61, comma 1, n. 5 del codice penale italiano) e del femminicidio (art. 80, n. 11), sostenendo che l'assenza di una relazione pregressa tra autore e vittima ne impedisse la configurabilità. La Suprema Corte di Buenos Aires ha tuttavia rigettato il ricorso, valorizzando il genere della vittima quale elemento rilevante «*en el motivo, en el contexto y en la forma de la violencia*»[170]. Attraverso il richiamo a perizie psichiatriche e psicologiche, che evidenziavano un profilo misogino dell'imputato, e alle modalità del fatto, quali la denudazione parziale, l'umiliazione e la riduzione a oggetto della vittima prima dell'uccisione[171], i giudici finiscono per fondare la decisione su elementi solo

[168] Per approfondimenti, J. T. ÁLVAREZ, *Crímenes de odio contra las disidencias sexuales: concepto, orígenes, marco jurídico nacional e internacional*, in *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, n.1/2018, pp. 69-97.
[169] *SCBA, 6 maggio 2022, M., N. M. s/ queja en causa Nº 96.727 del Tribunal de Casación Penal, Sala I*, con nota di M. DUPETIT, *El femicidio y las decisiones Judiciales,* cit., pp. 52- 57.
[170] M. DUPETIT, *El femicidio y las decisiones Judiciales,* cit., pp. 54-55.
[171] Si tratta di elementi che riflettono una relazione di violenza e potere tipica della violenza di genere, come conferma anche il documento della *UNIDAD FISCAL ESPECIALIZADA EN VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES (UFEM), Femicidios no íntimos en Argentina. Análisis de sentencias condenatorias por hechos en contextos no íntimos calificados como femicidios* (artículo 80, inciso 11 del Código Penal), Buenos Aires, novembre 2024, pp. 8-9, proprio a proposito dei femicidi non intimi. In relazione a questi ultimi, la violenza di genere, che costituisce la figura penale del femminicidio, non si limita alle relazioni intime e

apparentemente oggettivi, ma in realtà considerati come espressione della dimensione soggettiva dell'agente[172].

5.2. Fino ai confini del concetto di genere: il caso Sacayán

L'identità di genere costituisce un tema strettamente connesso a quello della violenza di genere, soprattutto ove venga in rilievo in sede di distinzione tra l'omicidio commesso per odio di genere (n. 4) e quello perpetrato mediante violenza di genere (n. 11). Si noti, infatti, come si sia prediletto l'impiego del termine "genere" in luogo dell'espressione "contro le donne", così come previsto dalla legge n. 26.485/2009 nella tipizzazione della condotta all'interno del *codigo penal* argentino: non si tratta di una scelta linguistica fine a sé stessa, in quanto risponde ad un'analisi più ampia e complessa, che si inserisce in quello che è stato definito un approccio transdisciplinare[173]. Emblematico, sul punto, è il caso di Diana Sacayán.

5.2.1. La doppia condanna del *Tribunal Oral*

Il 13 ottobre 2015, il corpo martoriato di Diana Sacayán, figura di riferimento del movimento travesti e transgender in Argentina, fu trovato senza vita nella sua abitazione di Buenos Aires. Tre anni dopo, il 18 giugno 2018, il *Tribunal Oral en lo Criminal y Correcctional n. 4* condannò Gabriel David Marino all'ergastolo, riconoscendolo coautore del *delito de homicidio calificado por odio a la identidad de género y por haber mediado violencia de género*: una decisione storica, tra le prime in America Latina a qualificare un crimine come travesticidio, riconoscendo, in virtù della legge

familiari. Il componente di genere supera i limiti della cosiddetta violenza domestica e può manifestarsi in diversi aspetti degli omicidi, come la modalità di commissione, l'eccessiva crudeltà o violenza impiegata come mezzo di commissione (*overkill*), la selezione e l'approccio della vittima, la connessione con un attacco sessuale, la reazione difensiva della vittima che sfugge all'intento di dominio dell'autore, lo sfruttamento dello stato di indifesa, l'inferiorità fisica, ecc.

[172] *Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires,* sent. n. 96.727/2022, in *scba.gov.ar*, p. 22. Per la Corte, Il fatto che l'aggressore non conoscesse previamente la vittima (e che quindi si trattasse di un *femicidio no íntimo*) non impedisce l'applicazione dell'aggravante, poiché ciò che risulta decisivo è che siano configurati gli elementi tipici della violenza di genere: *y en el caso lo están*, afferma la Corte. Si riporta, in traduzione nostra, il punto della sentenza in oggetto: «(…) alle perizie psichiatrica e psicologica che confermano un profilo misogino dell'imputato, si aggiungono le caratteristiche che il fatto ha presentato (…) Non si tratta di meri "dati" non verificabili, bensì di elementi concreti che dimostrano come, nel movente, nel contesto e nelle modalità della violenza a cui Nadia è stata sottoposta, il suo genere abbia costituito un fattore significativo, sicché l'elemento giuridicamente rilevante oggetto di discussione risulta adeguatamente provato».

[173] M. DUPETIT, *El femicidio y las decisiones Judiciales,* cit., p. 56.

26.743/2012 sull'identità di genere, come il carattere maschile o femminile di una persona non costituisca più una mera questione biologica, bensì un dato normativo[174].

Il giudicante osserva che, nelle ipotesi circostanziate ai sensi dell'art. 80, comma 4, *cod. pen*., la fattispecie si arricchisce di un elemento ulteriore, distinto dal dolo, individuato nella motivazione di odio, che nel caso di specie andava ricostruito con riferimento al genere percepito o espresso dalla vittima[175]. Nella motivazione del Tribunale, il movente del reato è stato individuato, infatti, nella discriminazione nei confronti del genere "non conforme" della vittima, sicché la condotta è stata qualificata come espressione di odio di genere. Tale conclusione ha trovato ulteriore riscontro nelle modalità dell'azione, segnatamente nelle lesioni inferte a Sacayán, connotate da una particolare brutalità che, secondo l'impostazione accusatoria accolta dai giudici, rivelava l'intento di esprimere un tratto tipico dell'odio[176], anziché un mero agire con premeditazione o crudeltà.

La parte più significativa della pronuncia attiene, tuttavia, al riconoscimento della responsabilità anche per il femminicidio ai sensi dell'art. 80, comma 11. Il *Tribunal* valorizza la nozione di violenza di genere, ormai consolidata a livello internazionale, preferendola a quella, più ristretta, di "violenza sulle donne". In particolare, si afferma che il requisito della violenza di genere costituisce un elemento oggettivo del tipo[177], da interpretarsi alla luce della Convenzione di Belém do Pará e della legge n. 26.485. Nella ricostruzione del *Tribunal*, risultano sussistenti tutti gli elementi richiesti dalle fonti normative richiamate: un uomo quale autore del fatto, una donna, per scelta e autopercezione, quale vittima, nonché la presenza di una questione di genere,

[174] *Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 4 de la Capital Federal, CCC 62.182/2015/TO1.*
[175] *TOCrC N° 4, CCC 62.182/2015/TO1*, p. 173; di diverso avviso, invece, E. R. ZAFFARONI, *Observaciones sobre la delincuencia por odio en el derecho penal argentino,* cit*.,* pp. 1743 – 1746, per cui il riferimento alla motivazione non attiene al piano del dolo, bensì riguarda la colpevolezza dell'agente. L'A., in tema di crimini d'odio, opera un distinguo esemplificativo tra due norme: l'articolo 80 inciso 4 del codice penale, che aggrava l'omicidio in forza della motivazione d'odio, e l'articolo 2 della legge 23.592, che prevede un'aggravante sia per persecuzione sia per odio verso una razza, religione o nazionalità, o con l'obiettivo di colpire un gruppo specifico. Ebbene, mentre l'aggravante d'odio interviene sul piano della colpevolezza, rimproverando il soggetto per la sua intenzione discriminatoria, l'elemento della persecuzione, rappresentando una finalità della condotta, aumenta il disvalore del fatto incidendo sull'elemento soggettivo nella forma dell'*ultrafinalidad,* inteso, in questo caso, come elemento soggettivo che travalica i confini del dolo.
[176] *Ivi,* p. 175.
[177] *Ivi*, p. 179.

desumibile anche dalle modalità esecutive, caratterizzate da violenze eccedenti quanto necessario a provocarne la morte[178].

Il femminicidio richiede, dunque, la sussistenza di una violenza di genere che non si esaurisca nel mero fatto dell'uccisione di una donna. La sentenza richiama, così, i lavori parlamentari preparatori, dai quali emerge il disvalore ulteriore individuato dal legislatore e posto a fondamento della previsione della specifica aggravante: in tali ipotesi si ravvisa un *quid pluris*, connesso alla condizione di discriminazione e subordinazione in cui la vittima viene privata della vita[179]. Il *Tribunal* aggiunge che «*tal plus»* consiste nel brutale disprezzo della dignità delle persone*,* ciò che l'accusa ha definito come c*osificación* della vittima[180], ossia la sua riduzione a oggetto, con conseguente negazione della sua soggettività e dignità.

Da tale impostazione deriva, così, il superamento della concezione dell'omicidio della donna "in quanto donna", ancorando invece l'analisi alla dimensione oggettiva della vicenda criminosa, o meglio, desumendo tale carattere dalle concrete modalità di realizzazione del fatto tipico.

5.2.2. Il cambio di rotta nelle conclusioni della *Cámara Nacional de Casación*

La pronuncia del *Tribunal* viene ribaltata nel giudizio di legittimità, che esclude l'aggravante dell'odio, riqualificando il fatto esclusivamente come femminicidio[181] e ritenendo sussistente tra le ipotesi previste dagli incisi 4 e 11 dell'art. 80 *cod. pen.* un concorso apparente di norme[182]. In particolare, la *Cámara de Casación* osserva che non emergevano elementi idonei a dimostrare che l'imputato fosse animato da sentimenti transfobici, e che, anche ove nel suo contesto sociale vi fossero persone condividenti tale atteggiamento discriminatorio, ciò non sarebbe comunque stato sufficiente a

[178] *Ivi*, p. 180.
[179] *Ivi*, pp. 258-259; J. E. BUOMPADRE, *Violencia de género, femicidio y derecho penal*, Córdoba, 2013, pp. 154 -155, sottolinea come il plus del tipo di illecito (rappresentato dalla relazione di potere diseguale) escluda che si tratti di un reato plurioffensivo e che, per tale circostanza, meriti automaticamente una pena più severa. Il fondamento della maggiore pena andrebbe, dunque, ricercato all'interno di un contesto determinato: ragion per cui l'omicidio di qualsiasi donna, in qualsiasi circostanza, non implica sempre e comunque femminicidio, ma solo quando esiste una situazione di subordinazione e sottomissione della donna nei confronti dell'uomo, basata su un rapporto di potere diseguale.
[180] *TOCrC N° 4, CCC 62.182/2015/TO1,* p. 259.
[181] *Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional – Sala 1, CCC 62.182/2015/TO1/CNC8.*
[182] *Ivi*, p. 37.

fondarne la responsabilità: si richiede, infatti, che ogni forma di odio venga provata a partire dagli atti *que revelen* la motivazione dell'autore[183].

Per l'applicazione dell'inciso 11, invece, la *Cámara* esige la prova dell'esistenza di un contesto oggettivo di violenza di genere. Viene espressamente richiamata la dottrina che definisce la violenza di genere come reazione contro chiunque si discosti da ciò che viene considerato "normale" alla luce dei ruoli socialmente e culturalmente assegnati[184]. Considerata, allora, l'appartenenza di Diana Sacayán ad un gruppo altamente vulnerabile, nonché storicamente stigmatizzato e criminalizzato, la *Cámara* passa in rassegna gli elementi probatori a sostegno della sussistenza di una violenza di genere così ricostruita. In primo luogo, viene menzionato il legame affettivo che univa vittima e autore: sebbene non fosse stato ritenuto, nel precedente grado di giudizio, di intensità sufficiente a qualificare il fatto come femminicidio intimo *ex* art. 80, comma 1, *cod. pen.* (conclusione ribadita anche dalla giurisprudenza di legittimità[185]), si ammette che l'imputato avrebbe potuto servirsi di tale connessione per abbassare ulteriormente le difese della vittima[186].

Ulteriori elementi probatori presi in esame riguardano il rapporto sessuale avvenuto prima della morte della donna, nonché le lesioni riscontrate sul suo corpo: ferite da taglio e da punta localizzate in aree particolarmente significative (in particolare seno e glutei), il volto sfigurato, numerose contusioni e segni riconducibili a calci. Secondo il giudice, tali caratteristiche evidenziano «*con elocuencia*» come le disuguaglianze strutturali si siano concretamente manifestate nel comportamento degli aggressori. In questa prospettiva, le pratiche di dominio e subordinazione si sarebbero pienamente trasposte sul piano fattuale: «*el poder simbólico que se extrae de las acciones verificadas resulta incuestionable*», afferma la Corte.

---

[183] *Ivi*, p. 43.
[184] J. DI CORLETO (a cura di), *Género y justicia penal*, Buenos Aires 2017, pp. 252-253, in CNCCrC – Sala 1, CCC 62.182/2015/TO1/CNC8, p. 47.
[185] TOCrC n. 4, CCC 62.182/2015/TO1, pp. 185-187.
[186] UNIDAD FISCAL ESPECIALIZADA EN VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES (UFEM), *Transfemicidios, travesticidios y crímenes por prejuicio en Argentina (2016-2021). Análisis de 12 sentencias a 10 años de la Ley de Identidad de Género*, Buenos Aires 2022, pp. 15-19, nell'analisi dei transfemminicidi/travesticidi caratterizzati come "intimi" in questo rapporto, sono state rilevate coincidenze con alcuni tratti presenti nei casi di femminicidio intimo, come, ad esempio, il fatto che gli episodi avvengono nell'ambito di intimità tra vittima e aggressore, lo sfruttamento del rapporto di fiducia per compiere l'attacco, la presenza di precedenti di violenze e, in alcuni casi, l'esistenza di misure di protezione. Tuttavia, sebbene entrambi i fenomeni condividano la violenza di genere, il fenomeno criminale qui analizzato si distingue per la presenza di elementi specifici di violenza da pregiudizio contro l'identità trans/travestita della vittima.

Eppure, a giudizio di chi scrive, le conclusioni della giurisprudenza appaiono tutt'altro che incontrovertibili. L'unico dato certo è la particolare condizione di vulnerabilità della vittima, aggravata dalla relazione con l'autore. Che esistano disuguaglianze strutturali è indubbio; tuttavia, l'inferenza che queste riguardino la violenza di genere, piuttosto che la transfobia, appare problematica. Infatti, escludere l'applicazione dell'aggravante dell'odio sulla base di un'analisi della persona dell'imputato, o, più precisamente, dell'assenza di una sua eventuale ideologia transfobica[187], lascia intendere che la scelta di applicare l'inciso n. 11 si fondi più su un meccanismo simbolico ad esclusione che su prove positive. Questa lettura si inserisce, inoltre, coerentemente nelle linee guida elaborate dall'*Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres*[188], che prescrivono che, fin dalle prime fasi investigative, ogni morte violenta di una donna debba essere trattata come ipotesi di femminicidio, anche ove inizialmente possa sembrare un omicidio semplice, un suicidio o un incidente. Solo in seguito, eventualmente, tale ipotesi potrà essere esclusa, sulla base delle prove contrarie rinvenute, ma l'assunto di partenza deve essere quello di una morte calata in un contesto di violenza di genere.

Il problema, tuttavia, è che questa impostazione, pur essendo orientata ad una prospettiva femminista intersezionale, che politicamente non può che condividersi[189], rischia di generare incongruenze sul piano strettamente penalistico. Infatti, stante la nozione di "donna" come ricostruita in precedenza, tanto l'opzione che riconduce la fattispecie all'alveo dei crimini d'odio quanto quella che la qualifica come ipotesi di violenza di genere porrebbero delicati problemi, nell'ordinamento italiano, in punto di personalità della responsabilità penale. Nel primo caso, la disciplina aggravata viene giustificata dalla maggiore riprovevolezza che deriverebbe dall'aggressione ad un soggetto in ragione di una specifica caratteristica identitaria del gruppo di appartenenza. In questa prospettiva, però, l'elemento soggettivo[190] si salda ad una valutazione di tipo

[187] *Ivi*, p. 43.
[188] UFEM, *Femicidios no íntimos en Argentina. Análisis de sentencias condenatorias por hechos en contextos no íntimos calificados como femicidios (artículo 80 inciso 11 del código penal),* Buenos Aires 2024, pp. 34-35.
[189] Anche A. IGLESIAS SKULJ, *Violencia de género en América Latina,* cit*.,* p. 95, sottolinea il pregio della prospettiva intersezionale, in quanto consente di riconoscere razza, classe, genere, sessualità e altre variabili che conducono all'oppressione come questioni storicamente condizionate, socialmente strutturate dalle relazioni di potere, che operano simultaneamente.
[190] E. R. ZAFFARONI, *Observaciones sobre la delincuencia por odio en el derecho penal argentino*, cit., p. 1749, riconducendo alla dimensione della colpevolezza la rilevanza del motivo, esclude che vengano in

ideologico, rischiando di far coincidere la responsabilità penale con l'adesione ad un sistema di credenze o pregiudizi, piuttosto che con la condotta (lesiva di un bene giuridico) effettivamente realizzata. Nel secondo caso, invece, l'accento è posto sulla dinamica di autorità propria del rapporto tra soggetti appartenenti a generi diversi. Tale squilibrio, desumibile per di più dai più vari elementi del caso concreto, ripropone il paradigma tipico di ogni rapporto tra oppressore e vulnerabile. In questa prospettiva, l'aggravio non sembra discendere da requisiti verificabili in punto di tipicità, bensì da valutazioni squisitamente politico-criminali, con il rischio di trasformare l'aggravante in uno strumento di mera reazione simbolica, nonché di suffragare un'ipotesi di responsabilità oggettiva grazie all'indeterminatezza che caratterizza la disposizione.

Parte della dottrina argentina, infatti, si mostra consapevole della pericolosa indeterminatezza della norma, che apre la strada a un intervento giudiziale a maglie particolarmente larghe[191]. Tuttavia, tutto sembra assorbito e neutralizzato dalla presunta "bontà", tutt'altro che insindacabile, delle scelte di politica criminale operate dal legislatore nel momento in cui ha deciso di schierare lo strumento penale contro la violenza di genere. Dello stesso avviso, inoltre, sembra essere la giurisprudenza di merito nel caso Sacayán, che evidenzia come compito dei giudici non sia valutare la tecnica legislativa, bensì verificare la costituzionalità delle norme. Pur ammettendone la vaghezza, la *Cámara* ha ritenuto che tale profilo esuli dal perimetro delle censure, in quanto la previsione normativa dà piuttosto attuazione agli impegni assunti dallo Stato nella lotta alla violenza di genere[192].

Tornando all'analisi della sentenza in commento, la ricostruzione giurisprudenziale sembra ancorare l'elemento essenziale della violenza di genere al carattere oggettivamente squilibrato della dimensione relazionale in cui si colloca l'omicidio di una donna, ma resta assente qualsiasi argomentazione relativa alla copertura dolosa di tale elemento, che dalla scarna motivazione giurisprudenziale appare presunto in *re ipsa*.

---

tal caso in rilievo elementi del foro interno dell'agente, che operano a livello della tipicità, in quanto pretese di fondare la proibizione penale stessa sulle disposizioni interne dell'animo del soggetto.

[191] E. J. BUOMPADRE, *¿Es necesario acreditar en el proceso la posición de dominio o actitud machista en casos de violencia de género? Especial referencia al delito de femicidio*, in *pensamientopenal.com.ar*, 20 agosto 2013.

[192] *CNCCrC – Sala 1, CCC 62.182/2015/TO1/CNC8,* pp. 275-276.

Le possibili soluzioni, allora, si biforcano: o si ritiene che, in presenza di una situazione di squilibrio di potere, sia necessario accertare un abuso o uno sfruttamento specifico, e quindi verificare almeno il coefficiente psichico minimo riferibile a tale elemento di fatto (con conseguente esclusione della responsabilità qualora esso manchi); oppure, se tale operazione non viene compiuta, si falsa la prova di un elemento significativo della fattispecie e si scivola verso una forma di responsabilità oggettiva.

Considerando, inoltre, che all'autore viene in ogni caso addebitato il costo di un problema sistemico di relazioni di potere, in termini di esercizio e mantenimento di una posizione di dominio, è legittimo chiedersi: non è forse lo stesso discorso che vale per altre forme di oppressione? Ciò vale, ad esempio, per il razzismo sotteso ad un omicidio di un immigrato arabo, quanto per l'abilismo nei confronti di una persona affetta da una forma di disabilità fisica: seguendo il ragionamento della giurisprudenza argentina, in ognuno di questi casi sarebbe tendenzialmente possibile prescindere dall'indagine sui motivi, soltanto valutando il doloso sfruttamento, da parte dell'autore, di una posizione di potere oggettivamente esercitata sulla vittima, a garanzia della personalità della responsabilità.

5.3 Il paradosso del panpenalismo

A riprova della carenza di determinatezza delle aggravanti illustrate, può apparire interessante aprire una parentesi storica sulla tragica vicenda di Felicitas Guerrero, che nel 1872, anno della sua morte, divenne simbolo della condizione femminile dell'epoca, quando le donne erano considerate proprietà della famiglia, prive di voce e di libertà di scelta.

A soli quindici anni, la giovane fu costretta dai genitori a sposare Martín de Álzaga, un uomo molto più grande di lei, che la lasciò vedova a venticinque anni, con un'immensa fortuna in eredità. La sua ricchezza e il suo fascino attirarono numerosi corteggiatori, tra cui Enrique Ocampo, innamorato di lei da tempo. Felicitas, però, lo rifiutò e scelse come futuro marito un giovane proprietario terriero. Proprio il giorno della sua festa di fidanzamento, Enrique Ocampo la affrontò disperato, chiedendole di rinunciare alle nozze: di fronte al rifiuto, estrasse una pistola e le sparò. Felicitas morì

poche ore dopo, a soli ventisei anni, mentre Ocampo fu trovato morto subito dopo, e non si chiarì mai se si fosse suicidato o se fosse stato ucciso dai parenti della giovane[193].

Il paradosso è che questo episodio passò alla storia come il primo femminicidio dell'aristocrazia argentina, ma oggi non rientrerebbe in nessuna delle ipotesi di femminicidio individuate dal codice penale argentino (ma, si ipotizza, almeno in un'ipotesi contemplata da quello italiano sì!). Parlare di gelosia come espressione del potere di dominazione dell'uomo sulla donna, infatti, significa dare una lettura eccessivamente estensiva del concetto di violenza di genere, esasperando quello che, nelle intenzioni del legislatore e della giurisprudenza, doveva essere l'elemento idoneo a conferire materialità al femminicidio. Né tanto meno è possibile parlare di odio o di disprezzo ai sensi dell'inciso 4, trattandosi, anzi, di una condotta criminosa realizzata nei confronti di una donna oggetto del desiderio. L'autore, infine, è un uomo che non aveva con la vittima alcuna relazione tale da integrare quel legame affettivo che giustifica l'applicazione della disciplina del femminicidio intimo.

Il caso Guerrero è quello di un uomo che ha tolto la vita a una donna che non si piegava alla sua volontà, che ha osato autodeterminarsi di fronte alla forza dell'imposizione maschile. Ebbene, questo caso emblematico di femminicidio, inteso come atto finale di un'escalation di violenza imperniata sulla soggezione del genere femminile all'autorità maschile, non riesce a trovare copertura nell'apposita disciplina, se non attraverso forzature lesive della legalità e della certezza del diritto.

La condanna della discriminazione e dell'oppressione della donna è senz'altro un atto politico necessario nella lotta per la garanzia universale dei diritti umani. Tuttavia, si ribadisce, il riconoscimento di un suo peculiare disvalore sul fronte del diritto penale non può avvenire attraverso fattispecie che finiscono per estendere in modo incontrollato l'esercizio del potere punitivo nei confronti del "nemico pubblico" di volta in volta individuato.

6. Conclusioni: la dimensione extrapenale quale sede di adeguato riconoscimento del fattore di genere

[193] A. M. CABRERA, *Felicitas Guerrero. "La mujer más hermosa de la República",* Buenos Aires 1998.

Alla luce delle considerazioni svolte, relative tanto alla recente riforma dell'ordinamento italiano quanto all'esperienza argentina del delitto di femminicidio, emergono persistenti criticità sotto il profilo della determinatezza e della precisione di una fattispecie così configurata, nonché un sacrificio difficilmente accettabile del principio di personalità della responsabilità penale, a fronte di una tendenza verso un iperpunitivismo marcatamente ideologico. Non sembra, inoltre, superabile la tensione derivante dalla mancanza di necessità di una autonoma incriminazione, circostanza che rivela il carattere marcatamente simbolico delle riforme nel cui solco si colloca l'introduzione del femminicidio.

Avendo affermato l'impercorribilità di una tutela "genderizzata", per i profili di illegittimità evidenziati nel secondo capitolo del presente lavoro, e le criticità che una tutela specifica fondata sul motivo di genere presenta, rispetto ai principi propri del diritto penale del fatto e alle relative garanzie, si auspica l'abrogazione dell'ultimo intervento normativo in esame. In una prospettiva di riequilibrio del sistema sanzionatorio, si propone, inoltre, un adeguamento delle cornici edittali, progressivamente innalzate dal legislatore, alla luce del principio di offensività e di una coerente visione sistematica.

Si ritiene che la circostanza dell'abuso di autorità, di cui all'art. 61, comma 1, n. 11 c.p., sia idonea ad adeguare il disvalore della fattispecie nelle ipotesi in cui si riscontri una situazione di squilibrio di potere nell'ambito di un rapporto di diritto privato, purché tale squilibrio trovi un oggettivo riscontro, piuttosto che essere correlato ad una condizione (presunta) di subordinazione fondata sul genere.

6.1. Il fronte penale: valorizzazione del legame affettivo con l'autore e della vulnerabilità della vittima

Sotto il profilo del diritto penale sostanziale, al fine di attribuire adeguato rilievo alle situazioni che generano maggiore allarme sociale nel contesto italiano, quali le aggressioni ai danni di donne da parte di familiari, partner o ex partner, si suggerisce un ritorno alla disciplina aggravata dell'omicidio[194]. Tale soluzione, ad avviso di chi scrive,

[194] *Contra*, A. MASSARO*, Il malinteso della donna come vittima vulnerabile: il diritto penale di fronte ai gender-based crimes*, in *GenIUS online*, 3 gennaio 2025, pp. 25 ss. pur evidenziando come i casi di violenza domestica si risolvano frequentemente in situazioni riconducibili al fenomeno della violenza contro le donne, sottolinea tuttavia che tra le due categorie non sussiste una perfetta sovrapposizione. Ciò non consente, nella ricostruzione dell'A., di porre adeguatamente in rilievo lo specifico problema della

consentirebbe di considerare in modo adeguato i profili rilevanti nella manifestazione di tali fenomeni, mantenendo al contempo la coerenza con i principi di offensività e di determinatezza.

L'articolo 576 c.p., infatti, prevede la pena dell'ergastolo ove l'omicidio sia commesso, *ex* n. 5, "in occasione della commissione", tra gli altri, dei delitti previsti dagli artt. 572, 583-*quinquies*, 609-*bis*, e 609-*octies* c.p.; nonché, *ex* n. 5.1, "dall'autore del delitto previsto dall'articolo 612-*bis* nei confronti della stessa persona offesa". Inoltre, l'art. 577 comma 1 n. 1 c.p. prevede l'aggravante dell'ergastolo ove il fatto sia commesso contro il coniuge, anche legalmente separato, contro l'altra parte dell'unione civile o contro la persona stabilmente convivente con il colpevole o ad esso legata da relazione affettiva.

È questa la formulazione risultante dall'intervento della l. 19 luglio 2019, n. 69, che ha riformato la precedente previsione facente riferimento alla "persona legata al colpevole da relazione affettiva e con esso stabilmente convivente", equiparando il requisito del legame affettivo a quello della stabile convivenza e rendendo alternative tali ipotesi, prima considerate come cumulative[195]. Si noti, infatti, la differenza con il secondo comma dell'articolo 577 c.p., che prevede la pena più bassa della reclusione da ventiquattro a trenta anni, se il fatto è commesso, tra gli altri, contro il coniuge divorziato, l'altra parte dell'unione civile, ove cessata, la persona legata al colpevole da stabile convivenza o relazione affettiva, ove cessate. È prevista una pena attenuata in proporzione alla minore intensità del rapporto parentale, a sottolineare come sia proprio il legame familiare a determinare un maggiore disvalore dell'azione[196].

---

violenza di genere, anche a prescindere dal contesto relazionale. In tale prospettiva, si propone di superare il ricorso al concetto di violenza e di introdurre una circostanza aggravante comune, costruita in termini oggettivi, operante quando il reato risulti «"causato" da un modello socio-culturale fondato sulla discriminazione di genere».

[195] Lo conferma anche Cass. pen., sez. V, 15 gennaio 2020, n.13273, con nota di A. UBALDI, in *Diritto & Giustizia* 2020, per cui la *ratio* dell'aggravante di cui all'art. 577 c.p. «riposava e riposa nell'evidente necessità di apportare una tutela "rafforzata" alle persone che vivono o hanno vissuto un rapporto di tipo familiare e ciò non solo per la ripugnanza che l'azione contraria a un siffatto legame suscita ma anche per la insidiosità delle relazioni che su di esso possono innescarsi, che evidentemente non necessariamente svaniscono con la cessazione della convivenza (la quale anzi non di rado - come dimostrano le cronache giudiziarie - acuisce le conflittualità, rendendo, oggi, ancor più necessario il rispetto di quei doveri che permangono anche dopo la separazione e che contribuiscono a dar conto delle ragioni del rafforzamento della tutela penale)».

[196] Si consideri la differenza tra il regime di separazione legale tra i coniugi, che attenua il complesso degli obblighi derivanti dal matrimonio senza annullarli né far cessare lo *status* di coniuge con i corrispondenti obblighi personali e permanenti che lo caratterizzano, e la situazione dello scioglimento

Pur muovendo dalla premessa secondo cui la *ratio* degli aumenti di pena risiede nell'esistenza di un rapporto affettivo rilevante per lo sviluppo della personalità del soggetto[197], tale impostazione interpretativa finisce per fondare la disciplina su valutazioni aprioristiche del legislatore, non superabili mediante prova contraria, relative ad una sorta di classificazione dei rapporti affettivi in una categoria di serie A e in un'altra di serie B, che giustifica un intervento punitivo di diversa intensità.

Occorre, tuttavia, rilevare come sia proprio la diversa prossimità del legame tra i soggetti coinvolti ad esporre le parti del rapporto ad un maggiore pericolo per la persona; sotto questo profilo, le presunzioni di maggiore gravità elaborate in sede normativa trovano riscontro nella modalità di aggressione al bene giuridico tutelato.

Potrebbe, allora, dirsi preferibile assumere l'equivalenza dei rapporti familiari, affermando che agli effetti penali non rileva l'intensità del legame psicologico sottostante a tali rapporti, bensì il valore che essi assumono in quanto funzionali allo sviluppo della personalità umana, che nella Costituzione italiana trova il suo massimo referente all'art. 2[198]. D'altronde, il dinamismo della realtà sociale ha condotto a una rivalutazione dei rapporti affettivi privi di etichette, spesso a discapito delle forme "convenzionali" di famiglia. Un possibile minimo comune denominatore sembra, dunque, individuabile nell'esistenza di un legame psicologico-emotivo tra autore e soggetto passivo, in cui riscontrare un rapporto di affidamento della persona nei confronti dell'altra parte della relazione: si tratta di «rapporti psicologici di varia natura

---

del matrimonio, che comporta invece la perdita di tale *status*. In questo senso la recente: Cass. pen. Sez. I, 4 marzo 2025, n. 20870, in *CED Cass. pen*. 2025; conformi: sez. V, 15 gennaio 2020, n. 13273; sez. I, 19 dicembre 2006, n. 42462; sez. I, 1 febbraio 2011, n. 7198; Sez. I, 21 ottobre 2016, n. 24820.

[197] Ed è proprio in ragione della preminenza del vincolo affettivo che caratterizza questi ipotesi che Cass. pen., sez. I, 3 luglio 2012, n. 29709, in *CED Cass. pen*. 2012, ha riconosciuto «l'aggravante prevista dall'art. 577 comma 2 c.p. quando la condotta omicidiaria sia commessa da cittadino straniero nei confronti di altra persona, anch'ella straniera, con la quale intercorra rapporto coniugale contratto all'estero e non riconosciuto formalmente in Italia, rilevando ai fini del riconoscimento della circostanza non il dato formale ma la sussistenza di stabili vincoli affettivi tra agente e vittima».

[198] Come osserva anche S. MOCCIA, *Qualche riflessione sulla tutela penale della famiglia*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA (a cura di), *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, Napoli 2019, p. 87, a proposito delle convivenze di fatto, «sussiste comunque la necessità di differenziare questi legami dai rapporti caratterizzati dalla temporaneità e dall'assenza di volontà di condividere un consorzio di vita. Ed è questa una chiave di lettura riproponibile anche ai fini del diritto penale. Non qualsiasi forma di condivisione dell'esistente implica, di per sé, il carico di conseguenze, favorevoli o sfavorevoli, previste nel settore penale, bensì soltanto relazioni caratterizzate dalla stabilità e dalla volontà di reciproca assistenza».

(di protezione, cura, devozione, affetto, ecc.), che autorevole dottrina ha definito non già come rapporti di famiglia in senso stretto, bensì come rapporti di «famigliarità»[199].

Se anche le più recenti riforme legislative si sono orientate verso un progressivo ampliamento della nozione di famiglia, così da assicurare tutela ai diritti umani ben oltre i confini della famiglia nucleare tradizionalmente intesa e, dunque, oltre una dimensione strettamente "domestica", nel diritto penale tale evoluzione deve comunque confrontarsi con il principio di legalità. Richiedere, infatti, l'accertamento di un generico legame affettivo quale fondamento di una maggiore gravità dell'offesa, prescindendo da qualunque rapporto riconosciuto e disciplinato sul piano civilistico, rischia di esporre la disciplina a censure di indeterminatezza, rendendo i contorni della fattispecie potenzialmente estensibili oltre le forme relazionali giuridicamente riconosciute, ma eccessivamente labili. Una simile impostazione, infatti, non consente di individuare con sufficiente precisione una situazione di maggior offesa che giustifichi un aumento di pena, rimettendo inevitabilmente alla discrezionalità giudiziale la valutazione del caso concreto, con i conseguenti rischi di differenze di trattamento.

Potrebbe allora risultare preferibile un ritorno ad una disciplina aggravata dell'omicidio domestico/familiare, fondata sulla valorizzazione dei rapporti interpersonali individuabili alla luce di regole civilistiche, ma ricondotti entro un'unica e più ampia cornice edittale capace di graduare al suo interno l'aggravamento sanzionatorio.

Tale impostazione trova pieno riscontro anche nella discussione sul femminicidio, nella misura in cui è la condizione di vulnerabilità cui un soggetto (indipendentemente dal fatto che sia uomo o donna) risulta esposto all'interno di una relazione di prossimità così qualificata a determinare l'opportunità di una disciplina circostanziale.

Ribadita l'incompatibilità di una disciplina "genderizzata" dell'omicidio con i principi cardine del sistema penale, e non presentando l'omicidio commesso in un contesto di violenza di genere caratteristiche tali da giustificare una disciplina autonoma (e più afflittiva), una peculiare rilevanza può, infatti, riconoscersi alle ipotesi in cui l'autore sfrutti il legame affettivo instaurato con la vittima. È in tale contesto che il disvalore della condotta risulta significativamente amplificato. Un simile approccio non

[199] C. PATERNITI, *La famiglia nel diritto penale*, Catania 1967, p. 141.

si giustifica soltanto perché, in termini statistici, la maggior parte dei femminicidi avviene entro le mura domestiche o per mano di soggetti conosciuti dalla vittima, ma soprattutto perché si tratta di un elemento suscettibile di una valutazione oggettiva, indipendente da considerazioni ideologiche sulla personalità dell'autore.

A partire da tale impostazione, si incoraggia un impegno serio delle istituzioni anche sul piano rieducativo nei confronti degli autori di violenza. Non è necessaria, infatti, nella prospettiva delineata, l'introduzione di autonome fattispecie di reato o di specifiche circostanze aggravanti per valorizzare elementi che attengono propriamente all'offesa ed emergono nel processo (quali, ad esempio, la natura del legame con la vittima o il tipo di bene giuridico leso), potendosi efficacemente far leva su tali elementi e prevedere meccanismi che consentano al giudice di valutare l'opportunità di ordinare la partecipazione a percorsi trattamentali finalizzati alla responsabilizzazione dell'autore e alla promozione di modelli relazionali improntati alla parità e al rispetto.

6.2. Il fronte extrapenale: l'investimento vincente

Se quanto detto vale sul piano del diritto sostanziale, con riferimento agli strumenti extrapenali di contrasto alla violenza di genere, si ritiene che sia proprio questa la dimensione sulla quale fare leva in un'ottica autenticamente preventiva e, progressivamente, orientata all'estirpazione del fenomeno alla radice.

In tale prospettiva, assumono un ruolo centrale l'educazione nelle scuole e la promozione di attività e iniziative volte ad accrescere la consapevolezza in merito all'esistenza di pregiudizi e di discriminazioni, nonché di un fenomeno sociale che, ancora oggi, è negato o sottovalutato[200]. A ciò dovrebbe affiancarsi un'adeguata

[200] Se appare certamente apprezzabile il rafforzamento, ai sensi dell'art. 8 della l. n. 181/2025, degli obblighi formativi a carico dei soggetti che operano nel settore della prevenzione e del contrasto alla violenza contro le donne e alla violenza domestica, non possono invece essere accolte con altrettanto favore le previsioni degli artt. 6 e 7 della medesima legge. Tali disposizioni stabiliscono che, «al fine di prevenire e contrastare aggressioni di tipo sessuale», le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano possano promuovere campagne di sensibilizzazione sulla pericolosità dell'utilizzo di sostanze stupefacenti, psicotrope o comunque idonee ad alterare la coscienza. La scelta normativa sembra rappresentare un'occasione mancata per introdurre, invece, percorsi di educazione sessuale e all'affettività nelle scuole, idonei a promuovere una cultura del rispetto della volontà altrui. Si è preferito, piuttosto, assecondare una risposta fortemente influenzata dallo sdegno mediatico, facendo leva su una dimensione, quella dell'uso di sostanze stupefacenti, già ampiamente stigmatizzata. Dal punto di vista della comunicazione politica, si osserva inoltre come l'accento venga posto prevalentemente sulla pericolosità delle sostanze in sé, piuttosto che sulla responsabilità di chi le utilizza quale strumento per la commissione di violenze. Le campagne appaiono infatti orientate soprattutto a mettere in guardia le potenziali vittime rispetto ai rischi connessi all'assunzione di tali sostanze e alle possibili conseguenze,

formazione non solo degli operatori giuridici, ma anche, ad esempio, di quelli del settore sanitario, al fine di evitare il consolidarsi di narrazioni colpevolizzanti nei confronti delle vittime, che finiscono per rafforzare stereotipi e pregiudizi. Parimenti rilevante appare una più attenta politica comunicativa da parte dei *mass media* e delle emittenti pubbliche[201], che dovrebbe evitare di alimentare dinamiche di vendetta e rivalsa, spesso foriere di un clima di rabbia sociale che il legislatore, in chiave populista, tende a intercettare mediante riforme simboliche e a costo zero, incapaci di incidere realmente sul fenomeno[202]. Tali meccanismi, infatti, che già di per sé risultano inefficaci, rischiano anche di acuire il senso di contrapposizione nei confronti dell'ordinamento da parte degli autori di violenza, i quali possono percepire la reazione statale come un accanimento, con ulteriore pregiudizio al perseguimento di finalità di prevenzione generale positiva[203].

Per quanto attiene, invece, al profilo di tutela della vittima, la circostanza che il fenomeno della violenza di genere, nel contesto italiano si manifesti prevalentemente all'interno di relazioni caratterizzate da un attuale o pregresso legame affettivo o familiare, consente una più agevole identificazione della fonte di pericolo cui è esposta la donna. Pertanto, non dovrebbe escludersi il ricorso a misure di carattere amministrativo che intervengano a seguito della segnalazione di episodi violenti o sintomatici di una situazione di pericolo, purché, tuttavia, tali strumenti siano depurati dagli effetti sostanzialmente penali che comprimono le necessarie garanzie dell'individuo e che, peraltro, sotto il profilo preventivo, non sembrano apportare benefici apprezzabili.

In questa prospettiva, anziché fare esclusivo affidamento su una presunta (e, nei fatti, spesso inesistente) forza deterrente del potere punitivo, come quella evocata dalla minaccia dell'ergastolo nei casi di femminicidio, appare preferibile privilegiare

---

piuttosto che a disincentivare l'impiego delle stesse come mezzo per la realizzazione di condotte delittuose.

[201] F. SCHIAFFO, *Le minime ragioni della legislazione penale simbolica: la criminalità mediata*, in *Crit. dir*., n. 1-3/2010, pp. 127 ss., sul «potere di agenda» dei *mass media*, inteso quale capacità di "confezionare" e portare all'attenzione del pubblico determinate informazioni, incluse quelle di cronaca nera. L'A. evidenzia come la narrazione mediatica, secondo logiche assimilabili a vere e proprie strategie di marketing, tenda a presentare un "prodotto" capace di suscitare empatia nei confronti della vittima, privilegiandone la prospettiva, e, al contempo, di alimentare l'allarme sociale, rappresentando il fatto criminoso come potenzialmente vicino all'esperienza degli utenti.

[202] V. BADALAMENTI, *Ancora sul reato di femminicidio: limiti e prospettive di un diritto penale basato sul genere*, in *Dir. pen. cont*., n. 4/2025, p. 155.

[203] S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore,* cit., pp. 98-99.

interventi orientati alla tutela immediata dell'incolumità della donna, principalmente nelle fasi iniziali dell'escalation della violenza. Anche la misura amministrativa dell'ammonimento del questore *ex* art. 8 del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, pur non presentando un'elevata carica deterrente, né comportando interventi di messa in sicurezza della donna denunciante, può svolgere un ruolo significativo, in quanto consente di superare alcune ricorrenti resistenze al ricorso alla via giudiziaria[204] e all'assunzione di decisioni, tra cui, in primo luogo, l'allontanamento dalla situazione di abuso.

In tale prospettiva, appare necessario rafforzare non solo la fiducia della donna nelle istituzioni (obiettivo cui contribuiscono in modo decisivo l'efficienza della risposta e un dialogo attento, capace di evitare ulteriori forme di vittimizzazione), ma anche la rete sociale e istituzionale di supporto all'uscita dal circuito della violenza. Ciò implica investimenti nei centri antiviolenza, che offrono sostegno psicologico e legale, nonché nelle misure volte a promuovere l'indipendenza della donna. Si è, infatti, dell'avviso che, se sull'autore della violenza di genere sia necessario intervenire preventivamente, incidendo sul piano educativo ed evitando che un'ideologia misogina evolva in un fatto di reato, la vittima debba invece essere sostenuta attraverso la costruzione di percorsi di autonomia e indipendenza[205]. Tali percorsi, incidendo sulla dipendenza economica e, con adeguato supporto psicologico, anche su quella affettiva, possono favorire la ricostruzione di un progetto di vita autonomo e libero dalla violenza[206].

6.3. Misure extrapenali di tutela della donna migrante

[204] A. E. DINI, *Ammonimento del questore e violenza di genere: un anello debole nella catena protettiva?,* in *Sist. pen*., n. 10/2022, p. 96.

[205] Va accolto favorevolmente, ad esempio, lo stanziamento di fondi per il "reddito di libertà", introdotto dall'art. 105-*bis* del d.l. n. 34/2020, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 77/2020. Si tratta di una misura di sostegno economico riconosciuta alle donne vittime di violenza, con o senza figli, e che siano inserite in percorsi di fuoriuscita dalla violenza seguite dai centri antiviolenza riconosciuti dalle Regioni e dai servizi sociali. La misura consiste in un assegno mensile destinato a donne in difficoltà economica, finalizzato a sostenerne l'autonomia e il percorso di uscita dalla violenza. L'importo è stato nel tempo elevato da 400 a 500 euro pro capite mensili (aumentato a 530 euro con decreto del Ministro per le pari opportunità del 17 settembre 2025, in attuazione della legge di bilancio 2025, per un massimo di 12 mensilità, ed è cumulabile con altre forme di sostegno, quali l'assegno di inclusione. Ai fini del riconoscimento del beneficio, è inoltre prevista l'equiparazione alle cittadine italiane delle donne straniere titolari dello *status* di rifugiate politiche o di protezione sussidiaria *ex* art. 27 d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251.

[206] V. MASARONE, *L'attuale posizione della vittima nel diritto penale positivo: verso un diritto penale "per tipo di vittima"?*, cit., pp. 26 – 27.

Quanto detto, inoltre, deve trovare conferma e concreta attuazione anche con riferimento alle donne migranti richiedenti asilo e rifugiate che hanno subito violenza e che, ancora oggi, incontrano significative difficoltà nell'accedere a un sostegno efficace per lasciarsi alle spalle le esperienze traumatiche vissute. Occorre, infatti, rafforzare ed integrare i servizi assistenziali e di sostegno, sia per favorire l'emersione dei fenomeni di violenza, sia per contribuire a porvi fine. Ciò risulta particolarmente complesso nei casi in cui la scarsa integrazione sociale della vittima o del contesto familiare renda difficile persino riconoscere i profili di violenza, anche in ragione della mancata conoscenza di possibili alternative di vita[207]. Nel corso della trattazione si è più volte sottolineata l'importanza di un approccio intersezionale nell'analisi del fenomeno della violenza di genere: la considerazione dei fattori di discriminazione ulteriori al genere che si innestano in tali situazioni risulta, infatti, essenziale per una comprensione adeguata del contesto di violenza e per un intervento rispettoso delle esigenze delle persone coinvolte[208].

Da ultimo, merita menzione una peculiare dimensione nella quale viene in rilievo il fattore del genere a tutela della donna migrante vittima di violenza, qual è la protezione internazionale.

Ai sensi degli artt. 7 e 8 del d.lgs. 9 novembre 2007, n. 251, attuativo della direttiva 2004/83/CE[209], ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato assumono rilievo quali atti persecutori tutte quelle condotte che si concretano in una lesione grave e sostanziale dei diritti umani fondamentali; tra queste rientrano anche gli atti di

---

[207] E. CABIATI, *Violenze e percorsi di aiuto tra culture diverse: multiculturalismo e interculturalità nella prospettiva del social work*, in M. LAMANUZZI, C. MAZZUCATO (a cura di), *Violenza contro le donne: forme "visibili" e "invisibili" di un fenomeno globale. Strategie interdisciplinari di prevenzione,* cit., p. 121, sottolinea che per una donna migrante uscire dal circuito della violenza può essere maggiormente complesso, come per un uomo immigrato autore di violenza accedere a concrete opportunità di recupero e reintegrazione.

[208] In questa prospettiva, appare particolarmente meritevole di attenzione l'iniziativa *Leaving violence. Living safe*, promossa da D.i.Re (Donne In REte contro la violenza) in partenariato con UNHCR. Il progetto è volto a facilitare l'accesso ai servizi dei centri antiviolenza e per attivare percorsi di supporto realmente efficaci, superando le barriere linguistiche e culturali che spesso ostacolano l'emersione e la presa in carico delle situazioni di violenza. I dati disponibili sul sito del progetto (www.leavingviolence.it) evidenziano la rilevanza dell'iniziativa: 422 donne richiedenti asilo e rifugiate sono state supportate dai centri antiviolenza della rete, anche grazie al contributo di 64 mediatrici culturali appositamente formate. Sul sito è inoltre disponibile un primo elenco di mediatrici specializzate nel supporto a donne sopravvissute alla violenza, che possono essere contattate, tramite i centri antiviolenza da enti e organizzazioni territoriali.

[209] Direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta.

violenza fisica o psichica, inclusa la violenza sessuale (art. 7, comma 2, lett. a). Tali condotte acquistano carattere persecutorio qualora si inseriscano in un contesto in cui la vittimizzazione sia riconducibile all'appartenenza della persona a un determinato gruppo sociale. In questa prospettiva, la nozione di «gruppo sociale», secondo la giurisprudenza di legittimità, può ricomprendere anche l'appartenenza al genere femminile, soprattutto in contesti socio-culturali nei quali a tale elemento si associano modelli discriminatori sistemici[210].

Tale interpretazione appare coerente con l'orientamento della Corte di giustizia dell'Unione europea[211], che ha chiarito il contenuto dell'art. 10, par. 1, lett. d), della direttiva 2011/95/UE, relativo al motivo di persecuzione fondato sull'«appartenenza a un determinato gruppo sociale». In particolare, la Corte ha affermato che tale nozione deve essere intesa nel senso che, alla luce delle condizioni del Paese di origine, possono rientrarvi «tanto le donne (…) nel loro insieme quanto gruppi più ristretti di donne che condividono una caratteristica comune supplementare»[212]. Nel caso di specie, relativo a una cittadina nigeriana che aveva richiesto protezione internazionale denunciando di essere stata vittima di tratta e costretta alla prostituzione, sia per estinguere il debito contratto per il viaggio sia in ragione di un rito di natura magico-religiosa (*juju*), il giudice di merito ha riconosciuto la sussistenza del rischio di subire nuovamente trattamenti inumani e degradanti, accogliendo la domanda di protezione sussidiaria[213]. È

[210] Cass. civ. sez. I, 19 marzo 2024, n. 7283, in *Giustizia Civile Massimario* 2024; conformemente nella giurisprudenza di legittimità recente, Cass. civ. sez. I, 19 giugno 2023, n. 17448, in *Giustizia Civile Massimario* 2023; Cass. civ. sez. I, 12 gennaio 2022, n. 676, in *Giustizia Civile Massimario* 2022. La circostanza che la donna abbia inoltre esercitato la prostituzione costituisce un ulteriore elemento identificativo, in quanto comporta una particolare riconoscibilità sociale che, in determinati contesti, si traduce in stigmatizzazione, isolamento ed esclusione, tali da configurare l'appartenenza a un gruppo ulteriormente marginalizzato.

[211] Corte GUE, Grande Sezione, sent. 16 gennaio 2024 (causa C-621/21), consultabile all'indirizzo: https://infocuria.curia.europa.eu/

[212] La Raccomandazione generale n. 26/2008 del Comitato sull'eliminazione della discriminazione contro le donne evidenzia che la migrazione non è un fenomeno neutro rispetto al genere: la condizione delle donne migranti si distingue da quella maschile per canali di accesso, ambiti lavorativi, forme di abuso e relative conseguenze. Per tale ragione, l'analisi del fenomeno deve necessariamente tener conto delle disuguaglianze di genere, dei ruoli tradizionali, delle dinamiche del mercato del lavoro, della diffusione della violenza di genere e della femminilizzazione della povertà, rendendo essenziale l'adozione di una prospettiva di genere nell'elaborazione delle politiche. Il Comitato riconosce inoltre che le donne migranti possono essere suddivise in diverse categorie, in base alle cause e finalità della migrazione, alla durata del soggiorno, al grado di vulnerabilità e allo *status* giuridico, pur sottolineando come tali categorie siano spesso "indefinite e sovrapponibili", rendendo difficile una netta distinzione tra le stesse.

[213] La protezione sussidiaria ha carattere complementare e supplementare rispetto alla protezione riconosciuta ai rifugiati ai sensi della Convenzione di Ginevra. Essa, infatti, non richiede la sussistenza di un motivo persecutorio, ma la presenza di un rischio di danno grave. Ai sensi dell'art. 15 della direttiva 2004/83/CE, tale danno grave ricorre nei casi di: condanna a morte o esecuzione; tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante nei confronti del richiedente nel Paese di origine; minaccia

stato invece escluso il riconoscimento dello *status* di rifugiato, ritenendo che i motivi dell'allontanamento non fossero riconducibili a un fondato timore di persecuzione per le cause tipizzate (razza, religione, nazionalità, appartenenza a un gruppo sociale o opinioni politiche).

Tale approdo interpretativo sembra porsi in tensione con l'impostazione della Convenzione di Istanbul e della CEDAW, le quali richiedono di considerare la discriminazione di genere come fenomeno strutturale e sistemico. Una lettura integrata di tali fonti non solo orienta, ma sembra esigere la qualificazione di situazioni come quella descritta in termini di persecuzione fondata sul genere, dunque pienamente riconducibile all'ambito applicativo della Convenzione di Ginevra.

In questa prospettiva, la protezione sussidiaria risulta inadeguata, in quanto non coglie la matrice discriminatoria, e quindi propriamente persecutoria, della minaccia. La vulnerabilità della ricorrente non appare, infatti, come un elemento meramente individuale e contingente, ma come espressione di una condizione strutturale in cui il genere rappresenta il principale fattore di esposizione al rischio. Proprio in quanto donna, e in quanto donna già vittima di sfruttamento, ella risulta ragionevolmente esposta, nel Paese di origine, a nuove forme di violenza, discriminazione ed emarginazione grave.

---

grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante da violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale.

CAPITOLO 4

IL FATTORE CULTURALE NELLA STRUTTURA DEL REATO: PROFILI DOMMATICI E INCIDENZA DEL MOTIVO DI GENERE

L'analisi delle interrelazioni tra diritto penale e multiculturalismo è stata sviluppata, nella dottrina italiana, principalmente attraverso la categoria dei reati culturalmente motivati, nella prospettiva di un'adeguata ricostruzione dei profili di illiceità del fatto e della modulazione della responsabilità personale. Tale impostazione trova spiegazione nel mancato compimento, nel contesto italiano, di quel processo di stabilizzazione della società multiculturale che ha caratterizzato, invece, gli ordinamenti anglosassoni[1], nei quali il dibattito si struttura prevalentemente attorno al concetto di *cultural defense*, maggiormente orientato verso l'esclusione o l'attenuazione della responsabilità penale[2].

Considerato che la presente indagine riguarda le modalità di intersezione tra diverse minoranze, come emergono nei reati culturalmente motivati commessi ai danni delle donne in contesti riconducibili alla c.d. violenza di genere, si intende analizzare il possibile rilievo del fattore culturale nei diversi livelli del reato. L'obiettivo è quello di pervenire a una ricostruzione integrata dei due approcci individuati in apertura: da un lato, quello incentrato sulla qualificazione del fatto come reato culturalmente motivato; dall'altro, quello volto a valutare l'incidenza del fattore culturale in termini di attenuazione, o quantomeno di non aggravamento, della responsabilità, anche a fronte di offese a beni fondamentali della persona.

---

[1] M. PAVARINI, *Criminalità e pena nella società multiculturale*, in A. BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, cit., pp. 175 ss., evidenzia una significativa differenza tra il modello statunitense e quello europeo in materia di immigrazione e integrazione culturale. In particolare, l'autore osserva come negli USA si sia progressivamente consolidato un nucleo minimo di valori condivisi, tale da aver consentito la formazione di una cultura comune, coincidente con lo 'stile di vita americano', e di un modello di integrazione ormai relativamente stabilizzato, nella logica del *melting pot.* Diversamente, a giudizio dell'A., un analogo processo difficilmente si realizzerà in Europa negli stessi termini. Il contesto europeo appare infatti caratterizzato dalla persistenza di un punto di vista culturale autoctono destinato a mantenere una posizione dominante rispetto alle culture delle comunità immigrate: ne deriverebbe un modello di integrazione meno orientato alla costruzione di un'identità culturale comune e più segnato dalla prevalenza dei valori espressi dalla tradizione europea.

[2] L. MONTICELLI, *Le "cultural defenses" (esimenti culturali) e i reati "culturalmente orientati". Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in *Ind. pen*., 2003, pp. 538-539.

1. Il fattore culturale nella tipicità

L'analisi prende avvio dal primo livello del reato, che realizza le garanzie di legalità poste a fondamento del sistema penale, sviluppandosi lungo due direttrici principali: la prima concerne le fattispecie culturalmente pregnanti, quali le mutilazioni genitali femminili e i c.d. matrimoni forzati, trattandosi di reati caratterizzati da una specifica connotazione culturale, strettamente connessa a valutazioni di valore in tema di discriminazione di genere; la seconda riguarda, invece, la presenza di elementi culturalmente connotati all'interno di fattispecie riconducibili alla violenza di genere: si pensi alla nozione di "atti sessuali" nei reati *ex* artt. 609-*bis* c.p. e ss., al concetto di "maltrattare" nella fattispecie *ex* art. 572 c.p.

1.1. Le mutilazioni genitali femminili

Le mutilazioni genitali femminili rappresentano forse l'esempio più emblematico di fattispecie culturalmente pregnanti. Si tratta di pratiche rituali, prevalentemente di origine africana[3], nelle quali si riconosce comunemente una componente di oppressione esercitata dalla società sul corpo e sulla sessualità della donna. Colpisce che una delle denominazioni più diffuse in ambito etnologico sia stata, per lungo tempo, quella di "circoncisione femminile", modellata linguisticamente sulla circoncisione maschile: tale scelta si spiega, almeno in parte, alla luce del contesto peculiare in cui si collocano i primi studi in materia, sviluppatisi in un quadro di maggiore attenzione dell'etnologia ai riti maschili[4].

È solo nel 1996 che l'Organizzazione Mondiale della Sanità raccomanda formalmente l'uso della terminologia "mutilazione genitale femminile"[5], definendola come comprensiva di «tutte le procedure che comportano la rimozione parziale o totale

[3] Per C. PASQUINELLI, *Identità di genere e prezzo della sposa,* cit., p. 6, si tratta di pratiche diffuse soprattutto nell'Africa subsahariana, la cui origine, si chiarisce, viene sovente attribuita all'Islam, probabilmente in ragione della maggiore tolleranza dimostrata nei confronti di tali pratiche, a cui la religione cattolica, invece, si oppone.

[4] M.L. CIMINELLI, *Le "ragioni culturali" delle mutilazioni genitali femminili: note critiche sulla definizione di MGF dell'Oms/Who*, in *La Ricerca Folklorica*, n. 46/2002, p. 39, definisce «paradossale» la fortuna che il tema delle mutilazioni genitali femminili ha conosciuto nel dibattito scientifico e culturale, soprattutto se confrontata con la scarsa attenzione che gli era riservata agli albori degli studi in materia. Tale evoluzione è dovuta anche ai limiti materiali della ricerca: gli etnologi, prevalentemente uomini, hanno infatti avuto raramente accesso agli spazi sociali specificamente femminili (come l'*harem* o la capanna mestruale), nei quali sarebbe stato possibile approfondire tali pratiche.

[5] WORLD HEALTH ORGANIZATION. DIVISION OF FAMILY HEALTH, *Female genital mutilation: report of a WHO technical working group,* Geneva, 17-19 luglio 1995, pp. 5-6, consultabile all'indirizzo internet: https://iris.who.int/handle/10665/63602.

degli organi genitali esterni femminili e/o lesioni agli organi genitali femminili per motivi culturali o di altro tipo non terapeutici»[6], qualificandola espressamente come «una forma di violenza contro le ragazze e le donne che comporta gravi conseguenze fisiche e psicosociali», nonché come «una manifestazione della discriminazione nei confronti delle donne e delle ragazze»[7].

Il fattore culturale emerge, dunque, con chiarezza nella stessa definizione dell'OMS: affermare che l'espressione "mutilazioni genitali femminili" sia quella generalmente utilizzata per indicare pratiche «tradizionali» comportanti l'asportazione parziale o totale dei genitali esterni femminili, al di fuori di finalità mediche, implica il riferimento a una specifica tradizione e a un determinato contesto culturale, diverso da quello dell'osservatore che definisce (e giudica). Ne deriva il rischio di un atteggiamento implicitamente discriminatorio, fondato su una contrapposizione tra ciò che è "occidentale" e ciò che non lo è[8]. In altri termini, viene in rilievo una tradizione culturale valutata e condannata in ragione della sua incidenza sull'integrità fisica della persona, senza che sia adeguatamente considerato il ruolo che essa riveste nell'identità della comunità di riferimento.

Anche l'introduzione del termine "mutilazione" risponde all'esigenza di evidenziare la gravità della pratica, mettendo in luce il danno fisico e psicologico che essa comporta, eliminando ambiguità e prendendo le distanze da espressioni come "circoncisione femminile", che rischiano di attenuarne la portata lesiva o di suggerire un'impropria assimilazione alla circoncisione maschile, se non addirittura una sua legittimazione in termini medico-sanitari. Tuttavia, la stessa OMS riconosce che il termine "mutilazione" può risultare offensivo per alcune comunità o per le donne che hanno subito tali pratiche[9]: per tale ragione, raccomanda, a livello locale, l'adozione di un linguaggio culturalmente sensibile, pur suggerendo di mantenere tale terminologia nei contesti scientifici, normativi e internazionali. Ci si riferisce ad un profilo tutt'altro

[6] *Ivi*, p. 6. La definizione di mutilazione genitale femminile, nei termini riportati, include sia gli aspetti fisici e psicologici della pratica, che quelli inerenti al profilo giuridico.
[7] *Ibidem*.
[8] M.L. CIMINELLI, *Le "ragioni culturali" delle mutilazioni dei genitali femminili,* cit., pp. 42- 43.
[9] C. PASQUINELLI, *Identità di genere e prezzo della sposa,* cit. p. 5, sottolinea come le donne preferiscano riferirsi a tali pratiche con i nomi tramandati dalla propria tradizione culturale, tra i quali anche il generico "circoncisione"; G. LA MONACA, F. AUSANIA, G. SCASSELLATI SFORZOLINI, *Le mutilazioni genitali femminili. Aspetti socio antropologici,giuridici e medico legali e contributo casistico,* in *Riv. it. med. leg.*, n. 3-4/2004, p. 642, evidenziano che i popoli di lingua araba parlano anche di *khifad*, "riduzione", o *tahara*, termine che indica lo stato di purificazione di chi si accinge alla preghiera, sottolineando il carattere sacrale della pratica.

che marginale, ove si consideri che le popolazioni interessate non percepiscono necessariamente tali pratiche con la medesima connotazione negativa propria del punto di vista occidentale.

Si tratta, infatti, di pratiche ampiamente diffuse tanto nella comunità sociale in senso lato quanto, soprattutto, nella dimensione familiare, particolarmente rilevante per le persone immigrate. Molte donne, infatti, si trovano in una condizione di forte marginalità, spesso relegate in una dimensione domestica: da un lato incontrano difficoltà di integrazione nella società di accoglienza; dall'altro, restano profondamente legate alla cultura di origine[10]. In tale contesto, le mutilazioni genitali femminili assumono anche un rilevante valore identitario, generando così un circolo vizioso, per cui il timore che l'adesione ai modelli della società ospitante possa compromettere il ritorno nella comunità di provenienza ostacola ulteriormente i processi di integrazione.

L'intervento sul corpo assume, pertanto, una funzione simbolica di definizione sociale del sesso e di affermazione dell'identità di genere. Non sorprende, dunque, che tali pratiche trovino una forma di legittimazione anche nel contesto matrimoniale, in particolare nell'istituto del c.d. "prezzo della sposa", ossia il contributo che la famiglia dello sposo versa a quella della sposa quale compensazione per la perdita dei diritti su di essa. Condizione essenziale affinché tale scambio abbia luogo è che la donna sia stata sottoposta a escissione o infibulazione; in caso contrario, essa può essere rifiutata o restituita, con conseguenze anche sul piano economico per la famiglia di appartenenza[11].

All'interno di queste comunità è dunque profondamente radicata l'idea che una ragazza non sottoposta alla pratica non possa contrarre matrimonio e, conseguentemente, non abbia prospettive di sostentamento, essendo la dimensione matrimoniale una delle principali forme di sicurezza economica. Da ciò deriva la

[10] A. FACCHI, *L'escissione: un caso giudiziario*, in *Soc. dir*., n. 1/1992, pp. 115 ss.
[11] C. PASQUINELLI, *Identità di genere e prezzo della sposa,* cit., pp. 8 – 10, individua come questo rito di passaggio abbia le sue peculiari conseguenze anche in relazione al matrimonio: incide, infatti, sul "prezzo della sposa", cioè l'insieme dei beni che la famiglia dello sposo cede a quella della sposa in occasione del matrimonio. Le mutilazioni genitali femminili, dunque, svolgono una funzione centrale nel garantire la purezza e la fertilità della donna, requisiti fondamentali affinché sia considerata idonea allo scambio matrimoniale. Da qui, la funzione di controllo della sessualità femminile, assicurando alla donna quella castità ritenuta indispensabile.

persistenza di tali pratiche, talvolta sostenute anche dalle stesse donne, che percepiscono le sofferenze e i rischi connessi come preferibili rispetto all'emarginazione sociale[12].

1.1.1. Le differenze con la circoncisione maschile

Nelle pronunce aventi ad oggetto la circoncisione maschile si riscontra una tendenza giurisprudenziale improntata a una certa indulgenza, nel senso di riconoscere al diritto alla religione e, più in generale, al fattore culturale, una prevalenza rispetto al bene dell'integrità fisica. Quest'ultimo, pur risultando toccato, come avviene anche nelle mutilazioni genitali femminili, lo è tuttavia in misura meno significativa, tale da consentire un bilanciamento in favore dell'elemento religioso o etnico di volta in volta rilevante.

Tra i primi precedenti giurisprudenziali, si rinviene una pronuncia del 2012[13], relativa a una giovane donna nigeriana imputata per concorso nel reato di esercizio abusivo della professione *ex* art. 348 c.p., per aver sottoposto il figlio neonato a un intervento di circoncisione praticato da una connazionale non abilitata, dal quale era derivata una grave emorragia che aveva richiesto un ricovero d'urgenza. In questa sede, la Corte operava una distinzione tra circoncisione rituale religiosa, tipica della tradizione ebraica e musulmana, e circoncisione priva di tale connotazione, radicata in pratiche culturali o etniche, estranee alla cultura occidentale[14].

Nel primo caso, la pratica veniva ritenuta compatibile con l'ordinamento italiano, trovando fondamento nel consenso dell'avente diritto *ex* art. 50 c.p., validamente prestato dai genitori, e rientrando negli atti di disposizione del proprio corpo consentiti *ex* art. 5 c.c.

---

[12] G. LA MONACA, F. AUSANIA, G. SCASSELLATI SFORZOLINI, *Le mutilazioni genitali femminili,* cit., pp. 647-648.

[13] Cass. pen., sez. VI, 22 giugno 2011, n. 43646, con nota di V. PUSATERI, *La circoncisione maschile cd. rituale non integra - se eseguita per motivi culturali che determinano l'ignoranza inevitabile della legge penale - il reato di esercizio abusivo della professione medica*, in *Dir. pen. cont*., 22 marzo 2012.

[14] G. LA MONACA, F. AUSANIA, G. SCASSELLATI SFORZOLINI, *Le mutilazioni genitali femminili,* cit., pp. 645-646, in cui emerge un primo elemento di distinzione: a differenza della circoncisione ebraica o musulmana, le mutilazioni genitali femminili, pur diffuse in contesti a prevalenza islamica, non trovano un fondamento esplicito nei precetti religiosi, essendo inoltre oggetto di interpretazioni controverse all'interno della tradizione musulmana. Esse si collocano prevalentemente su un piano antropologico e culturale, configurandosi come veri e propri riti di passaggio che segnano il mutamento di *status* della donna, con l'obiettivo di preservare le qualità associate al suo ruolo sociale e di conformarne la femminilità.

Nel secondo caso, invece, come nella vicenda in esame, in cui l'imputata era di fede cattolica e dunque estranea a pratiche rituali di circoncisione, si escludeva il riferimento alla libertà religiosa, trattandosi di un adeguamento a una consuetudine diffusa nella comunità di appartenenza, ma priva di fondamento confessionale. In tale ipotesi, il fattore culturale assume una diversa collocazione, rilevante sul piano della colpevolezza, profilo che sarà oggetto di successivo approfondimento.

Per quanto qui rileva, sotto il profilo della legittimità di pratiche incidenti sull'integrità fisica, anche una più recente pronuncia della Corte di cassazione del 2025[15] ripropone tale distinzione tra circoncisione rituale religiosa e circoncisione riconducibile a «fluide consuetudini locali», qualificata come culturale o etnica. In tale occasione viene evidenziato il differente trattamento giuridico riservato alla circoncisione maschile e alle mutilazioni genitali femminili. Dopo aver rilevato che, in sede di approvazione della legge n. 7 del 2006, era stata presa in considerazione anche la circoncisione maschile senza tuttavia giungere a una sua specifica regolamentazione, la Corte richiama la giurisprudenza di merito secondo cui «aver approvato una normativa che cita espressamente solo le mutilazioni degli organi genitali femminili, con esclusione di qualsivoglia riferimento alla circoncisione maschile, non può essere considerato fattore neutro»[16]. Sembra così emergere, sia pure implicitamente, una scelta di valore del legislatore, idonea a giustificare un diverso trattamento tra le due pratiche.

In questa prospettiva, la circoncisione maschile, pur incidendo sull'integrità fisica, non comprometterebbe normalmente la funzione sessuale o riproduttiva ed è, per tale ragione, che l'offesa è considerata meno intensa rispetto a quella derivante dalle mutilazioni genitali femminili[17].

---

[15] Cass. pen., sez. V, 17 aprile 2025, n. 23215, in *CED Cass. pen.* 2025.

[16] Trib. Bari, sez. pen., 21 maggio 2009, n. 579, avente ad oggetto una circoncisione non rituale praticata da un connazionale nigeriano della madre del bambino, culminata nella morte per dissanguamento a seguito di un intervento eseguito in ambito domestico e in condizioni inadeguate.

[17] La pronuncia 23215/2025 richiama il parere del 25 settembre 1998 del Comitato Nazionale per la Bioetica presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, richiesto di chiarire se la circoncisione non terapeutica potesse essere posta a carico del S.S.N. (quesito risolto negativamente). Affrontando il tema della circoncisione, sia maschile che femminile, il Comitato riconosce «il dovere di rispettare la pluralità delle culture, anche quando queste si manifestino in forme lontane da quelle della tradizione occidentale, e il valore del giusto confronto con la diversità culturale. Pur nel riconoscimento del rispetto delle culture, il Comitato ritiene inaccettabile la circoncisione femminile in quanto pratica volta a mutilare irreversibilmente la donna ed alterarne violentemente l'identità psico-fisica, quando ciò non trovi una inequivocabile giustificazione nello stretto interesse della salute della persona in questione».

Coerentemente con tale impostazione, nel caso richiamato l'imputata non viene punita per aver sottoposto il figlio alla circoncisione, bensì per le modalità con cui l'intervento è stato eseguito, ossia in assenza di adeguate condizioni igieniche, senza competenza medica e con un rischio concreto, poi effettivamente realizzatosi, per la vita del minore.

È, tuttavia, opportuno precisare che la valorizzazione della non neutralità della normativa sulle mutilazioni genitali femminili non può tradursi automaticamente in una generalizzata legittimazione della circoncisione maschile. Il riconoscimento di tale pratica culturale appare infatti ammissibile solo entro i limiti posti dall'ordinamento a tutela della salute della persona, limiti che, nel caso di specie, risultano individuati nel rispetto degli standard di sicurezza.

Ne deriva, anche nel diritto vivente, una chiara distinzione tra fenomeni che, pur incidendo sul medesimo bene dell'integrità fisica, vengono valutati diversamente in ragione della diversa intensità dell'offesa e delle caratteristiche, anche simboliche, delle pratiche. Per stessa ammissione della Corte di cassazione, infatti, «la pratica della circoncisione può dirsi ampiamente accettata nelle società occidentali, giovandosi dell'influenza dell'ebraismo nel configurarsi quale pratica accolta anche nel nostro ambiente socioculturale e, per altro verso, non essendo connotata dalle caratteristiche ("fisiche, psicologiche e simboliche") negative tipiche delle mutilazioni genitali femminili»[18].

Sotto questo profilo, oltre alle ben più gravi conseguenze sull'integrità fisica, che caratterizzano le mutilazioni genitali femminili[19], queste ultime vengono qualificate negativamente anche in ragione del loro significato simbolico all'interno delle comunità di riferimento. Esse si connotano, infatti, per un carattere oppressivo e per un'incidenza profonda sull'identità psicofisica della donna, mentre la circoncisione maschile è ritenuta priva di tali connotazioni. Da qui la possibilità di ricondurre la circoncisione rituale, ove connotata in senso religioso, nell'ambito della tutela costituzionale *ex* artt. 2

[18] Punto 4.2 della sent. 23215/2025.

[19] WHO, *Female genital mutilation,* cit., pp. 5 ss., si riferisce non solo a *physical consequences* (infezioni, fratture, emorragie) ma anche a *sexual, mental and social consequences*. Si riporta, infatti, che gli atteggiamenti maschili verso il piacere sessuale, nelle comunità in cui si praticano le mutilazioni genitali femminili, possono contribuire a rafforzare tale pratica. Ad esempio, resoconti aneddotici suggeriscono che in alcune comunità in cui si pratica l'infibulazione, la riuscita penetrazione di una vagina stretta è considerata una prova di virilità dopo il matrimonio.

e 3 Cost., potendo essa contribuire, in questa prospettiva, al benessere fisico, psichico e relazionale del soggetto, in quanto funzionale al suo inserimento nella comunità di appartenenza.

Tale dimensione di integrazione comunitaria non è, tuttavia, del tutto estranea neppure alle mutilazioni genitali femminili, come già evidenziato in relazione al loro significato iniziatico e identitario. Ciò che, però, ne impedisce il riconoscimento è il fatto che tale integrazione si realizza attraverso modelli di genere che pongono la donna in una posizione di subordinazione rispetto all'uomo. Il disvalore ulteriore di tali pratiche risiede, dunque, non solo nella permanenza delle menomazioni e nelle gravi conseguenze fisiche e psichiche, ma anche nella componente intrinsecamente discriminatoria che le caratterizza.

1.1.2. La struttura della fattispecie *ex* art. 583-*bis* c.p.

L'Italia sceglie di criminalizzare espressamente le mutilazioni genitali femminili con l'introduzione dell'art. 583-*bis* c.p., ad opera della l. 9 gennaio 2006, n. 7. Tale intervento normativo, adottato in attuazione degli artt. 2, 3 e 32 Cost., nonché degli impegni assunti a livello internazionale nella Conferenza di Pechino del 1995, si dichiara volto a prevenire, contrastare e reprimere le pratiche di mutilazione genitale femminile, qualificate come violazioni dei diritti fondamentali all'integrità della persona e alla salute delle donne e delle bambine (art. 1). Si tratta, tuttavia, di una disciplina non esente da criticità, soprattutto in ragione del suo marcato carattere simbolico[20].

L'art. 583-*bis* c.p. recepisce, in larga misura, la classificazione elaborata dall'OMS[21], stabilendo al primo comma che si intendono come pratiche di mutilazione

[20] Il comma 2 dell'art. 6 della l. 7/2006 ha sostituito, all'interno dell'art. 604 c.p., le parole "cittadino straniero" con "straniero". Tale scelta rappresenta, ad avviso di chi scrive, un'ulteriore spia del carattere simbolico che ha ispirato l'introduzione della norma: l'uso del solo termine "straniero" sembra infatti voler rimarcare l'alterità della cultura "cattiva", oppressiva nei confronti delle donne, rispetto a quella "buona", che invece le protegge e le tutela, arrivando persino a prevedere una specifica incriminazione. Non si rinviene, tuttavia, un corrispondente intervento per le mutilazioni maschili, che continuano ad essere ignorate dal diritto penale, risultando, al più, controverse, in considerazione dei potenziali limiti sulla disponibilità del proprio corpo derivanti dall'art. 5 c.c.

[21] WHO, *Female genital mutilation,* cit., p.6, vengono elencate in questi termini le tipologie che vengono in rilievo: tipo I, escissione del prepuzio con o senza escissione parziale o totale del clitoride (clitoridectomia); tipo II, escissione del prepuzio e del clitoride insieme all'escissione parziale o totale delle piccole labbra; tipo III, escissione parziale o totale dei genitali esterni e sutura/restringimento

degli organi genitali femminili la clitoridectomia, l'escissione e l'infibulazione, nonché qualsiasi altra pratica che cagioni effetti dello stesso tipo.

La norma presenta una vocazione applicativa particolarmente ampia: è evidente, infatti, l'intento del legislatore di ricomprendere il più ampio spettro possibile di condotte. Ciò emerge sia dalla clausola di chiusura relativa a «qualsiasi altra pratica» idonea a produrre effetti analoghi, sia dalla previsione del secondo comma, che incrimina le lesioni agli organi genitali femminili diverse da quelle indicate nel primo, dalle quali derivi una malattia nel corpo o nella mente, prevedendo una cornice edittale inferiore, ulteriormente attenuata nei casi di lieve entità. Tale disposizione richiede tuttavia un elemento ulteriore, ossia il fine di menomare le funzioni sessuali.

Si introduce così un dolo specifico non previsto nel primo comma, ove la mutilazione comporta di per sé tale menomazione. Questa scelta rischia però di produrre effetti problematici, in parte in tensione con la *ratio* della norma: in assenza della prova di tale finalità, o qualora concorrano scopi diversi e prevalenti, non sarà possibile applicare il secondo comma dell'art. 583-*bis* c.p., dovendosi piuttosto fare ricorso alle fattispecie generali di lesioni personali di cui agli artt. 582 o 583 c.p., oppure pervenire a un'assoluzione[22].

Ciò è emerso chiaramente nella prima applicazione giurisprudenziale della disposizione. Dinanzi al Tribunale di Verona[23] e successivamente alla Corte d'appello di Venezia[24], sono state esaminate due vicende: la prima relativa a una mutilazione consumata da un'ostetrica nigeriana priva di titolo abilitante, con il concorso della madre, ai danni della figlia di due mesi; la seconda concernente un tentativo, in cui un padre aveva promesso all'ostetrica un compenso per praticare un'incisione superficiale sulla figlia, intervento poi impedito dall'intervento della polizia.

---

dell'apertura vaginale (infibulazione); tipo IV, pratiche non classificate come punture, stiramenti, bruciature, raschiamenti o introduzione di sostanze nella vagina.

[22] G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo*, cit., p. 188; analogamente F. BASILE, *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili: Legge 9 gennaio 2006, n. 7*, in *Dir. pen. proc.*, giugno 2006, pp. 682 ss., sottolinea che, ove si volesse dare rilevanza alla motivazione culturale, il dolo specifico diventerebbe molto difficile da provare.

[23] Trib. Verona, 14 aprile 2010, n. 979, con nota di C. PECORELLA, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., n. 2/2011, pp. 838-866.

[24] Corte App. Venezia, 23 novembre 2012, n. 1485, in *Dir. imm. citt*., n. 2/ 2013, pp. 154-166, con nota di F. BASILE, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p.,* in *Dir. pen. cont.,* n. 4/2013, pp. 311- 324.

In entrambi i casi si trattava della pratica, diffusa nella comunità Edo-Bini, denominata *aruè*, consistente in un'incisione superficiale della zona clitoridea, riconducibile alle mutilazioni genitali femminili di quarto tipo e dunque tra le meno invasive. In primo grado, tali condotte erano state ricondotte alle lesioni di cui al secondo comma dell'art. 583-*bis* c.p., ritenendo sussistente il dolo specifico, senza richiedere un'effettiva menomazione delle funzioni sessuali.

Le testimonianze di esperti in ambito antropologico e pedagogico, acquisite nel corso del processo, hanno evidenziato come la pratica svolga principalmente una funzione identitaria e comunitaria: essa è infatti volta a segnare l'appartenenza della neonata al gruppo e si inserisce in un più ampio processo di "umanizzazione", inteso come riconoscimento dell'individuo all'interno della comunità, oltre ad essere associata a una funzione simbolica di purificazione.

Non mancavano, tuttavia, riferimenti, specie da parte degli imputati, a possibili implicazioni legate alla dimensione matrimoniale e alla conformità sociale. Ed è su tale base che il giudice di primo grado aveva ritenuto che una forma, sia pure indiretta, di controllo della sessualità potesse essere ravvisata, anche in ragione della parte del corpo interessata e del significato simbolico attribuito alla pratica.

Ritenuto, così, sussistente il dolo specifico, il fattore culturale veniva relegato alla sfera dei motivi[25], ritenuti estranei alla struttura del reato e rilevanti unicamente ai fini della commisurazione della pena[26].

In appello, tale impostazione è stata radicalmente rivista. Da un lato, è stato valorizzato il profilo oggettivo, ossia l'assenza di una concreta menomazione delle funzioni sessuali, in considerazione della superficialità dell'incisione; dall'altro, è stato attribuito un diverso rilievo al fattore culturale. La Corte ha affermato che, nei reati a

[25] C. PECORELLA, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, cit., p. 855, appoggia la scelta della corte di merito, sostenendo che valorizzare il movente culturale nella struttura del reato finirebbe per vanificare l'azione di contrasto alle pratiche di mutilazione e alle lesioni dei genitali femminili, che il legislatore ha inteso perseguire attraverso l'introduzione di questa specifica fattispecie (ragion per cui la motivazione culturale ha trovato una sede di valutazione adeguata nella fase di commisurazione della pena, in senso attenuante).

[26] Analogamente l'orientamento che vuole il fattore culturale incidente in fase di commisurazione della pena ribadito anche nell'ultima sentenza in tema di mutilazioni genitali femminili Trib. Pordenone, 18 marzo 2024, n. 1346, con nota di V. GALVAN, *Stigmate identitarie: riflessioni a margine della sentenza di primo grado del Tribunale di Pordenone sul reato di mutilazioni genitali femminili*, in *Arch. Pen*., 1/2025, in cui sono state ritenute prevalenti le attenuanti generiche, anche in considerazione del forte condizionamento culturale risultante dalla relazione dei servizi sociali.

dolo specifico, quando la finalità perseguita consiste in un evento lesivo di beni fondamentali della persona, il principio di offensività impone che tale risultato non resti confinato al piano intenzionale, ma si traduca in atti concretamente idonei a porre in pericolo il bene giuridico tutelato. Nel caso di specie, proprio tale idoneità è stata esclusa.

A ciò si è accompagnata una più attenta considerazione del contesto culturale della pratica dell'*aruè*, sulla base della quale la Corte ha ritenuto che il giudice di primo grado fosse incorso in un errore nell'accertamento del dolo specifico, avendo attribuito all'azione significati simbolici non corrispondenti alla rappresentazione dell'agente, ma piuttosto a quella dell'interprete[27].

Questo quadro suggerisce la costruzione di un fragile ponte con il trattamento della circoncisione maschile, ove la rilevanza penale viene modulata in funzione dell'effettiva incidenza sull'integrità fisica, con una maggiore considerazione, *pro reo*, del contesto culturale quando la lesione non superi determinate soglie di offensività.

Solo per le mutilazioni genitali femminili, però, si pone il problema di stabilire se, in presenza di una lesione genitale superficiale, possa comunque ravvisarsi una finalità di controllo della sessualità femminile, seppur culturalmente orientata, anche rispetto all'applicazione dell'aggravante di genere introdotta dalla l. n. 181/2025. Tuttavia, in assenza di applicazioni giurisprudenziali, è possibile soltanto prospettarne una possibile declinazione.

Innanzitutto, trattandosi di una circostanza aggravante, essa presuppone pur sempre la sussistenza del fatto tipico, quantomeno nella forma tentata[28]. Ciò impone di valutare, nei singoli casi, il rapporto tra tale aggravante, che dovrebbe ritenersi integrata in presenza di pratiche lesive dell'autodeterminazione femminile e dell'uguaglianza di genere, e il dolo specifico richiesto dal secondo comma dell'art. 583-*bis* c.p. Si è già evidenziato come parte della dottrina, in linea con l'intento del legislatore, ne sostiene la natura oggettiva; chi scrive ritiene, invece, che essa presenti una connotazione

[27] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 318.
[28] Sulla pacifica configurabilità del tentativo di delitto circostanziato, con realizzazione completa delle circostanze, C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*. *Parte generale*, Milano 2023, p. 541, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*. *Parte generale*, Bologna 2019, p. 499.

soggettiva, richiedendo l'emersione, dalla condotta, di una finalità di controllo, possesso o dominio sulla donna.

Pertanto, qualora tali finalità risultino esclusive o comunque preponderanti, il dolo specifico di menomazione delle funzioni sessuali potrebbe non configurarsi e, al contempo, l'assenza del fatto tipico impedirebbe anche l'applicazione dell'aggravante, determinando un possibile "corto circuito". Nel caso esaminato, infatti, l'esclusione del dolo specifico ha escluso la configurazione del reato *ex* art. 583-*bis* comma 2 c.p., precludendo così anche la valorizzazione del movente di genere. Ciò, a meno di ritenere che proprio nella finalità di menomazione delle funzioni sessuali si manifesti il carattere discriminatorio della condotta: esito, tuttavia, sostenibile solo presupponendo un giudizio di intrinseca discriminatorietà "di genere" delle lesioni genitali femminili.

Diversa appare, invece, l'ipotesi riconducibile al primo comma, ove la finalità di menomazione non è richiesta: in tale ambito, la finalità di controllo della sessualità potrebbe emergere con maggiore evidenza e accompagnarsi all'applicazione dell'aggravante.

Non è tuttavia da escludere che la stessa finalità di menomazione, ove accertata, possa essere letta anche come espressione di un intento di controllo o limitazione, idoneo a giustificare l'applicazione dell'aggravante. Anche in tal modo, però, il giudizio penale rischierebbe di fondarsi anche su una valutazione negativa delle tradizioni culturali in cui tali pratiche si inseriscono (si pensi, ad esempio, al disvalore frequentemente associato al "prezzo della sposa"), introducendo nella struttura del reato un ulteriore elemento valutativo legato alla violazione dell'uguaglianza di genere.

Ciò apre un ulteriore profilo critico dell'aggravante di genere, la quale rischia, in alcuni casi, di tradursi in una qualificazione negativa di pratiche culturalmente connotate: nel caso delle mutilazioni genitali femminili, tale valutazione risulterebbe peraltro duplicata, essendo già posta a fondamento della stessa incriminazione. Ne deriva il rischio che il diritto penale finisca per incidere con maggiore severità su autori appartenenti a determinati gruppi culturali e, in un ordinamento chiamato a confrontarsi con il pluralismo culturale, tale esito solleva interrogativi sia sul piano della legittimità, sia su quello dell'opportunità politico-criminale di un intervento penale che, anziché attenuare, finisca per accentuare il disvalore sanzionatorio.

Alla luce del confronto con la circoncisione maschile, e considerato che l'ordinamento tende a tollerare, entro determinati limiti (in particolare quelli posti a tutela della salute e dal rispetto dell'art. 5 c.c.) forme di compressione dell'integrità fisica giustificate da esigenze culturali o religiose, non appare irragionevole ritenere che la scelta di qualificare come mutilazioni tutte le pratiche compiute sugli organi genitali femminili per ragioni culturali e non terapeutiche risponda all'idea che esse siano, in quanto tali, meritevoli di condanna, indipendentemente dall'entità del danno fisico. Proprio per questo, potrebbe emergere l'esigenza di una più attenta modulazione dell'intervento, eventualmente anche al di fuori dello strumento penale, al fine di assicurare un bilanciamento più equilibrato tra la tutela dei diritti fondamentali e il rispetto del pluralismo culturale[29].

1.1.3. Un primo bilancio

Emerge, infine, con evidenza come il primo risultato perseguito dal legislatore sia stato un significativo inasprimento sanzionatorio. Si consideri, infatti, che il secondo comma dell'art. 583-*bis* c.p. ricomprende anche ipotesi di lesioni di lieve entità, seppur con diminuzione della pena fino a due terzi, e che, rispetto alla cornice edittale delle lesioni personali (da sei mesi a tre anni), la norma prevede pene da quattro a dodici anni per i fatti di cui al primo comma e da tre a sette anni per quelli di cui al secondo, avvicinandosi così alle ipotesi di lesioni aggravate *ex* art. 583 c.p. Se tale aumento di pena può trovare giustificazione nella maggiore offensività rispetto al bene giuridico dell'incolumità personale, diversa appare invece la *ratio* sottesa alla previsione di un autonomo reato. La finalità della riforma si presenta, infatti, solo formalmente orientata alla tutela dell'integrità fisica, assumendo in realtà una marcata dimensione simbolico-culturale[30]: il legislatore sembra aver inteso stigmatizzare le mutilazioni genitali

[29] L. MANCINI, *«Prevenire, contrastare e punire le pratiche di mutilazione genitale femminile». Un'analisi sociologica della legge n. 7/2006*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2/2017, p. 404.; non si condivide pertanto la posizione di E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in A. BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, cit., p. 133 secondo cui la tutela dovrebbe estendersi anche a chi non desidera essere difeso: una simile impostazione rischia infatti di tradursi in una visione paternalistica, che dovrebbe invece arrestarsi di fronte al rispetto dell'autodeterminazione della persona. Si ritiene, piuttosto, preferibile un approccio fondato sul dialogo con le comunità interessate.

[30] È senz'altro pacifico che, nelle pratiche che comportano una menomazione permanente delle funzioni sessuali, debba prevalere la tutela dell'integrità fisica, soprattutto quando si tratti di interventi imposti da genitori o familiari a minori che non possono esprimere un valido consenso. Per S. CANESTRARI, *Tavola rotonda. Laicità dello Stato, confessioni religiose e multiculturalismo*, cit., p. 33, nel bilanciamento tra l'esercizio della libertà religiosa e la tutela dei beni fondamentali della persona, le mutilazioni genitali

femminili quali pratiche discriminatorie e oppressive nei confronti delle donne[31]. Tale lettura trova conferma anche in fonti internazionali, come la Risoluzione ONU del 2012, che le qualifica come "pratiche oppressive di genere" da prevenire e contrastare[32].

Pertanto, se la tutela della donna è stata estesa fino a ricomprendere espressamente pratiche estranee alla tradizione occidentale, che avrebbero potuto essere già ricondotte a fattispecie incriminatrici preesistenti, sorge il dubbio che la protezione dei diritti fondamentali sottenda, in realtà, un uso simbolico del diritto penale, espressione di una reazione squisitamente punitivista. È in questo spazio critico che può collocarsi il rischio di quell'«etnocentrismo sciovinista» evocato in dottrina[33].

La risposta appare chiaramente positiva, poiché la disposizione si caratterizza per una forte valenza simbolica e per una particolare incisività sul piano repressivo traducendosi in un aggravamento delle pene previste per le lesioni. La disposizione sembra infatti esprimere un approccio assimilazionista nei confronti delle culture minoritarie[34], traducendosi nella condanna di pratiche percepite come estranee non solo all'ordinamento giuridico, ma anche alla cultura dominante[35].

---

femminili rappresentano un esempio di corretta prevalenza dell'integrità fisica; anche O. DI GIOVINE, *Multiculturalismo e violenza contro le donne*, cit., pp. 131-132.

[31] F. MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro la persona*, cit., pp. 162 - 163, individua, addirittura, un triplice bene giuridico: l'incolumità individuale, sotto il profilo dell'integrità anatomica e funzionale, la dignità della donna e il diritto del minore a uno sviluppo armonico della propria personalità.

[32] Per approfondimenti, si rimanda a I. RUGGIU, *La risoluzione ONU del 2012 per l'eliminazione delle mutilazioni genitali femminili*, in *Forum di quaderni costituzionali*, n. 4/2014.

[33] A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit. p. 88.

[34] A. BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, cit., pp. 79-80; L. MANCINI, *«Prevenire, contrastare e punire le pratiche di mutilazione genitale femminile»*, cit., p. 409, evidenzia che il fine repressivo non risulta adeguatamente celato neppure attraverso l'inversione dell'ordine degli articoli, disposta in sede di redazione, con la collocazione iniziale delle misure di carattere sociale anziché di quelle sanzionatorie, al fine di far apparire l'intervento normativo non solo come espressione di una logica repressiva, ma anche di prevenzione e tutela; G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili*, in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, cit., pp. 217-219, lamenta non solo l'indeterminatezza delle disposizioni di carattere preventivo e informativo, ma evidenzia anche una significativa lacuna, rappresentata dalla mancata previsione, pur proposta nel corso del dibattito parlamentare, della possibilità di riconoscere lo *status* di rifugiata alle donne che intendano sottrarsi, o sottrarre le proprie figlie minori, al rischio di mutilazioni genitali, nei casi in cui tali pratiche siano consentite nel Paese di origine. A ciò ha posto un parziale rimedio la giurisprudenza, *ex multiis*, Cass. civ., sez. III, 18 marzo 2022, n. 8980, in *Giustizia Civile Massimario* 2022, afferma che in tema di protezione internazionale, gli atti di mutilazione genitale femminile costituiscono atti di persecuzione per motivi di appartenenza ad un determinato gruppo sociale, che giustificano il riconoscimento dello *status* di rifugiato; analogamente Cass. civ. sez. I, 15 marzo 2024, n. 7022, in *Giustizia Civile Massimario* 2024, ribadisce che, ove la ricorrente alleghi di aver subito mutilazioni genitali femminili, il Tribunale è tenuto ad accertare la fondatezza del rischio in caso di rimpatrio, anche alla luce dei costumi sociali del Paese di origine e della possibilità di ottenere una protezione effettiva da parte delle autorità locali. Ciò in quanto le mutilazioni genitali femminili integrano

Oltre a presentare rilievi critici alla luce del principio di necessità, sul piano dell'effettività la criminalizzazione di pratiche culturalmente connotate si presenta controproducente. Parte della dottrina ha comunque sostenuto che l'introduzione di una fattispecie autonoma possa contribuire, nel lungo periodo, alla progressiva scomparsa del fenomeno, anche attraverso una funzione di orientamento culturale della legge penale[36]. Tuttavia, i primi riscontri giurisprudenziali sembrano suggerire una diversa lettura: il numero contenuto di applicazioni della norma non appare necessariamente indice di una sua efficacia deterrente, potendo piuttosto riflettere un incremento della clandestinità delle pratiche, sempre più spesso realizzate all'estero[37], accompagnato da un rafforzamento dei vincoli di complicità e omertà all'interno delle comunità[38].

Inoltre, la norma rischia di alimentare dinamiche di contrapposizione tra maggioranza e minoranze culturali, accentuando sentimenti di incomprensione reciproca e contribuendo a una frattura tra sistemi di valori percepiti come incompatibili[39]. Ciò può determinare un'ulteriore marginalizzazione della donna immigrata, già esposta a condizioni di svantaggio sociale, la quale difficilmente sarà dissuasa dalla minaccia penale, specie quando tali pratiche risultano vietate anche nei Paesi di origine[40]: potrebbe piuttosto essere indotta a ricorrere a forme clandestine, con conseguente aggravamento dei rischi per la propria integrità fisica[41]. A ciò si aggiungono gli effetti dell'intervento penale sul piano familiare, talvolta particolarmente

---

un atto persecutorio ai sensi del d.lgs. n. 251 del 2007, art. 7, ovvero un danno grave ai sensi dell'art. 14, lett. b).

[35] C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 41 parla di «inutilità» sistematica della disposizione, emblema del modello assimilazionista discriminatorio prescelto dall'ordinamento italiano; analogamente anche A. BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale",* cit., p. 10.

[36] C. PECORELLA, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, cit., p. 861.

[37] V. GALVAN, *Stigmate identitarie*, cit., pp. 9 ss., come confermano anche gli altri due casi di mutilazioni genitali femminili riportati, nei quali gli interventi sarebbero stati eseguiti durante un viaggio in Egitto e, in un altro caso, in Burkina Faso.

[38] F. BASILE, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza*, cit., pp. 321-322, lo definisce un pensiero «ingenuo».

[39] G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo*, cit., pp. 201 202, scrive: «il diritto penale punisce e emargina, non educa, e non è mai stato capace, specie attraverso il carcere, di ottenere quello che nel nostro caso è indispensabile: un serio, paziente, lungimirante percorso di formazione di coscienze umane».

[40] L. MANCINI, *«Prevenire, contrastare e punire le pratiche di mutilazione genitale femminile»,* cit., p. 419, anzi porre l'accento sul fatto che queste pratiche sono vietate anche nei paesi di provenienza dovrebbe rappresentare non un appiglio a non giustificare la rilevanza del fattore culturale in punto di coscienza le liceità quanto un passo in avanti verso la il superamento della logica della contrapposizione tra culture; analogamente G. LA MONACA, F. AUSANIA, G. SCASSELLATI SFORZOLINI, *Le mutilazioni genitali femminili,* cit., p. 667.

[41] C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 43, riprendendo le considerazioni in tema di aborto di C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 473 ss.

incisivi, come dimostra la previsione della decadenza automatica dalla responsabilità genitoriale nei casi in cui il fatto sia commesso dal genitore o dal tutore[42].

Già nel 1995, l'OMS richiamava l'attenzione sulla condizione delle comunità immigrate nei Paesi occidentali, evidenziando i rischi connessi al confronto con ordinamenti che condannano apertamente tali pratiche. Trattandosi di gruppi spesso esposti a dinamiche di marginalizzazione, veniva sottolineata l'esigenza di destinare risorse pubbliche all'educazione e alla ricerca sui loro bisogni sanitari e sociali[43]. La riforma del 2006 non appare del tutto sorda a tale aspetto, avendo previsto anche strumenti di informazione e prevenzione rivolti alle comunità interessate; tuttavia, tali strumenti hanno avuto un'applicazione limitata e non sembra essere stato adeguatamente sviluppato un dialogo interculturale effettivo[44].

In tal senso, viene invece richiamata un'esperienza considerata virtuosa, che avuto luogo all'Harborview Hospital di Seattle[45], un contesto caratterizzato da un'elevata presenza di immigrati somali. A fronte delle richieste di alcune madri di sottoporre le figlie alle pratiche tradizionali in esame, venne ipotizzata una soluzione di compromesso consistente nella c.d. *sunna* simbolica, ossia una minima incisione idonea a provocare una lieve fuoriuscita di sangue. Tale proposta mirava, da un lato, a instaurare un dialogo con la comunità e, dall'altro, a ricondurre la pratica entro un contesto sanitario controllato, riducendone i rischi e l'impatto sull'integrità fisica.

---

[42] C. PECORELLA, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, cit., p. 866, considera che la motivazione culturale, «come può rendere meno grave il reato realizzato», così possa anche incidere anche sull'idoneità del genitore all'esercizio del proprio ruolo, purché si rimetta al giudice la valutazione in concreto, da compiersi caso per caso.

[43] WHO, *Female genital mutilation,* cit*.,* pp. 16-17.

[44] L'art. 3 della legge 9 gennaio 2006, n. 7 prevedeva l'adozione di programmi coordinati tra diversi Ministeri e istituzioni, finalizzati a prevenire e contrastare le mutilazioni genitali femminili. Tali interventi comprendono campagne informative rivolte agli immigrati già al momento dell'ingresso in Italia, iniziative di sensibilizzazione con il coinvolgimento delle comunità e delle organizzazioni di riferimento, attività di formazione per donne e operatori (in particolare insegnanti), nonché azioni di monitoraggio dei casi presenti sul territorio, con l'obiettivo di promuovere l'integrazione nel rispetto dei diritti fondamentali, in particolare di donne e bambine. In attuazione di tali previsioni, è stata adottata solo il 6 dicembre 2012 l'Intesa tra il Governo, le Regioni e le Province autonome, concernente il sistema di interventi da sviluppare per la prevenzione e il contrasto del fenomeno delle mutilazioni genitali femminili, ai sensi dell'art. 3, comma 1, della medesima legge.

[45] G. ZANETTI, *Argomenti normativi in tema di escissione*, in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, cit., pp. 232-234 richiama D. LAMBELET COLEMAN, *The Seattle Compromise: multicultural sensitivity and americanization*, 47 Duke Law Journal, 1998, pp. 717-783.

Un analogo tentativo fu avanzato anche in Italia nel 2004, presso l'ospedale Careggi di Firenze, su iniziativa di un medico di origine somala[46]. Nonostante il comitato etico si espresse favorevolmente alla possibilità di una forma simbolica alternativa, la proposta suscitò forti reazioni critiche nell'opinione pubblica, fondate sul richiamo a principi ritenuti inderogabili, quali l'universalità dei diritti fondamentali e la tutela dell'integrità fisica.

In una prospettiva giuridica, invece, una simile soluzione solleva una questione tecnica: qualora la pratica sia effettuata su una donna maggiorenne e consenziente, essa potrebbe rientrare nei limiti dell'art. 5 c.c.; diversamente, nel caso di minori, riemergerebbero con forza i limiti dell'esercizio del diritto alla cultura, destinato a cedere nel bilanciamento con la tutela dei diritti fondamentali della persona[47].

1.2. La costrizione o induzione al matrimonio

Nell'ordinamento italiano, il problema della rilevanza penale del c.d. matrimonio forzato si è posto in modo esplicito solo con la ratifica della Convenzione di Istanbul, che all'art. 37 lo ricomprende tra le forme di violenza contro le donne. Ne è derivata l'introduzione, con la l. 19 luglio 2019, n. 69 c.d. Codice rosso, dell'art. 558-*bis* c.p.

La scelta di collocare tale fattispecie nel titolo dei reati contro la famiglia non appare, tuttavia, pienamente coerente con il bene giuridico effettivamente leso dalla condotta, individuabile nella libertà di autodeterminazione della persona: sarebbe stato

---

[46] F. BASILE, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza,* cit., p. 324.

[47] C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali*, cit., p.271, sottolinea che forme di medicalizzazione della pratica sembrano essere precluse dall'art. 583-*bis* comma 2 c.p. che sanziona con pena ridotta anche le lesioni di lieve entità; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 167, vi individua comunque l'integrazione del delitto di percosse e sottolinea che, anche volendo valorizzare il profilo della minore lesione dell'integrità personale che caratterizzerebbe il rito simbolico, tali pratiche non potrebbero essere ammesse in quanto discriminatorie e in contrasto con i principi di cui agli artt. 2 e 3 Cost. Ciò che, tuttavia, l'A. non considera è il carattere culturalmente situato di tale affermazione: se è vero che i beni della persona possono essere qualificati come "universali", non altrettanto può dirsi del concetto di discriminazione. Se, infatti, la circoncisione maschile di matrice religiosa è considerata compatibile con l'ordinamento in quanto funzionale allo sviluppo della personalità del minore all'interno della comunità di appartenenza, non può trascurarsi che anche le mutilazioni genitali femminili siano, in determinati contesti, concepite come riti di accesso alla comunità, talvolta voluti dalle stesse donne proprio al fine di garantirsi tale integrazione; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., pp. 44- 46, evidenzia come una parte della letteratura specialistica stia mettendo in luce quanto le rappresentazioni occidentali delle mutilazioni genitali femminili e, più in generale, delle donne nelle società islamiche siano cariche di "preconcetti" e riflettano, in non pochi casi, una visione apertamente "colonialista della storia".

senz'altro più appropriato prevederne l'inserimento tra i reati contro la libertà morale[48]. Tale incongruenza emerge con particolare evidenza ove si consideri il trattamento sanzionatorio: mentre per la violenza privata, che incide direttamente sulla libertà morale, è prevista la reclusione fino a quattro anni, per il matrimonio forzato la pena è compresa tra uno e cinque anni. Anche ove si ritenesse che il matrimonio costituisca un autonomo bene giuridico, resterebbe comunque difficile giustificare, in un ordinamento a base personalistica, una tutela più incisiva rispetto a quella accordata all'integrità morale.

Congiuntamente alle mutilazioni genitali femminili, il matrimonio forzato si colloca nel punto di intersezione tra violenza di genere e reati culturalmente connotati[49]. Tuttavia, sarebbe riduttivo ritenere che l'operatività della norma sia circoscritta a fenomeni come quello delle c.d. "spose bambine" e dunque a specifiche aree geografiche o culturali[50]. Il fenomeno della costrizione al matrimonio presenta, infatti, caratteristiche trasversali, spesso correlate a condizioni socioeconomiche di vulnerabilità, più che a fattori esclusivamente culturali[51].

---

[48] E. LANZA, *Il matrimonio forzato tra problemi definitori e obblighi di penalizzazione*, in *Ind. Pen*., n. 2/2016, pp. 336-337, riporta il primo tentativo di attribuire rilevanza penale alle nozze forzate, risalente alla proposta di legge n. 5579, presentata alla Camera dei deputati dalle on. Bongiorno e Carfagna, volta a introdurre l'art. 612-*ter* c.p., relativo all'induzione al matrimonio mediante coercizione, che tuttavia non è mai stata neppure discussa.

[49] A. SBARRO, *Il delitto di "costrizione o induzione al matrimonio" ex art. 558-bis c.p.: alcune riflessioni critiche*, in *Leg. Pen*., 22 febbraio 2022, pp. 17-18, evidenzia come, al pari delle mutilazioni genitali femminili, il matrimonio forzato non rientri tra i reati "codice rosso": ciò, lungi dal rappresentare un'esclusione di tali fattispecie dal novero della violenza di genere, appare piuttosto come una significativa aporia, che si traduce in un vuoto di tutela. Va tuttavia precisato che la l. 181/2025, pur avendo incluso le mutilazioni genitali femminili tra le ipotesi rilevanti ai fini dell'aggravante di genere (per effetto della riforma dell'art. 585 c.p.), non ha operato analoga estensione con riferimento all'art. 558-*bis* c.p., verosimilmente anche in ragione della scarsa applicazione pratica che tale fattispecie ha conosciuto sin dalla sua introduzione, come si avrà modo di approfondire.

[50] E. LANZA, *Il matrimonio forzato tra problemi definitori e obblighi di penalizzazione*, cit., pp. 298-299, evidenzia come, pur trattandosi di una disposizione normativa formalmente neutra, i dati empirici mostrino che i matrimoni forzati costituiscono un fenomeno fortemente connotato in termini di genere, interessando più frequentemente le donne. Quando le vittime sono uomini, invece, emerge inoltre una maggiore difficoltà a riconoscersi come tali, anche per il timore di perdere prestigio sociale o di vedere messa in discussione la propria virilità. Le nozze imposte, infatti, derivano spesso dal tentativo delle famiglie di interrompere relazioni considerate inappropriate. In generale, tuttavia, gli uomini costretti al matrimonio tendono a trovarsi in condizioni meno restrittive rispetto alle donne: prima delle nozze godono spesso di maggiore libertà e, anche successivamente, conservano più ampi margini di autonomia, riuscendo talvolta a mantenere relazioni pregresse, circostanza che risulta invece molto più difficile per le donne. Conducono alle medesime conclusione anche le risultanze dell'indagine di D. DANNA*, I confini dell'azione pubblica: matrimoni forzati e combinati*, in Athenea Digital, 13 (2), 2013, p. 70.

[51] M. CERRATO, *Matrimoni forzati, matrimoni precoci e libertà matrimoniale del minore: nota sul nuovo art. 558 bis c.p.,* in *Il diritto ecclesiastico*, n. 3-4/2018, p. 365.

Il fattore culturale deve, dunque, essere preso in considerazione, ma in una prospettiva non esclusiva: esso rileva, in particolare, come elemento utile a qualificare il contenuto della costrizione o a concretizzare gli elementi normativi della fattispecie, senza tuttavia esaurire la comprensione del fenomeno né giustificarne, di per sé, la rilevanza penale.

1.2.1. Il matrimonio "forzato" penalmente rilevante

Mentre la Convenzione di Istanbul, si limita a richiamare l'atto intenzionale di costringere un adulto o un minore a contrarre matrimonio, l'art. 558-*bis* c.p. offre una tipizzazione più articolata. In base alla sua formulazione, per matrimonio forzato si intende un matrimonio o un'unione civile contratto da almeno uno dei nubendi sotto costrizione, attuata mediante violenza o minaccia. Il secondo comma estende la punibilità anche a chi, approfittando di condizioni di vulnerabilità, inferiorità psichica o necessità della persona, ovvero abusando di relazioni familiari, domestiche, lavorative o di autorità derivanti da situazioni di affidamento, induca taluno a contrarre matrimonio o unione civile.

La caratteristica qualificante del matrimonio forzato risiede, dunque, nell'assenza di un consenso pienamente libero e consapevole da parte di almeno uno dei contraenti. Nelle democrazie occidentali, infatti, il matrimonio è generalmente concepito come il risultato di una scelta libera e personale degli sposi, fondata su ragioni prevalentemente affettive e, dunque, su un consenso spontaneo. In altri contesti geografici e sociali, in particolare in alcune aree dell'Africa e dell'Asia, nonché dell'America Latina e dell'Europa orientale, permane invece un modello tradizionale in cui la decisione relativa alla costituzione del vincolo matrimoniale è rimessa, in misura più o meno significativa, alla famiglia.

Tale modello risulta socialmente accettato e condiviso, oltre che indirettamente avallato da alcune tradizioni religiose[52]. Le tre grandi religioni monoteiste, invece, pur con diverse sfumature, tendono, in linea di principio, a riconoscere la centralità del consenso libero dei nubendi. Piuttosto, sono alcuni istituti, quali, ad esempio, forme di

[52] M. C. RUSCAZIO, *Matrimoni "forzati" tra religione e diritto*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1/2007, pp. 223 ss.

curatela matrimoniale o il matrimonio per procura, a incidere sull'effettività di tale consenso, attenuandone la portata[53].

Ne consegue che il fenomeno dei matrimoni forzati appare riconducibile più a determinati contesti culturali che a specifiche prescrizioni religiose, stante il contributo di talune norme religiose a radicare nella coscienza collettiva determinati assetti sociali e relazionali. Tale intreccio, pertanto, assume un rilievo ancora maggiore negli ordinamenti in cui il formante religioso, quello consuetudinario e quello legislativo risultano strettamente interconnessi nel sistema delle fonti[54].

A tal proposito è possibile distinguere il matrimonio forzato dal c.d. matrimonio combinato, nel quale, pur assumendo le famiglie un ruolo rilevante nella scelta del partner e nell'organizzazione dell'unione, la decisione finale resta comunque rimessa ai futuri sposi, che mantengono la libertà di accettare o rifiutare. In questa prospettiva, la prassi del matrimonio combinato, per quanto distante dalla sensibilità contemporanea, non è di per sé ostativa al riconoscimento del matrimonio straniero né al ricongiungimento familiare, purché sia accertato che il consenso dei coniugi sia stato effettivamente libero e non imposto[55].

Tuttavia, la distinzione tra matrimonio combinato e forzato risulta, nella pratica, tutt'altro che agevole. Sotto il profilo della coercizione in senso stretto, si può osservare come, nella maggior parte dei casi, il matrimonio forzato non si realizzi mediante forme di violenza fisica esplicita, ma piuttosto attraverso ricatti emotivi e pressioni di natura psicologica[56].

---

[53] A. LAMRABET, *Donne e Islam*, cit., p. 28, sottolinea come la figura del *walī*, il rappresentante legale della donna, generalmente individuato in un familiare stretto incaricato di tutelarne gli interessi e di accompagnarla nella scelta matrimoniale, sia spesso giustificata con argomentazioni di matrice religiosa, pur non trovando un fondamento diretto nei testi sacri. Tale istituto, originariamente concepito come forma di sostegno e di tutela morale all'interno della famiglia, è stato in alcuni contesti strumentalizzato, trasformandosi in uno strumento di esercizio di un potere autoritario.

[54] M. C. RUSCAZIO, *Introduzione. Matrimonio forzato: definizione, aspetti culturali e religiosi*, in ZONTA CLUB MONCALIERI, AREA 3 – DISTRETTO 30 (a cura di), I matrimoni forzati nell'Europa multiculturale, 2007, pp. 29-30 sottolinea come la pratica dei matrimoni forzati possa essere considerata espressione di un costume o di una mentalità, «che si presenta talvolta, impropriamente, in veste religiosa».

[55] P. MOROZZO DELLA ROCCA, voce *Immigrazione e modelli familiari*, in *Enc. Dir., I Tematici IV*, 2022, p. 636.

[56] E. LANZA, *Il matrimonio forzato tra problemi definitori e obblighi di penalizzazione*, cit., p. 295, che sottolinea che violenza fisica tende invece a manifestarsi prevalentemente nei casi in cui la vittima opponga resistenza.

Sono, pertanto, numerosi i fattori che si pongono a cavallo delle due ipotesi: il ricatto emotivo, che può tradursi in forme di violenza psicologica, la mancanza di una reale verifica del consenso dei nubendi, le difficoltà nel riconoscere e denunciare la violenza, soprattutto in assenza di alternative concrete, nonché condizioni strutturali quali la povertà, le limitazioni nei canali legali di migrazione o obblighi sociali (ad esempio, il dovere di risposarsi per le vedove in determinati contesti[57]).

Ne deriva che la distinzione si gioca, in larga misura, sul punto di vista della persona coinvolta: quando la proposta familiare è accolta liberamente, si è nell'ambito del matrimonio combinato; quando, invece, la persona subisce pressioni tali da rendere necessario un intervento esterno per opporsi, si configura un'ipotesi di matrimonio forzato.

Sotto il profilo etico, la questione si amplia ulteriormente: anche in presenza di un'apparente accettazione, occorre interrogarsi sulla genuinità del consenso, verificando se esso sia realmente autonomo o piuttosto condizionato da fattori culturali, familiari o sociali[58]. Ne consegue che anche un matrimonio formalmente accettato può risultare problematico qualora la libertà decisionale non sia piena[59]. Sul piano penalistico, però,

---

[57] D. DANNA, *I confini dell'azione pubblica: matrimoni forzati e combinati*, p. 72, in cui si legge: «Certe volte anche la ragazza vuole scappare dalla povertà della famiglia. Ci sono donne che hanno studiato ma lasciano tutto per andare con l'emigrante. Un uomo che magari ha la terza media sposa una laureata. Anche qui il confine tra imposizione e libera volontà è labile, tuttavia si tratta di una manifestazione di volontà».

[58] *Ivi*, p. 78, evidenzia, proprio perché tale distinzione si colloca spesso in una zona grigia, l'importanza di un dibattito culturale volto a favorire lo sviluppo di una consapevolezza autentica della propria libertà, soprattutto da parte delle donne.

[59] M. C. RUSCAZIO, *Matrimoni "forzati" tra religione e diritto*, cit., pp. 247 ss.; A. BONFANTI, *Matrimoni forzati, infantili e precoci e tutela dei diritti umani in Europa: considerazioni di diritto internazionale privato*, in *GenIUS*, n. 2/2020, pp. 9 ss. Per quanto riguarda la disciplina di diritto privato, invece, la l. n. 218/1995 stabilisce che le condizioni per contrarre matrimonio siano regolate dalla legge nazionale dei nubendi. In tale contesto, assume un ruolo decisivo il limite dell'ordine pubblico (art. 16 l. n. 218/1995), che impedisce il riconoscimento di matrimoni contrari ai principi fondamentali dell'ordinamento, tra cui quello l'art. 116 c.c. che impone il rispetto di alcuni requisiti fondamentali, quali la libertà di stato e l'assenza di vincoli di parentela, qualificabili come norme di applicazione necessaria. Non è invece espressamente richiamato l'art. 84 c.c. relativo all'età minima, con la conseguenza che possono trovare applicazione limiti diversi previsti dalle legislazioni straniere. Il limite dell'ordine pubblico, tuttavia, ha carattere eccezionale e non può tradursi in un rifiuto automatico del riconoscimento di matrimoni celebrati secondo ordinamenti stranieri che, pur prevedendo discipline differenti, ad esempio proprio in tema di età o formazione del consenso, garantiscano comunque una tutela adeguata dei diritti fondamentali dei nubendi. Sul piano civilistico, la tutela si realizza attraverso strumenti che garantiscano il rispetto delle condizioni di validità del matrimonio, quali l'impugnazione per vizi del consenso, nonché attraverso i controlli amministrativi nelle ipotesi di riconoscimento di matrimoni contratti all'estero tra cittadini italiani o tra un cittadino italiano e uno straniero: in tali casi, gli ufficiali di stato civile sono chiamati a verificare che il matrimonio sia stato effettivamente contratto in modo libero e volontario da entrambi gli sposi. In questa prospettiva, assume rilievo anche l'art. 32 della Convenzione di Istanbul, che impone agli Stati di adottare misure idonee a garantire che i matrimoni forzati possano essere invalidati,

l'attenzione deve necessariamente concentrarsi sulla fattispecie incriminatrice e sulle modalità con cui il legislatore tipizza la lesione dell'autodeterminazione, individuando specifiche condotte di coazione penalmente rilevanti.

Inoltre, un fenomeno strettamente connesso a quello in esame è rappresentato dai matrimoni precoci, ossia delle unioni che coinvolgono soggetti di età inferiore ai diciotto anni. In alcuni contesti, tali matrimoni sono considerati di per sé una forma di matrimonio forzato, in quanto si ritiene che, al di sotto di tale età, il consenso non possa dirsi pienamente consapevole, e dunque valido[60].

Il tema ha ricevuto un significativo riconoscimento a livello internazionale[61]; tuttavia, in diversi ordinamenti, in particolare in alcune aree del mondo arabo e africano, caratterizzate da tradizioni religiose radicate, si registrano resistenze applicative, spesso accompagnate da riserve rispetto alle norme che sanciscono la libertà di scelta e il divieto dei matrimoni minorili[62].

Il legislatore italiano ha tenuto conto di tali profili nei commi successivi dell'art. 558-*bis* c.p., prevedendo un aggravamento di pena qualora i fatti siano commessi in danno di un minore di anni diciotto, e una più severa risposta sanzionatoria, da due a sette anni di reclusione, nel caso in cui la vittima abbia meno di quattordici anni, riflettendo così le diverse soglie di capacità e di tutela riconosciute dall'ordinamento.

---

annullati o sciolti senza oneri eccessivi per la vittima. L'accertamento della libertà del consenso può, però, risultare particolarmente problematico nei casi in cui, come avviene in alcuni ordinamenti, l'atto di matrimonio si limiti a registrare l'esistenza del vincolo sulla base delle dichiarazioni di uno solo dei coniugi, eventualmente confermate da testimoni, senza dare conto espressamente del consenso di entrambi. In tale prospettiva, la giurisprudenza di legittimità ha sottolineato come, nella valutazione delle condotte induttive poste in essere nei confronti di soggetti minorenni, debbano essere adottati parametri più rigorosi rispetto a quelli applicabili agli adulti. In tale quadro, infatti, appare fondamentale che anche la disciplina civilistica tenga adeguatamente conto della condizione di vulnerabilità in cui spesso si trovano le vittime, in particolare le donne, frequentemente prive di autonomia economica e personale.

[60] G. PEPÈ, *I matrimoni forzati presto previsti come reato anche in Italia?,* in *Dir. pen. cont*., 20 maggio 2019, per la quale sarebbe stato auspicabile, nell'ottica di una più incisiva tutela del minore, prevedere un'autonoma fattispecie di reato sul modello degli atti sessuali con minorenni.

[61] La Dichiarazione universale dei diritti umani, all'art. 16, afferma che uomini e donne in età adeguata hanno il diritto di sposarsi e formare una famiglia, senza discriminazioni e con pari diritti durante il matrimonio e nel suo scioglimento. Un orientamento analogo è espresso dalla Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne, la quale precisa inoltre che il fidanzamento e il matrimonio di un minore non producono effetti giuridici e impone agli Stati di stabilire un'età minima per le nozze, garantendone altresì la registrazione. Anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo riconosce il diritto di sposarsi, a partire dall'età minima prevista dalla legge nazionale.

[62] M. C. RUSCAZIO*, Matrimoni "forzati" tra religione e diritto*, cit., p. 235 la flessibilità e l'ampiezza delle formulazioni adoperate, che spesso lasciano la determinazione dei requisiti fondamentali, come l'età minima matrimoniale o le condizioni della deroga di tale limite, alla discrezionalità del legislatore nazionale, finiscono per svuotare di contenuto la norma stessa.

Tuttavia, considerando la dimensione socio-culturale della donna e le disuguaglianze strutturali che incidono su determinati gruppi, una ricerca condotta su donne del Sud-Est asiatico nel Regno Unito[63] ha evidenziato come consenso e coercizione non siano nettamente distinti, ma si collochino lungo un *continuum*, caratterizzato da aspettative sociali, forme di controllo, persuasione, pressione e minaccia.

Tale prospettiva mette in evidenza come le dinamiche di genere, nei diversi contesti culturali, non siano sempre adeguatamente considerate. Ad esempio, nel diritto inglese, la verifica della coercizione si fonda sul criterio della «ragionevole alternativa»[64]: in assenza di un'alternativa concretamente praticabile, il matrimonio viene considerato frutto di costrizione. Tale criterio, apparentemente neutro e universale, si rivela implicitamente selettivo, poiché presuppone un modello di soggetto giuridico specifico, tradizionalmente identificato con una figura maschile e appartenente alla cultura dominante, assunto come parametro di riferimento. In tal modo, le esperienze e le condizioni specifiche delle donne, soprattutto se appartenenti a minoranze etniche, rischiano di essere marginalizzate.

Si impone, pertanto, la necessità di ripensare la figura del soggetto giuridico in modo da includere le esperienze delle donne, senza tuttavia orientare la costruzione del diritto penale per "tipi" di vittima, né cedere a narrazioni che le rappresentino come soggetti "anomali" quando si discostano dai parametri ordinari di valutazione.

Occorre, piuttosto, mantenere ferma la lettera della norma, facendo riferimento alle modalità tipiche di coercizione, senza integrare la fattispecie con pressioni ambientali che, per la loro evanescenza, non risultano di per sé giuridicamente apprezzabili (i profili di possibile frizione dell'ipotesi di induzione con tale impostazione saranno esaminati nel prosieguo dell'analisi). Al contempo, è necessario attualizzare il disvalore della fattispecie, calandolo nel caso concreto, al fine di accertare correttamente la sussistenza degli elementi del fatto tipico. In tale prospettiva, possono assumere rilievo fattori quali il timore di esclusione dalla comunità, il peso della vergogna o le aspettative sociali, nella misura in cui incidano in modo significativo sulla

[63] S. ANITHA, A. GILL, *Coercion, Consent and the Forced Marriage Debate in the UK*, in *Feminist Legal Studies 17 (2)*, 2009, pp. 175 ss.
[64] *Ibidem.*

libertà decisionale, sempre che si traducano in forme di pressione che assumano i caratteri della minaccia penalmente rilevante.

1.2.2. La struttura della fattispecie *ex* 558-*bis* c.p.

Anche alla luce del confronto con la fattispecie di cui all'art. 558 c.p., che incrimina la condotta di chi contragga matrimonio occultando fraudolentemente all'altro coniuge l'esistenza di un impedimento, emerge come non sia sempre la coazione della volontà a rilevare penalmente, ma anche condotte che incidono sul processo volitivo senza giungere a forzarlo. In quel caso, infatti, è sanzionato l'occultamento, e non una vera e propria compressione della libertà decisionale.

Diversamente, nella fattispecie *ex* art. 558-*bis* c.p., il legislatore individua modalità tipiche di aggressione della libertà di autodeterminazione: la costrizione, mediante violenza o minaccia, e l'induzione, intesa come approfittamento delle condizioni di vulnerabilità, inferiorità psichica o necessità della vittima, spesso nell'ambito di relazioni di prossimità. Si tratta, dunque, di condotte a forma tendenzialmente vincolata, il cui disvalore risiede nella lesione dell'autodeterminazione della persona offesa nella forma della coazione a contrarre matrimonio.

La fattispecie non è, pertanto, costruita come una condotta libera che incida genericamente sulla formazione della volontà, ma, sul modello della violenza privata, richiede modalità determinate e tipiche di pressione. Si tratta di un passaggio delicato, come si è accennato, soprattutto con riguardo al tema del consenso: se è indubbio che cultura e ruoli sociali possano influenzarne la formazione, appare coerente con i principi di materialità e personalità della responsabilità penale limitare l'incriminazione a specifiche esteriorizzazioni di coazione, piuttosto che a interi contesti culturali che incidono sulla volontà dei nubendi.

Il fattore culturale può, tuttavia, assumere rilievo nella valutazione concreta dell'offesa. In tema di minaccia, ad esempio, l'idoneità intimidatoria deve essere accertata in concreto, tenendo conto non solo delle circostanze del caso[65], ma anche

[65] F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 372; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 286; in giurisprudenza Cass. pen. sez. II, 4 luglio 2024, n. 31830, in *Guida al diritto* 2024, in cui si afferma che la valutazione dell'idoneità della minaccia a realizzare la finalità intimidatoria deve essere compiuta secondo un «criterio di medialità», idoneo a rispecchiare le reazioni dell'uomo medio.

delle condizioni soggettive della vittima note all'autore, tra le quali possono rientrare elementi culturali idonei a incidere sull'effettiva portata della minaccia[66].

La scelta del legislatore di limitare la fattispecie ai soli casi di matrimonio o unione civile appare, peraltro, problematica, poiché esclude una pluralità di forme rituali diffuse in contesti multiculturali che producono effetti sostanzialmente analoghi. La *voluntas legis* sembra tuttavia orientata in senso restrittivo: il riferimento al binomio matrimonio/unione civile sembra evocare esclusivamente i riti dai quali discendono effetti civili riconosciuti dall'ordinamento italiano[67]. Ne deriva il rischio di una limitata applicabilità della fattispecie proprio in relazione a molte situazioni riconducibili al fenomeno, caratterizzato da una marcata dimensione multiculturale.

A ciò si aggiunge il tema dei matrimoni contratti all'estero. La dimensione transnazionale del fenomeno, spesso realizzato mediante il trasferimento o il trattenimento della vittima nel Paese d'origine[68], ha indotto il legislatore a prevedere, all'ultimo comma, una deroga al principio di territorialità, stabilendo l'applicabilità della norma anche quando il fatto sia commesso all'estero da cittadino italiano o da straniero residente in Italia, ovvero in danno di tali soggetti. Si tratta di una previsione analoga a quella già prevista per le mutilazioni genitali femminili, che assume particolare rilievo proprio in relazione ai matrimoni forzati, frequentemente celebrati al di fuori del territorio nazionale[69].

In questa prospettiva, la Convenzione di Istanbul precisa, al secondo comma dell'art. 37, che l'obbligo di criminalizzazione debba estendersi anche alla condotta di

---

[66] F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 374, secondo il quale il profilo dell'ingiustizia non costituirebbe un problema, poiché, nel caso della minaccia quale mezzo, il danno prospettato non deve essere necessariamente illecito in sé sul piano giuridico, ma può consistere anche in un fatto di per sé lecito o indifferente. Il punto critico si sposta, dunque, anche sul piano della cultura di riferimento delle parti.

[67] A. SBARRO, *Il delitto di "costrizione o induzione al matrimonio" ex art. 558-bis c.p.*, cit., p. 19, come una formulazione più ampia fosse prevista nei citati disegni di legge nn. S.174 e S.662 del 2018, i quali proponevano di incriminare «chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità o di relazione domestica, costringe [taluno] a contrarre un vincolo di natura personale, con sé o con terzi […]». Il legislatore, tuttavia, non ha recepito tale impostazione più estesa, limitando l'ambito applicativo della fattispecie ai soli riti idonei a produrre effetti civili.

[68] G. PEPÈ, *I matrimoni forzati presto previsti come reato anche in Italia?,* cit.,; E. LANZA, *Il matrimonio forzato tra problemi definitori e obblighi di penalizzazione*, cit., p. 339.

[69] G. PEPÈ*, I matrimoni forzati presto previsti come reato anche in Italia?,* cit.; A. SBARRO, *Il delitto di "costrizione o induzione al matrimonio" ex art. 558-bis c.p.*, cit., p. 24, in cui si segnala che un'autonoma incriminazione della condotta in esame era prevista nel d.d.l. S. 662 e nella proposta C. 792: da ciò è possibile desumere che il legislatore abbia ritenuto non opportuno prevedere una fattispecie autonoma per il fatto in esame.

chi attiri intenzionalmente, con l'inganno, una persona nel territorio di uno Stato diverso da quello di residenza allo scopo di costringerla a contrarre matrimonio. Si tratta di una previsione che interviene in una fase antecedente rispetto alla celebrazione del matrimonio e che, nel nostro ordinamento, non sempre trova un'immediata corrispondenza tipica, potendo al più rilevare in termini di tentativo[70], anche alla luce della già menzionata estensione della giurisdizione penale.

1.2.3. Diritto vivente: un altro bilancio dai medesimi esiti

A livello europeo, le pratiche in esame sono state qualificate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo come trattamenti inumani e degradanti ai sensi dell'art. 3 CEDU[71]. In particolare, la qualificazione della vicenda come "matrimonio tradizionale", riferito alla comunità rom, non è stata ritenuta idonea a giustificare l'inerzia investigativa, né a escludere la necessità di accertare se si trattasse, in realtà, di una situazione di matrimonio forzato accompagnata da gravi abusi[72].

Per quanto concerne il diritto vivente italiano, invece, si è già richiamata la sentenza della terza sezione della Corte di cassazione del 31 maggio 2017, n. 53135, che ha affermato la punibilità del reato di atti sessuali con minorenne anche in presenza di una convivenza ritenuta "matrimonio" nella comunità di appartenenza (nel caso di specie, rom) tra un soggetto maggiorenne e una minore di sedici anni. Il limite è posto dalla disciplina civilistica, che esclude la possibilità per i minori di contrarre matrimonio e di prestare un valido consenso, anche in contesti di convivenza stabile: ne consegue che, ai sensi dell'art. 609-*quater*, comma 1, n. 2 c.p., il reato sussiste

[70] F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 366, ritiene configurabile sia il tentativo compiuto se all'azione violenza non faccia seguito l'effetto coercitivo, che l'incompiuta nel caso in cui sia la violenza a non compiersi.

[71] A. BONFANTI, *Matrimoni forzati, infantili e precoci e tutela dei diritti umani in Europa: considerazioni di diritto internazionale privato*, cit., p. 12.

[72] Corte EDU, sez. II, 31 luglio 2012, *M. e altri c. Italia e Bulgaria* (ric. n. 40020/03), par. 99 -108, si afferma che l'art. 3 CEDU impone agli Stati non solo di astenersi da trattamenti inumani o degradanti, ma anche di prevenirli attivamente e di svolgere indagini effettive in presenza di accuse plausibili, anche quando i fatti siano commessi da privati. Nel caso di specie, la Corte evidenzia che le autorità italiane non hanno adempiuto a tali obblighi: non hanno garantito una protezione adeguata alla vittima, minorenne e vulnerabile, né hanno condotto indagini approfondite sulle denunce di violenze fisiche, sessuali e possibile tratta di esseri umani. Viene, così, accertata la violazione procedurale dell'art. 3, in ragione dell'ineffettività delle indagini sui maltrattamenti denunciati.
È stata, invece, esclusa la violazione sostanziale della disposizione, in quanto non risultavano adeguatamente provate né l'accusa di lavoro forzato, né quella di matrimonio forzato, pur essendo stato dimostrato l'avvenuto pagamento di denaro.

indipendentemente dal consenso della minore, dalla convivenza o dall'assenza di una posizione di abuso da parte dell'adulto.

La giurisprudenza ha, infatti, costantemente escluso la validità del c.d. matrimonio rom nell'ordinamento italiano, soprattutto ove riguardi una minore. In particolare, si è affermato che tale forma di unione non può assumere rilevanza giuridica né come matrimonio né come unione di fatto, con conseguente inapplicabilità delle tutele connesse allo *status* coniugale[73]. In questa prospettiva, la disciplina civilistica e quella penale convergono nel ritenere che, al di sotto di una determinata soglia di età, non sussista una capacità tale da rendere valido il consenso né al matrimonio né alla convivenza, con conseguente irrilevanza dello stesso ai fini dell'esclusione della punibilità.

Inoltre, consistendo in una forma di coazione della libertà morale della persona, la fattispecie *ex* art. 558-*bis* c.p. rientra nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali della persona. Ciò non esclude, tuttavia, la necessità di interrogarsi se tale specifica lesione dell'autodeterminazione debba essere sempre presidiata penalmente e, soprattutto, se sia coerente collocarla nell'ambito della tutela della famiglia[74]. Infatti, non può omettersi di considerare che la prospettiva di un procedimento penale pubblico, potenzialmente idoneo a sfociare nella condanna di familiari, può dissuadere la vittima dall'intraprendere un'azione giudiziaria e indurre le famiglie ad aggirare la normativa, ad esempio trasferendo i figli nel Paese d'origine per celebrarvi il matrimonio.

Sussiste, inoltre, il rischio che tali disposizioni, incidendo prevalentemente su gruppi minoritari, possano essere percepite in modo stigmatizzante, producendo effetti contrari a quelli perseguiti e contribuendo a una risposta istituzionale non pienamente adeguata[75].

---

[73] Cass. civ, sez. VI, ord. 27 settembre 2013, n. 22305, in *Diritto & Giustizia* 2013, in cui la Suprema Corte ha cassato il decreto con il quale era stata accolta l'impugnazione del decreto di espulsione di un extracomunitario, coniugato con rito "rom" e convivente con una donna in stato di gravidanza, «non potendosi attribuire rilevanza giuridica in questo o quell'ordinamento statuale al matrimonio "rom", neppure come unione di fatto regolata».

[74] E. LANZA, *Il matrimonio forzato tra problemi definitori e obblighi di penalizzazione*, cit., p. 296, sottolinea che il riconoscimento della libertà matrimoniale quale diritto essenziale e irrinunciabile rappresenta non solo il risultato dell'evoluzione culturale nei rapporti tra uomini e donne, ma anche uno strumento per promuovere tale evoluzione nei contesti in cui persistono resistenze.

[75] *Ivi*, p. 329; M. C. RUSCAZIO*, Matrimoni "forzati" tra religione e diritto*, cit., pp. 251-252, Riporta le ragioni con cui anche la Gran Bretagna ha inizialmente giustificato, nei medesimi termini sopra

In tal senso, riecheggiano le parole di Franco Bricola, secondo cui non è sufficiente che il legislatore predisponga fattispecie incriminatrici a tutela di beni costituzionalmente rilevanti, ma è necessario che tali beni non perdano la loro fisionomia costituzionale nella fase di tipizzazione[76].

In questa prospettiva, potrebbe essere presa in considerazione anche l'ipotesi di una depenalizzazione del reato in esame, nonché delle condotte consistenti nella mera violazione di obblighi già regolati in altre branche dell'ordinamento. Si pensi, ad esempio, alla bigamia o alla contrazione del matrimonio in presenza di un consenso viziato: l'ordinamento civile è già in grado di reagire attraverso strumenti quali l'invalidità dell'atto, riservando l'intervento penale ai soli casi in cui le modalità della condotta integrino una lesione concreta della persona e della sua libertà individuale; quest'ultima troverebbe comunque adeguata tutela penale, nel caso di specie, nella violenza privata *ex* art. 610 c.p. Analoghe considerazioni possono valere per gli obblighi di assistenza: non potendo essere individuato come bene giuridico la mera conservazione della famiglia, un intervento penale generalizzato rischia di apparire incongruo[77].

Sotto altro profilo, emerge come il diritto penale accompagni spesso le trasformazioni sociali e possa essere piegato a diverse politiche criminali, soprattutto quando si discosta dai principi di necessità e minima offensività, esponendosi a utilizzi di tipo simbolico o ideologico. Non a caso, infatti, le poche fattispecie che giungono all'attenzione del giudice tendono spesso a essere ricondotte ad altre ipotesi di reato già

---

richiamati, la scelta di non procedere alla criminalizzazione del fenomeno (opzione mantenuta fino al 2014, anno in cui il matrimonio forzato è divenuto penalmente rilevante), privilegiando invece strumenti di tutela civile. In particolare, si è fatto ricorso a ordini di protezione a favore delle vittime, anche solo potenziali, di matrimonio forzato, volti a prevenire l'esercizio di pressioni indebite, anche quando i fatti si collocassero all'estero. La violazione di tali ordini è assistita da sanzioni penali o amministrative, configurandosi dunque come rimedi successivi, coerenti con la logica dell'*extrema ratio* del diritto penale.

[76] F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 17.

[77] Per S. MOCCIA, *Qualche riflessione sulla tutela penale della famiglia,* cit., pp. 82-83, «in prospettiva di riforma, sarebbe maggiormente conforme ai principi costituzionali del diritto penale una selezione puntuale e precisa degli obblighi penalmente sanzionati. In quest'ottica si potrebbe, anche in linea con quanto proposto nel progetto "Pagliaro", valorizzare l'aspetto materiale della solidarietà familiare (in senso lato), sanzionando le violazioni degli obblighi di assistenza economica, di assistenza fisica ai soggetti in stato di bisogno, le violazioni degli obblighi verso la prole, come ad esempio quello di assicurarne l'istruzione. Soltanto attraverso un vaglio delle condotte penalmente rilevanti, con riflessi materiali sui singoli individui, sarebbe possibile recuperare una maggiore selettività della fattispecie».

previste dall'ordinamento, come dimostra il probabilmente unico caso in cui l'art. 558-*bis* c.p. è venuto in rilievo[78].

Il giudizio aveva ad oggetto la "cessione" in matrimonio di una ragazza rom minore di sedici anni, a fronte del "prezzo della sposa". Imputato era il padre, poi condannato per il delitto di riduzione in schiavitù aggravata, con il riconoscimento in appello delle attenuanti generiche in ragione della sua condizione subculturale.

La Corte di cassazione ha ribadito che le tradizioni culturali non possono assumere efficacia scriminante quando venga in rilievo la lesione di un diritto fondamentale quale la libertà personale (art. 600 c.p.). Tali elementi possono, tuttavia, rilevare su piani diversi, quali la qualificazione di specifici aspetti del fatto o la determinazione della pena, come dimostra il riconoscimento delle attenuanti.

Per quanto attiene al delitto in esame, in questa sede, la Corte si è limitata ad escludere la configurabilità di una successione di leggi penali nel tempo tra il reato di riduzione in schiavitù e quello di costrizione o induzione al matrimonio di cui all'art. 558-*bis* c.p., in relazione a fatti caratterizzati dalla reificazione della vittima. Si è rilevato che le due fattispecie, infatti, non coincidono sotto il profilo strutturale: la riduzione in schiavitù prescinde dall'impiego di violenza o minaccia e può configurarsi anche in assenza di consapevolezza da parte della vittima, richiedendo piuttosto una condizione di soggezione continuativa. Né, prima dell'introduzione dell'art. 558-*bis* c.p., il matrimonio forzato o precoce era stato ritenuto, di per sé, riconducibile alla fattispecie di cui all'art. 600 c.p., come invece avvenuto nel caso di specie.

Resta tuttavia da individuare quale sia il disvalore ulteriore che consente di distinguere l'ipotesi di cui all'art. 558-*bis* c.p. dalla violenza privata[79].

Non appare convincente una prima ricostruzione, secondo cui si tratterebbe di una figura plurioffensiva in rapporto di specialità rispetto alla violenza privata[80], il cui

[78] Cass. pen, sez. V, 13 maggio 2021, n. 30538, con nota di G. PEPÈ, *Matrimoni forzati e "prezzo della sposa": la cassazione ribadisce l'irrilevanza di tradizioni e culture lesive della libertà individuale*, in *Sist. pen*., 15 febbraio 2022.

[79] È indice del carattere residuale della fattispecie, nonché funzionale all'ampliamento dell'area del penalmente rilevante, il fatto che, nelle prime formulazioni, fosse prevista una clausola di sussidiarietà ("salvo che il fatto costituisca più grave reato") in apertura dell'art. 612-*ter*, nella proposta Bongiorno–Carfagna, come riportato in E. LANZA, *Il matrimonio forzato tra problemi definitori e obblighi di penalizzazione*, cit., p. 337.

disvalore ulteriore consisterebbe nella violazione delle regole che disciplinano il matrimonio. Tale impostazione non persuade, sia per la difficoltà di individuare, in termini di bene giuridico, la mera violazione di norme civilistiche, sia perché la disciplina di cui all'art. 558-*bis* c.p. presenta plurimi elementi di differenziazione.

In questa prospettiva, appare interessante la previsione dell'ipotesi di induzione, che amplia l'area del penalmente rilevante fino a ricomprendere situazioni prive di una vera e propria *vis*, ma caratterizzate da pressioni più sfumate[81].

Si assiste a un tentativo di valorizzazione del profilo soggettivo della persona offesa, mentre la condotta dell'agente risulta descritta in termini più elastici: assume, così, decisivo rilievo il contesto relazionale e culturale che può aver inciso sulla libertà di scelta. In particolare, il riferimento alle relazioni di prossimità consente di equiparare l'induzione alla costrizione sotto il profilo del disvalore e di giustificare un analogo trattamento sanzionatorio[82]. Chi è legato alla vittima da una delle relazioni tipizzate si colloca infatti in una posizione di marcata superiorità, potendo incidere su bisogni essenziali o su risorse dalle quali la vittima dipende. È proprio tale asimmetria di potere a rendere significativa la previsione delle "condizioni di necessità", attraverso cui il legislatore attribuisce rilevanza penale a dinamiche che rendono concretamente percepibile la posizione di debolezza del soggetto passivo.

Si potrebbe obiettare che la qualificazione dell'induzione come clausola residuale, esponga comunque la fattispecie a criticità sul piano della determinatezza. Il raggio applicativo dell'induzione viene, infatti, delimitato solo attraverso il riferimento ad elementi quali le condizioni di vulnerabilità della vittima e la relazione qualificata tra i soggetti.

---

[80] F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 354, per il quale la fattispecie sembra collocarsi tra quelle che la dottrina qualifica come figure speciali plurioffensive, poste in rapporto di specialità rispetto alla violenza privata, ossia rispetto alla tutela della libertà morale contro la coercizione; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale,* cit., p. 413; analogamente A. SBARRO, *Il delitto di "costrizione o induzione al matrimonio" ex art. 558-bis c.p.,* cit., pp. 30 ss., osserva come una delle principali difficoltà ermeneutiche risieda nell'individuazione del confine tra costrizione e induzione, richiamando, in chiave analogica, la distinzione elaborata dalla giurisprudenza di legittimità tra il delitto di concussione e quello di induzione indebita a dare o promettere utilità. Peraltro, l'A. evidenzia che alcune ricerche hanno rilevato come tali matrimoni possano costituire il contesto di forme più ampie di sfruttamento, che si estendono alla sfera domestica e sessuale, fino a ricomprendere ipotesi di prostituzione forzata, matrimoni temporanei o vere e proprie situazioni assimilabili alla schiavitù (si tratta della ricerca promossa da CARITAS FRANCIA, Il *traffico di esseri umani in contesti bellici e post bellici*, 2016, trad. it. a cura di CARITAS ITALIA).

[81] F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 360.

[82] A. SBARRO, *Il delitto di "costrizione o induzione al matrimonio" ex art. 558-bis c.p.,* cit., pp. 22-23.

Ove si ritenga di valorizzare una lettura della fattispecie come struttura complessa, il cui ambito applicativo è delimitato dalla combinazione dei diversi fattori considerati, si potrebbe ricostruire in via interpretativa il disvalore ulteriore del matrimonio forzato, individuandolo nel rischio di confinare la donna in una dimensione familiare imposta, esponendola a possibili abusi.

Tale ricostruzione appare tuttavia problematica, poiché questi profili attengono più propriamente al concorso di reati: non sembra infatti corretto imputare alla sola costrizione al matrimonio un disvalore che riguarda beni giuridici distinti, come nel caso della violenza sessuale in ambito coniugale, dei maltrattamenti o della privazione della libertà personale.

1.3. Gli elementi culturalmente connotati nelle principali ipotesi di violenza di genere

A livello del fatto tipico si pone, anzitutto, un problema di individuazione del parametro culturale alla luce del quale interpretare gli elementi normativi della fattispecie. Prima ancora di affrontare il tema dell'oggetto del dolo, la questione si colloca sul piano della tipicità oggettiva: si tratta, infatti, di riempire di contenuto l'elemento normativo "culturale" attraverso un criterio interpretativo adeguato, che non può essere rimesso alla mera percezione soggettiva dell'agente.

Tale profilo assume particolare rilievo in ambiti, come quelli dei reati riconducibili alla violenza di genere, nei quali la dimensione culturale degli elementi normativi è ineliminabile, ma deve essere ricondotta a criteri oggettivi, fondati su standard condivisi e non individualizzati. Se, infatti, si assumesse quale parametro la cultura del singolo agente, si giungerebbe al risultato per cui il fatto tipico risulterebbe insussistente ogniqualvolta, alla luce del suo personale bagaglio culturale, la condotta non appaia integrata, ad esempio, da un atto vessatorio o da un atto sessuale[83].

Una simile impostazione condurrebbe a un inaccettabile soggettivismo, incompatibile con le esigenze di certezza e generalità proprie del diritto penale. Inoltre, finirebbe per svuotare lo stesso tema del relativismo culturale: non si tratterebbe più di

[83] Esclude questa soluzione anche F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 370.

valorizzare contesti culturali riconoscibili e socialmente apprezzabili, ma di legittimare qualsiasi percezione individuale.

1.3.1. Gli atti sessuali

Le difficoltà definitorie degli "atti sessuali" rappresentano un'espressione particolarmente significativa dell'interazione tra dimensione penale e dimensione sociale, poiché la sfera sessuale è tra quelle che più risentono dell'evoluzione della coscienza sociale e morale[84].

L'articolo 521 del codice del 1930 si riferiva agli "atti di libidine diversi dalla congiunzione carnale" (oggetto, invece, della violenza carnale *ex* art. 519) sancendone non solo l'autonomia, anche sotto il profilo sanzionatorio, ma ponendo le due fattispecie in rapporto di specialità, con la congiunzione carnale intesa come forma più grave di atto di libidine.

Dottrina e giurisprudenza concordavano sull'individuare l'elemento distintivo tra i due nel carattere penetrativo della congiunzione carnale[85], nella quale venivano, a grandi linee, fatti rientrare i rapporti sessuali (non necessariamente eterosessuali) e gli atti ad essi assimilabili. Se è dubbio che la violenza carnale *ex* art. 519 corrisponda all'odierno concetto di stupro[86], non meno problematica è la questione se gli "atti sessuali" previsti dall'attuale art. 609-*bis* c.p. coincidano con i precedenti atti di

---

[84] G. FIANDACA, *I reati sessuali nel pensiero di Francesco Carrara: un onorevole compromesso fra audacia illuministica e rispetto della tradizione,* in *Riv. dir. proc. pen.,* 3/1988, p. 904.

[85] A. PECORARO ALBANI, *Atti di libidine violenti*, cit., pp. 9-10, si segnala come tale conclusione, per quanto sia maggiormente attinente al significato letterale della parola, non conduce a risultati univoci in taluni casi specifici, come ad esempio a proposito del contatto esterno tra i genitali oppure della pratica della *fellatio*.

[86] G. FIANDACA, *I reati sessuali nel pensiero di Francesco Carrara*, cit., pp. 910 ss., sottolinea come le due ipotesi, per Carrara, venissero ascritte alla categoria dei rapporti carnali, in un contesto in cui, però, lo stupro non era necessariamente corredato da violenza. Nel codice penale toscano, infatti, lo stupro non contemplava alcuna condotta coercitiva, rappresentando un'offesa alla purezza e all'onestà sessuale della donna, più che un'aggressione alla libertà delle stesse. A differenza della violenza carnale e degli atti di libidine, che potevano essere compiuti «su una persona dell'uno o dell'altro sesso», realizzava uno stupro ai sensi dell'articolo 298 cod. tosc. chi "deflora una fanciulla", minore d'età, dopo un'ingannevole promessa di matrimonio, o "circonvenendo con le frodi di una seduzione straordinaria l[a sua] inesperienza". Nel codice sabaudo, invece, non compare più il c.d. stupro semplice, ma gode di rilevanza penale ai sensi dell'articolo 489 solo lo stupro violento, che viene descritto come l'abuso di una persona a cui l'autore ha "[tolto] i mezzi di difesa, od inspirato gravi timori".

libidine. Anche alla luce della scelta legislativa del 1996 di unificare le fattispecie[87], la risposta deve ritenersi negativa. Sotto la categoria degli atti di libidine, infatti, confluivano tutte le condotte espressive del desiderio sessuale, idonee a stimolare o a soddisfare[88] la concupiscenza[89].

L'impronta moralistica è evidente: l'atto si fonde con l'elemento psicologico, e il dolo di lussuria affiora dalla stessa struttura della condotta[90]. Una lettura coerente, se si considera che, nella formulazione originaria del codice del 1930, i reati sessuali erano collocati tra i delitti contro la moralità pubblica e il buon costume[91].

Questo assetto è stato superato con la riforma del 1996, che ha profondamente laicizzato la materia e ha previsto, per il reato di violenza sessuale, il solo dolo generico. Tuttavia, la giurisprudenza sembra non aver del tutto abbandonato la valorizzazione dell'intento soggettivo[92]: sebbene il fine lussurioso non sia più richiesto ai fini della configurabilità del reato, si continua a fare riferimento all'idoneità dell'atto a procurare

---

[87] A. CADOPPI, *Riflessioni critiche intorno alla nuova legge sulla violenza sessuale (l. n. 66/1996),* in *Crit. dir.*, n. 2-3/1996, pp. 131 - 134; ID. "*Un bacio è solo un bacio" Alla ricerca di una più appropriata tipizzazione dei reati sessuali*, in D. BRUNELLI, S. CANESTRARI, F. BASILE (a cura di), *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino 2015, pp. 444 – 446. La *reductio ad unum* mira, da un lato, a porre fine alla pratica processuale di sottoporre la vittima a indagini invasive e umilianti sulla propria intimità, giustificate dalla necessità di accertare la natura esatta del fatto per distinguere tra i due reati; dall'altro lato, la riforma risponde a esigenze di coerenza sistematica, poiché con lo spostamento dei reati sessuali al Titolo XII (delitti contro la persona), la tutela si è concentrata sulla libertà sessuale della vittima, rendendo superflua la distinzione tra le due ipotesi di reato, entrambe offensive del medesimo bene giuridico. Per altri Autori (come ad esempio Francesco Carrara), invece, le due ipotesi di congiunzione carnale e atti di libidine avrebbero sotto il profilo della materialità e della dannosità due intensità differenti, tali da giustificarne la separata disciplina, avvertite distintamente anche dalla coscienza sociale.

[88] Cass. pen., sez. III, 1 giugno 1983 in *Giust. pen*. 1984 (II,282): gli atti di libidine violenti, di cui all'art. 521 c.p., sono non soltanto quelli con i quali si soddisfa, ma anche quelli con i quali si eccita la brama sessuale. Pertanto, ai fini della sussistenza di tale reato, non occorre che la concupiscenza sia soddisfatta, poiché tale soddisfazione è del tutto estranea al perfezionarsi del reato.

[89] Dal latino *concupiscentia*, che significa "desiderio intenso" o "brama"; nella Bibbia e nella teologia cristiana, la concupiscenza è la conseguenza del peccato originale, un desiderio disordinato, soprattutto (seppur non esclusivamente) legato alla sessualità.

[90] G. FIANDACA, voce *Violenza sessuale*, in *Enc. dir.*, cit., p. 1156; A. PECORARO ALBANI, voce *Atti di libidine violenti*, cit., p. 8.

[91] F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., pp. 424-425.

[92] Per una ricostruzione delle oscillazioni della giurisprudenza nell'individuazione dell'atto sessuale, tra prospettive oggettive e soggettive, nonché dei rischi connessi alla valorizzazione di queste ultime, si veda G. BALBI, *Legem et iustitiam facere. La giurisprudenza e il delitto di violenza sessuale*, in *La legislazione penale*, 23 novembre 2023, pp. 5 – 7.

gratificazione sessuale quale criterio distintivo tra un atto sessuale penalmente rilevante e uno lecito[93].

Emblematica sotto questo aspetto è la giurisprudenza sul bacio sulla guancia: quand'è tale da non «rivelare alcun desiderio o appagamento sessuale»[94] non viene considerato punibile; talvolta è una tentata violenza sessuale ove integri il fallimento di un bacio sulla bocca[95]; talaltra è una violenza sessuale consumata (sulla scia della sentenza Di Francia[96]), ove da una valutazione delle circostanze concrete possa ritenersi che abbia inciso sulla libertà sessuale della vittima[97].

Altra parte della giurisprudenza più recente sembra, invece, valorizzare la prospettiva di lesione del bene giuridico parlando di «una immediata e concreta intrusione nella sfera sessuale della vittima»[98], seppur non per tracciare la linea tra l'atto punibile e l'atto penalmente irrilevante, quanto per segnare la linea di confine tra la forma tentata e quella consumata della violenza sessuale[99].

Data proprio questa tendenziale indeterminatezza[100], mista alla connaturata neutralità dell'espressione[101], sono principalmente due gli orientamenti della dottrina

---

[93] Da ultimo Cass. pen. sez. III, 7 febbraio 2024, n.18027, in *Guida al diritto* 2024, per cui «non è necessario che la condotta sia finalizzata a soddisfare il piacere sessuale dell'agente, in quanto è sufficiente che questi sia consapevole della natura oggettivamente sessuale dell'atto posto in essere volontariamente, ossia della sua idoneità a soddisfare il piacere sessuale o a suscitarne lo stimolo».

[94] Cass. pen., sez. III, 2 febbraio 2023, n. 9085, in *Diritto & Giustizia* 2023, ha escluso la responsabilità dell'imputato che aveva dato un bacio sulla guancia ad una bambina, «senza toccarla in altre parti del corpo e senza rivelare alcun desiderio o appagamento sessuale».

[95] Cass. pen., sez. III, 11 gennaio 2023, n.22696, in *Diritto & Giustizia* 2023, che ha confermato la condanna a 10 mesi e 20 giorni di reclusione per violenza sessuale tentata (aggravata *ex* art. 61, comma 1, n. 9) in riferimento alla condotta del capotreno che ha tentato di baciare sulle labbra, finendo poi per baciare soltanto la guancia, una passeggiera durante il controllo dei titoli di viaggio.

[96] Cass. pen., sez. III, 27 aprile 1998, (sent. Di Francia), con nota di G. FIANDACA, *La rilevanza penale del «bacio» tra anatomia e cultura,* in *Foro it*., vol. 121, n. 9, 1998, pp. 505 - 509; A. CADOPPI, *Commento art. 609-bis c.p.*., cit., pp. 472 ss.

[97] Cass. pen., sez. III, 02 dicembre 2020, n. 6158, in *Diritto & Giustizia* 2021.

[98] Sul punto la ricostruzione di G. BEGUINOT, *I reati contro la sfera sessuale della persona al tempo di internet*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 3/2023, pp. 1010 – 1013.

[99]Cass. pen., sez. III, 15 luglio 2022, n.41818, con nota di A. IEVOLELLA, in *Diritto & Giustizia* 2022, in cui la condotta non si è ritenuto aver determinato una immediata e concreta intrusione nella sfera sessuale della vittima, poiché l'agente non ha raggiunto le zone intime (genitali o erogene) della persona offesa ovvero non ha provocato un contatto di quest'ultima con le proprie parti intime; conf. Cass. pen., sez. III,18 febbraio 2016, n. 17414, con nota di G. GENTILE, in *Diritto & Giustizia*, 29 aprile 2016.

[100] La Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi dal Tribunale di Crema sulla legittimità costituzionale dell'art. 609-*bis* c.p., per contrasto con il principio di determinatezza *ex* art. 25, comma 2 cost., "non essendo rinvenibile nel linguaggio corrente e nella letteratura scientifica una nozione

che tentano di circoscrivere la rilevanza penale dell'atto sessuale non consensuale, a partire da una prospettiva oggettiva, privilegiando ora esigenze di determinatezza, ora la tutela del bene giuridico[102].

Per alcuni Autori, non si può prescindere da una «complessiva valutazione della vicenda»[103], privilegiando dunque fattori situazionali e culturali rispetto a criteri propri delle scienze mediche. Un'altra autorevole dottrina[104], invece, nel tentativo di individuare una soglia minima di rilevanza degli atti sessuali comune a tutte le fattispecie del diritto penale sessuale[105], identifica come elemento essenziale «il contatto fisico tra una parte qualsiasi del corpo di una persona e una zona genitale, anale od orale dell'altro[106] ».

Il riferimento a una soglia minima di rilevanza penale non è privo di rilievo, poiché orienta e giustifica il ricorso a criteri condivisi a livello ordinamentale. Tale

---

comunemente e univocamente accettata di atto sessuale", tale da rimetterne interamente l'interpretazione "alla discrezionalità interpretativa del giudicante: con il pericolo di vistose disparità di trattamento, inaccettabili dalla coscienza sociale". La Consulta, però, con ord. n. 295 del 2000, si è limitata a dichiarare manifestamente inammissibile l'eccezione di costituzionalità sollevata, per carenza di motivazione sulla rilevanza.

[101] G. FIANDACA, *Violenza sessuale*, cit., p. 1156; B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, cit., pp. 107 – 109.

[102] A. CADOPPI, *Commento art. 609-bis c.p.,* cit., p. 490, nota 95, così sintetizza la "garbata e amichevole polemica" intrattenuta sul tema con Giovanni Fiandaca, che, pur consapevole del sacrificio in termini di determinatezza, privilegia un'interpretazione degli atti sessuali maggiormente ancorata al contesto del caso concreto.

[103] G. FIANDACA, *La rilevanza penale del «bacio» tra anatomia e cultura*, cit., p. 509; G. FIANDACA, *Violenza sessuale*, cit., p. 1158

[104] A. CADOPPI, *Commento art. 609-bis c.p*, cit. pp. 465-466.

[105] Come sottolineato anche dall'ordinanza del Tribunale di Crema del 21 ottobre 1998, con la quale è stato promosso il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 609-*bis* c.p., i maggiori *vulnus* sotto il profilo della determinatezza attengono proprio alla «soglia minima di quei comportamenti che, vigente l'originaria disciplina del codice penale, erano potenzialmente riconducibili al modello legale degli atti di libidine violenti». Se dunque, da un lato, si condivide l'interpretazione degli atti sessuali come una categoria più ristretta rispetto agli atti di libidine della disciplina riforma del '96, dall'altro emerge che la giurisprudenza non è disposta a sacrificare la punibilità degli atti che, in forza della nuova dicitura, resterebbero "fuori" dall'intervento penale. Sull'eterogeneità delle ipotesi contemplate agli arti artt. 609-*bis* e ss., e l'impossibilità di individuare una nozione unitaria di atti sessuali, A. CADOPPI, *Commento art. 609 bis*. cit., pp. 463-464.

[106] Sul paradigma delle zone erogene, che sembra aver trovato particolare fortuna nella giurisprudenza italiana (da ultimo, Cass. pen. sez. III, 25 settembre 2024, n. 38881, in *Diritto & Giustizia* 2024), A. CADOPPI, *Commento art. 609-bis c.p*., cit., p. 493, avverte di perseguire una maggiore "uniformità applicativa nei casi concreti".

soglia risponde, infatti, a esigenze di oggettività giuridica e alle correlate garanzie[107]: il carattere culturale e relazionale della dimensione sessuale dell'atto può trovare al suo interno specifiche declinazioni, ma non può essere rimesso esclusivamente a percezioni soggettive o a influenze culturali[108].

Non sono mancate, tuttavia, neppure in giurisprudenza, affermazioni che riconoscono rilievo alla prospettiva soggettiva dell'agente ai fini dell'esclusione della connotazione sessuale della condotta, qualora, secondo la cultura di appartenenza, un determinato atto sia privo di "valenza erotica", come nel caso del bacio sulla bocca inteso, in alcune tradizioni russe, quale forma di saluto[109].

È stato precisato, sotto tale aspetto, che un simile dato «socio-culturale» può essere valorizzato solo in presenza di condotte che non risultino manifestamente invasive della sfera dell'intimità sessuale o dell'integrità, morale o fisica, della persona. Diversamente, il richiamo a presunte subculture etniche, anche espressive di modelli culturali arcaici, non può giustificare né attenuare il disvalore penale della condotta.

1.3.2. Il "mal-trattamento"

È possibile affermare che il concetto stesso di "maltrattare" sia strutturato sulla base di un preciso immaginario, riconducibile al paradigma della violenza domestica, come emerge chiaramente dal diritto vivente. Per comprendere il contenuto della nozione, può risultare utile, infatti, richiamare l'oggetto del dolo (unanimemente

[107] F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano 1964, pp. 184-186, evidenzia come, quando prevalgono esigenze di difesa sociale, il diritto penale tende a spostarsi da un modello fondato sul fatto tipico e su criteri astratti e predeterminati, a un modello incentrato sulla personalità dell'agente e sulla valutazione concreta del caso.

[108] Anche per A. CADOPPI, *Commento art. 609 bis c.p.*, cit., pp. 488 – 489, le valutazioni in esame non possono prescindere da una valutazione del contesto culturale in cui sono calate, ma il riferimento da privilegiare non è al caso concreto bensì alle "norme culturali della nazione". Analogamente in giurisprudenza, Cass. pen., sez. III, 26 novembre 2014, n. 964, in *CED Cass. pen*. 2015, si sottopone la rilevanza penale degli atti non direttamente indirizzati a zone erogene all'accertamento concreto del giudice di merito sulla base di tali parametri: "condotta nel suo complesso, del contesto sociale e culturale in cui l'azione è stata realizzata, della sua incidenza sulla libertà sessuale della persona offesa, del contesto relazionale intercorrente tra i soggetti coinvolti e di ogni altro dato fattuale qualificante".

[109] Cass. pen., sez. III, 4 giugno 2024, n. 37929, in *Cass. pen*. 2025, 3, 838; Cass. pen., sez. III, 11 maggio 2023, 19972, non massimata; Cass. pen., sez. III, 2 luglio 2007, n. 25112, in *Dir. famiglia* 2008, 2, 579.

qualificato, in dottrina e giurisprudenza come dolo generico), consistente nella coscienza e volontà di sottoporre la persona offesa a sofferenze fisiche o morali[110].

Ne deriva, tuttavia, una configurazione della fattispecie come una relazione sistematica di dominio, caratterizzata non solo da continuità nel tempo[111], ma anche da uno squilibrio di potere, nell'ambito del quale un soggetto abitualmente infligge sofferenze e un altro ne resta, specularmente, succube[112]. In relazione a quest'ultimo punto, la giurisprudenza, nel delineare il disvalore antigiuridico della fattispecie, ne valorizza i profili oggettivi[113], affermando che, secondo il significato proprio del termine "maltrattare", è necessario che l'agente eserciti abitualmente una forza

[110] In dottrina *ex multiis*, G. FIANDCA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p.474; in giurisprudenza, da ultimo, Cass. pen. sez. VI, 2 dicembre 2025, n. 3036, in *CED Cass. pen*. 2026, in cui si enfatizza il profilo del carattere abituale della condotta, connotando l'attività come vessatoria; in Cass. pen., sez. VI, 9 maggio 2025, n. 25518, in *Diritto & Giustizia*, 11 luglio 2025, nota di A. IEVOLELLA, in cui si ritiene «sufficiente la sola consapevolezza dell'autore del reato di persistere in un'attività vessatoria, già posta in essere in precedenza, idonea a ledere la personalità della vittima», in *Guida al diritto* 2025; analogamente Cass. pen., sez. III, 19 settembre 2023, n. 44174, in *Guida al diritto* 2023.

[111] È centrale il requisito dell'abitualità, in quanto contribuisce a caratterizzare il disvalore della fattispecie: la ratio dell'antigiuridicità penale risiede, infatti, nella reiterata aggressione alla personalità altrui, volta all'imposizione di un sistema di vita segnato da sofferenze, afflizioni e lesioni dell'integrità fisica o psichica, che incidono negativamente sulla persona offesa e su valori fondamentali connessi alla dignità e alla condizione umana (cfr. Cass. pen., sez. VI, 5 dicembre 2011, n. 9923, *CED Cass. pen*. 2011; Cass. pen., sez. VI, 2 dicembre 2010, n. 45037, *CED Cass. pen*. 2010). Secondo C. GRANDI, *Una dubbia decisione in tema di maltrattamenti in famiglia motivati dal fattore culturale*, in *Dir. pen. proc.*, n. 4/2008, p. 504, deve essere criticata l'impostazione che individua nel dolo l'elemento unificatore della pluralità degli atti, ritenendo invece necessario ricavare tale unitarietà direttamente dal dato oggettivo della condotta. In quanto reato abituale, infatti, il delitto di maltrattamenti richiede l'unità strutturale della condotta, che non può essere affidata a un elemento meramente soggettivo. A tal fine, l'Autore propone di valorizzare il criterio della ripetizione sistematica delle azioni di maltrattamento in determinate circostanze, evidenziando come sia proprio tale reiterazione a determinare l'unificazione delle singole condotte sotto il profilo della loro capacità offensiva nei confronti del bene giuridico tutelato. In questa prospettiva, anche comportamenti non frequenti né continuativi possono integrare il requisito dell'abitualità, purché si ripresentino con regolarità al ricorrere delle medesime condizioni fattuali e siano idonei, nel loro complesso, a realizzare una aggressione alla personalità della vittima.

[112] Cass. pen., sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 9531, in *Diritto e Giustizia online* 2009, in cui si afferma: «Da un punto di vista fenomenologico, in un rapporto familiare che leghi un uomo e una donna, poiché la posizione prevaricatrice si può avvalere della preponderante forza fisica del soggetto agente, anche se i maltrattamenti in ipotesi si risolvano esclusivamente nella inflizione di sofferenze morali, è normalmente l'uomo il soggetto agente e la donna la vittima».

[113] La già ricordata Cass. pen., sez. V, 13 maggio 2021, n. 30538, in *Cassazione Penale* 2022, rappresenta una delle più recenti pronunce di legittimità che confermano il ricorso a un analogo schema argomentativo in tema di riduzione in schiavitù. Nel caso di specie, la condotta è ritenuta tipica dai giudici della Corte in quanto «la condotta tipizzata implica la "reificazione" della vittima, comportandone di per sé lo sfruttamento, come ripetutamente chiarito da questa Corte». I giudici hanno così riconosciuto, nella cessione della vittima, quella reificazione dell'essere umano che integra di per sé lo sfruttamento, mentre la percezione di un guadagno (rappresentata dal "prezzo della sposa") è stata qualificata come un mero indice sintomatico.

oppressiva nei confronti di un familiare (o di uno degli altri soggetti indicati dall'art. 572 c.p.), mediante le più varie forme di violenza fisica o morale[114].

In questa prospettiva, il nucleo dell'elemento normativo viene individuato nella presenza di una relazione asimmetrica, in cui uno domina e l'altro subisce; in assenza di tale asimmetria, si ricadrebbe in ipotesi di mera "litigiosità familiare"[115], penalmente irrilevante. Qualora, dunque, le condotte violente, offensive o umilianti siano reciproche, pur se di diversa intensità, non sarebbe configurabile un rapporto di maltrattamento, quanto piuttosto una situazione di mera conflittualità relazionale[116].

Il profilo problematico di tale ricostruzione emerge, tuttavia, con particolare evidenza laddove si valorizzi la mancata "soccombenza" della vittima quale criterio dirimente. Si tratta, infatti, di un parametro che si presta a esiti interpretativi ambigui e potenzialmente distorsivi, in quanto suscettibile di essere influenzato da precomprensioni del giudicante. Emblematica, in tal senso, è una pronuncia della sesta sezione della Corte di cassazione[117], che ha escluso la configurabilità del reato di cui all'art. 572 c.p., pur in presenza di reiterate condotte di ingiuria, minaccia e violenza protrattesi nel tempo, valorizzando il fatto che la persona offesa, qualificata come di "carattere forte", non fosse rimasta intimorita, e riconducendo così la vicenda a una mera tensione coniugale.

In tal modo, la Corte sembra introdurre surrettiziamente un parametro valutativo aggiuntivo, rappresentato dalla effettiva sopraffazione psicologica della vittima, finendo per sovrapporlo all'elemento dell'abitualità. Sarebbe stato, infatti, possibile limitarsi a escludere quest'ultimo, valorizzando la sporadicità o la limitata consistenza degli

[114] Trib. Taranto, sez. I, 17 settembre 2021, n. 1542; Corte App. Ancona, 22 gennaio 2024, n. 113, in cui è lo stesso significato del verbo "maltrattare" a implicare una pluralità di vessazioni fisiche o morali, quali componenti del modo di porsi di un individuo nei confronti di un altro. È, dunque, centrale il riferimento alla violenza, come emerge, si consenta il rimando, anche dalla definizione offerta dal vocabolario online Treccani: «trattare in malo modo, con durezza, violenza, crudeltà, (…) sottoporre a vessazioni fisiche o morali (...) Quando non vi sia idea di violenza, si preferisce la locuz. trattare male».

[115] Cass. pen., sez. VI, 4 febbraio 2025, n. 21289, in *CED Cass. pen*. 2025, in motivazione, la Corte ha individuato, tra i criteri distintivi dei maltrattamenti in un contesto familiare caratterizzato da accesa litigiosità, l'assenza di ascolto della volontà o delle ragioni dell'altro, lo strutturale sbilanciamento della relazione a favore di una delle parti, anche in ragione dell'identità sessuale, e il differenziale di potere connesso ai ruoli di genere. A ciò si aggiungono l'adozione di modelli comportamentali improntati a una costante prevaricazione unilaterale, nonché l'approfittamento di specifiche condizioni soggettive della vittima, quali età, gravidanza, stato di salute o disabilità, per esercitare un controllo coercitivo, idoneo a determinare, attraverso offese, umiliazioni o ricatti, la sistematica soccombenza della stessa parte.

[116] Cfr. Cass. pen., sez. VI, 3 marzo 2009, n. 9531; Cass. pen., sez. VI, 2 luglio 2010, n. 25138.

[117] Cass, pen., sez. VI, 12 marzo 2010, n. 25138, con nota di G. GALUPPI, in *Dir. famiglia* 1/2011, p. 128.

episodi, dato il ruolo determinante che l'abitualità occupa nel disvalore della fattispecie[118]. La diversa impostazione adottata conduce, invece, a ridefinire il "maltrattare" come una condotta sì abituale, ma necessariamente produttiva di una condizione di soggezione, con il rischio che una reazione, anche solo parziale, della vittima venga interpretata non come tentativo di sottrarsi alla violenza, ma come indice di una relazione paritaria[119].

Ne deriva un esito paradossale: la vittima che reagisce rischia di non essere più qualificata come tale, ma come soggetto "forte", inserito in una dinamica di mera conflittualità reciproca, con possibile frammentazione dei fatti in singoli episodi delittuosi isolati.

La valorizzazione del profilo di oppressione e dello squilibrio relazionale si espone, dunque, al rischio di sovrapporre indebitamente la nozione di conflittualità a quella di maltrattamento, finendo per escludere la tutela penale proprio nei casi in cui la vittima, pur inserita in una relazione di dominio, tenti di opporsi alla violenza[120].

Pertanto, si ritiene che lo squilibrio di potere non dovrebbe essere elevato a elemento essenziale della fattispecie di cui all'art. 572 c.p., bensì considerato al più come indice sintomatico del maltrattamento. In alternativa, esso potrebbe essere valorizzato sul piano della risposta sanzionatoria, ad esempio quale circostanza aggravante ai sensi dell'art. 61, n. 11 c.p. (abuso di relazioni domestiche, di coabitazione o di ospitalità), particolarmente pertinente nei rapporti familiari, e, in

[118] Per una valorizzazione del requisito dell'abitualità nel significato del "maltrattare", con particolare riferimento al trattamento quale comportamento caratterizzato da una pluralità di atti diluiti nel tempo, F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia 1979, pp. 260 ss.

[119] Si legge in sentenza che «i fatti incriminati sono solo genericamente richiamati nella sentenza impugnata e, stando al tenore dell'imputazione, appaiono risolversi in alcuni limitati episodi di ingiurie, minacce e percosse nell'arco di circa tre anni, per i quali è intervenuta remissione della querela, che non rendono di per sé integrato il requisito dell'abitualità della condotta di sopraffazione richiesto per la configurabilità della fattispecie». Il profilo problematico emerge, tuttavia, nel momento in cui la Corte non si arresta a tale rilievo, ma aggiunge che «tanto più che, come puntualizzato dalla Corte d'appello, la condizione psicologica della [donna], per nulla "intimorita" dal comportamento del marito, era solo quella di una persona "scossa… esasperata… molto carica emotivamente"».

[120] Diversamente sembra attestarsi la giurisprudenza più recente: Cass. pen., sez. III, 4 giugno 2024, n. 37929, in *Cass. pen.* 2025, 3, 838, in cui si afferma che il fatto che la donna, vessata dal marito, «rispondesse comunque a tono alle provocazioni» non costituisce elemento idoneo a escludere la sussistenza del reato, anche in considerazione della evidente sproporzione tra le condotte ascritte all'imputato e le reazioni, assai più contenute, della persona offesa. In tal senso si colloca un orientamento consolidato che esclude la rilevanza della eventuale reciprocità dei comportamenti, quale fattore ostativo alla configurabilità del delitto di maltrattamenti in famiglia (cfr. Cass. pen., sez. I, 10 aprile 2024, n. 19769, in *CED Cass. pen.* 2024, nonché, già in precedenza, Cass, pen., sez. III, 24 gennaio 2020, n. 12026, in *CED Cass. pen*. 2020).

taluni casi, anche ai sensi dell'art. 61, n. 1 c.p., ove la condotta sia sorretta da motivi abietti o futili.

Non va inoltre trascurato che, alla luce dell'introduzione della nuova aggravante di genere, i profili di prevaricazione possono trovare ulteriore spazio di considerazione. Resta tuttavia da verificare come la giurisprudenza coordinerà tali elementi, si auspica evitando una duplicazione valutativa in contrasto con il principio del *ne bis in idem*, qualora lo squilibrio di potere venga considerato tanto quale elemento significativo della fattispecie base quanto come presupposto per un ulteriore aggravamento della pena.

Anche in questa prospettiva, il nucleo tipico del reato dovrebbe restare ancorato ai suoi elementi tradizionali: l'abitualità della condotta e la reiterata inflizione di sofferenze fisiche o morali, senza richiedere necessariamente la prova di una condizione di stabile soggezione o di radicale asimmetria relazionale.

A ciò si aggiunga un'ulteriore valutazione: lo specifico contesto familiare in cui le condotte si inseriscono, dal quale potrebbe derivare una certa relativizzazione del maltrattamento, non può essere invocato per escludere il profilo materiale del delitto di cui all'art. 572 c.p. E non sono mancate, nella dottrina più risalente, posizioni secondo cui non si configurerebbe un vero e proprio maltrattamento qualora, in ragione del contesto sociale o delle specifiche condizioni dei soggetti coinvolti, determinate condotte si presentino come consuetudini di vita o modalità relazionali socialmente accettate, quasi come forme di reciproca "punizione" sottratte al sindacato dell'ordinamento[121].

Una simile impostazione appare tutt'altro che condivisibile. Se è vero che il fattore culturale può assumere rilievo, in senso favorevole all'imputato, in altri livelli di analisi del reato, esso non può essere utilizzato per escludere la configurabilità della fattispecie oggettiva, finendo così per legittimare implicitamente violazioni dei diritti

[121] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 368, riprende le ricostruzioni di V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. VII, Torino 1984, pp. 931 ss., G. D. PISAPIA, voce *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in *Noviss. Dig. It.,* Torino 1964, p. 76, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano 2008, p. 537.

fondamentali perpetrate all'interno di dinamiche, anche consolidate, di matrice patriarcale[122].

1.4. Il fattore culturale nella coscienza dell'offesa

Se questi sono i profili che attengono al significato dell'elemento della fattispecie oggettiva, occorre ora affrontare la questione dal diverso angolo prospettico del contenuto dell'elemento soggettivo. Emerge, sotto quest'aspetto, il problema della coscienza dell'offesa quale momento del dolo, nonché della possibile rilevanza del fattore culturale ai fini del riconoscimento di un errore sul fatto.

La considerazione della dimensione soggettiva all'interno del fatto tipico rappresenta una conquista della teoria finalistica dell'azione, intesa non più come mero processo causale, bensì come fenomeno umano connotato da una volontà finalistica che lo orienta. Tra le principali conseguenze di tale impostazione si annoverano il superamento della concezione psicologica della colpevolezza e la separazione, dal dolo, della coscienza dell'illiceità[123].

A partire dall'impostazione della Corte costituzionale nella sentenza n. 364/1988, che ha abbattuto l'argine invalicabile della inescusabilità dell'*ignorantia legis*, si è progressivamente giunti a distinguere il concetto di offesa da quello di illiceità, individuando in quest'ultima una questione rilevante ai sensi dell'art. 5 c.p. e

[122] Diverso sembra essere stato invece l'*iter* argomentativo della giurisprudenza nella vicenda esaminata in Corte App. Bologna, 6 ottobre 2006, n. 2433 e conseguentemente in Cass. pen. sez. V, 2 agosto 2007, n. 31510, con nota di C. GRANDI, *Una dubbia decisione in tema di maltrattamenti in famiglia motivati dal fattore culturale*, cit., pp. 498 – 507. Nel caso in esame, una ragazza di origine araba, dopo essere uscita all'insaputa dei familiari per incontrare il ragazzo con cui intratteneva una relazione, una volta rientrata a casa, si era chiusa in camera per timore di essere punita. I familiari, riusciti a entrare nella stanza, stando alla ricostruzione contenuta in sentenza, avevano assistito al tentativo della giovane di gettarsi dalla finestra; questa era stata quindi immobilizzata dai fratelli, mentre la madre la teneva ferma, e successivamente percossa e insultata dai componenti maschi della famiglia. Pur riconoscendo che tale condotta fosse, in linea di principio, «contraria al senso di affetto e umanità che dovrebbe ispirare i rapporti familiari», i giudici di merito hanno ritenuto che all'interno di quel nucleo familiare vigessero «ferrei rapporti gerarchici», la cui violazione imponeva una sorta di "sanzione esemplare". Sono così giunti ad assolvere gli imputati ai sensi dell'art. 530, comma 3, c.p.p., in ragione del dubbio circa la sussistenza della causa di giustificazione dello stato di necessità, configurabile nella misura in cui la limitazione della libertà personale e le condotte violente fossero finalizzate a impedire il compimento di un gesto suicidario.

[123] C. FIORE, *Ciò che è vivo è ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in S. MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli 2007, p. 287.

collocando, invece, la coscienza della prima nell'ambito del dolo: l'offesa viene così concepita come elemento del fatto tipico[124].

A tale conclusione si è pervenuti muovendo dall'art. 43, comma 1, c.p., il quale, nel riferirsi all'evento dannoso o pericoloso, è stato interpretato come contenente un richiamo all'evento in senso giuridico[125], nonché dall'art. 49, comma 2, c.p., dal quale si ricava il requisito dell'attitudine lesiva della condotta. In questa prospettiva, proprio l'art. 49 c.p., alla luce della c.d. teoria realistica del reato, assume il valore di norma di base dell'ordinamento, idonea a fondare una concezione secondo cui ogni comportamento, per essere qualificato come reato, deve tradursi in una effettiva lesione del bene giuridico tutelato[126].

Da qui emerge una prima contrapposizione. Secondo i sostenitori della teoria realistica del reato, la coscienza dell'offesa consiste nella consapevolezza della portata offensiva del fatto: si tratterebbe di un elemento ulteriore, oggetto del dolo, distinto dai presupposti del fatto e, come tale, suscettibile di errore[127]. Diversamente, quanti nutrono riserve nei confronti della ricostruzione finalista ritengono che la coscienza dell'offesa, intesa come pregiudizio arrecato a interessi percepiti nella loro dimensione sociale, debba essere valutata prevalentemente nella sua dimensione fattuale[128]: nel rappresentarsi gli elementi del tipo, il soggetto si rappresenterebbe contestualmente anche il disvalore che l'ordinamento ricollega a tali elementi, senza che sia necessario postulare un autonomo momento valutativo[129].

In questo quadro, potrebbe essere valorizzato il dato per cui la cultura dell'agente può incidere sulla rappresentazione dell'offesa[130]. Si pensi, ad esempio, con riferimento agli elementi culturalmente valutativi già richiamati, agli atti sessuali:

---

[124] M. GALLO, *Il dolo: oggetto e accertamento*, Milano 1953, p. 163.
[125] Anche F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., p. 95.
[126] *Ex multiis,* C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli 1959, pp. 41 ss.
[127] C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., pp. 248-249.
[128] G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 380-381; F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, cit., p. 318.
[129] G. FIANDACA, *Riflessioni intorno ad alcuni punti problematici della teoria finalistica dell'azione*, in S. MOCCIA, *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica,* cit. pp. 249-250, in cui si giustifica, nel manuale, la scelta di attribuire a dolo e colpa la duplice funzione di integrare sia il fatto tipico sia la colpevolezza non già in adesione a un'impostazione ideologica di tipo finalista, bensì per ragioni tecnico-dommatiche. In particolare, tale scelta si fonda sul riconoscimento che dolo e colpa contribuiscono a determinare il significato sociale del fatto ai fini del giudizio di tipicità; da ciò deriva la loro funzione tipizzante, consistente nello stabilire se un fatto assuma rilevanza penale ed, eventualmente, quale specifica forma di rilevanza penale esso presenti.
[130] In questi termini, C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., pp. 167 ss.

qualora, nella cultura di appartenenza dell'agente, la congiunzione carnale sia considerata un obbligo derivante dal matrimonio, l'autore può rappresentarsi pienamente la compressione dell'autodeterminazione sessuale della moglie, ma ritenerla lecita secondo i propri parametri culturali. In tal caso, la valutazione giuridica del fatto risulta alterata dalla cultura, ma il dolo permane integralmente.

Diversa, invece, sarebbe l'ipotesi in cui si ritenesse l'offesa un elemento autonomo, sganciato tanto dai presupposti del fatto quanto dall'antigiuridicità. In questa prospettiva, ove difetti in radice l'attitudine lesiva, ossia il fatto si realizzi in modo tale da non comportare un'effettiva compromissione dell'autodeterminazione sessuale, potrebbe venire in rilievo l'art. 49 c.p.; qualora, invece, l'offesa oggettivamente sussista, ma l'agente non se la rappresenti, sarebbe configurabile un errore sul fatto ai sensi dell'art. 47 c.p.[131], con conseguente esclusione del dolo per difetto di consapevolezza del significato offensivo della condotta rispetto alla libertà sessuale.

Risulta tuttavia difficile ipotizzare un atto sessuale non consensuale che sia tale sul piano oggettivo, ad esempio un palpeggiamento repentino di una zona genitale, i cui elementi siano integralmente rappresentati e voluti dall'agente, ma rispetto ai quali egli non si rappresenti il significato offensivo nei confronti del bene giuridico tutelato. Più verosimilmente, l'agente non coglierà il valore giuridico della propria condotta: egli si rappresenta il palpeggiamento non consensuale, ma non ne percepisce il disvalore, in quanto tali atti non assumono, nella sua cultura di riferimento, la medesima valenza offensiva riconosciuta dall'ordinamento italiano, potendo, ad esempio, essere interpretati come comportamenti beneaugurali. Nella misura in cui tali atti sono, invece, lesivi della libertà di autodeterminazione, l'errore non riguarderebbe il fatto, bensì l'illiceità della condotta[132].

Preferibile appare, pertanto, adottare la prospettiva inaugurata da Marcello Gallo, secondo cui la coscienza dell'offesa consiste nella rappresentazione degli elementi di fatto e del loro significato rispetto agli interessi tutelati dalla norma, senza

[131] C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 249.

[132] M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano 1991, pp. 514-515, in tali ipotesi, l'errore in cui versa l'agente parrebbe riconducibile a quello che la dottrina tedesca definisce *Subsuntionsirrtum*, o errore di sussunzione. Pur in presenza della consapevole rappresentazione e volontà di porre in essere una condotta oggettivamente riconducibile a uno schema criminoso, e nonostante la conoscenza di tutti gli elementi costitutivi del fatto, l'agente non ne coglie il significato complessivo, in termini di lesività.

che tale rappresentazione implichi una valutazione del valore giuridico in quanto tale[133]. In questa prospettiva, la coscienza dell'offesa non dipende dalla qualificazione giuridica del fatto, ma dalla rappresentazione dei suoi elementi fattuali. Ne consegue che non è configurabile un errore sull'offesa in quanto tale, bensì soltanto un errore sugli elementi del fatto che ne esprimono il contenuto lesivo[134].

In questa prospettiva, si ricorda che l'"atto sessuale" costituisce sì un elemento della fattispecie, ma di natura extragiuridica: ne consegue che già il mancato riconoscimento del suo carattere sessuale comporterebbe l'esclusione del dolo per difetto di rappresentazione del fatto. Tornando all'esempio del palpeggiamento di una zona genitale, si può ipotizzare il caso dell'agente che non percepisca la parte del corpo toccata come sessuale e, conseguentemente, non colga il carattere offensivo della condotta rispetto al bene giuridico tutelato: in tal caso, il significato attribuito al gesto escluderebbe la coscienza dell'offesa, poiché difetterebbe la rappresentazione di un elemento essenziale su cui si fonda il disvalore, con conseguente mancanza del dolo.

Tuttavia, una simile conclusione è sostenibile solo se si ammette che il significato degli elementi fattuali possa essere integrato dal *background* culturale dell'agente. In altri termini, dato il carattere valutativo dell'atto sessuale, si può configurare un fatto lesivo di beni fondamentali della persona che, tuttavia, l'autore non percepisca come offensivo, solo se si ammette che il carattere sessuale dell'atto sia determinato dalla sua prospettiva culturale e non da criteri oggettivi.

Diversamente, qualora si adotti un criterio oggettivo di qualificazione (soluzione da preferire, anche al fine di garantire un nucleo valutativo sufficientemente definito e vincolante tanto per il giudice quanto per i consociati[135]) la difformità culturale non

[133] M. GALLO, *Il dolo*, cit., pp. 175-176.
[134] F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., p. 106 esclude il contrasto con l'art. 5 c.p., distinguendo tra coscienza dell'offesa e coscienza dell'illiceità: la prima attiene al fatto, quale consapevolezza dell'incidenza della condotta su un bene giuridico, e può dunque rientrare nel dolo; la seconda riguarda, invece, la conoscenza del divieto normativo di offendere tale bene e si colloca sul piano della colpevolezza, potendo anche mancare senza escludere il dolo; in questa prospettiva si colloca M. GALLO, *Il dolo*, cit., pp. 133 ss., il cui *iter* argomentativo, pur sviluppandosi nell'ambito dell'elemento soggettivo, si presenta come strettamente connesso, aderente, alla struttura della fattispecie oggettiva.
[135] D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., p. 232.

incide sulla rappresentazione del fatto, ma può rilevare, al più, sul piano del disvalore giuridico, e dunque nell'ambito della colpevolezza[136].

Pensare all'offesa come «sintesi normativa di tutto il reato»[137] significa ricostruirla in stretta connessione con il contenuto della fattispecie, alla luce dei criteri fissati dal legislatore[138], e non sulla base di parametri di socialità extragiuridica.

Ciò non esclude che, nell'accertamento dell'offensività in concreto, come si è osservato con riferimento all'art. 49 c.p., qualora emerga che le modalità di realizzazione della condotta non siano idonee a ledere il bene giuridico tutelato, la punibilità debba essere esclusa, anche se il fatto risulti astrattamente conforme al tipo legale. Tale esito si pone in linea con il principio di necessaria lesività, che orienta il diritto penale verso la repressione delle sole offese effettive e significative[139], in un'ottica di stretta necessità della pena e in coerenza con la sua funzione rieducativa. Non sarebbe, infatti, compatibile con tale impostazione una risposta sanzionatoria fondata sulla mera disobbedienza alla norma, ovvero su stati soggettivi ritenuti sintomatici di pericolosità, in assenza di un fatto concretamente lesivo[140].

Tuttavia, una simile valutazione è praticabile solo nei casi in cui l'offesa risulti effettivamente mancante. Quando, invece, la lesione del bene giuridico sia concretamente ravvisabile, potrebbe escludersi la punibilità già sul piano del fatto per il solo difetto di percezione dell'offesa da parte dell'agente, pur se condizionato dai propri convincimenti culturali.

Nei delitti oggetto della presente indagine, però, occorre tenere conto non solo della tendenzialmente universale rappresentabilità dell'offesa alla persona, ma anche del fatto che l'eventuale attribuzione di un diverso significato di disvalore agli elementi

---

[136] *Ivi*, pp. 331- 332, assume che l'errore sulle norme culturali, «variabili secondo i tempi e i luoghi», incida sul dolo solo nella misura in cui l'integrazione di tali norme contribuisca a determinare l'obiettiva conformità del fatto al tipo, parlando, in tal senso, di errore sui presupposti culturali degli elementi normativi. Ne consegue che assumere la sensibilità personale dell'autore come parametro di riferimento significherebbe contraddire tale impostazione di fondo: un simile errore deve infatti essere qualificato come errore sull'illiceità, concretandosi in un errore circa la rilevanza penalistica di norme di civiltà e dei giudizi su di esse fondati.

[137] F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., p. 88, 96, l'A. parla di «profilo contenutistico della fattispecie legale».

[138] F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 77, precisa come l'interesse da dedurre dall'intera struttura della fattispecie è l'interesse «nella sua eccezione statica senza quella sua specifica dimensione sociale concreta che esso assume in sede di valutazione di "lesività"»

[139] S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 181.

[140] Anche F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 82.

essenziali del fatto, pur radicata nel retroterra culturale dell'autore, non può incidere sul piano della tipicità[141], quantomeno non in un diritto penale laico, improntato a criteri di ragionevolezza e uguaglianza[142]. Né può trascurarsi che nei delitti culturalmente motivati non vengono in rilievo i presupposti del giudizio di inoffensività in concreto, bensì profili attinenti alla sfera soggettiva dell'agente. Si tratta, infatti, di ipotesi nelle quali non viene meno la percezione del coinvolgimento dell'integrità fisica o sessuale nel fatto realizzato, quanto piuttosto la valutazione giuridica del fatto stesso, che, si ribadisce, resta estranea alla dimensione della tipicità.

Inoltre, la possibilità di distinguere tra la mancata rappresentazione del significato offensivo del fatto[143] e la mancata percezione del suo disvalore giuridico consente, come è stato autorevolmente osservato in dottrina, di superare la tradizionale distinzione tra *mala in se* e *mala quia prohibita*.

Con riferimento alla coscienza dell'offesa, si pone infatti il problema della sua eventuale sovrapponibilità con la coscienza dell'antigiuridicità nei cosiddetti reati "naturali", tradizionalmente contrapposti ai reati "artificiali"[144]: solo nei primi, si sostiene, vi sarebbe una generale e universale percepibilità del disvalore, tale da rendere pressoché automatica la coincidenza tra rappresentazione del fatto e rappresentazione della sua offensività.

Voci autorevoli della dottrina[145] sottolineano, tuttavia, come il fenomeno giuridico trovi la propria radice in processi sociali preesistenti, che non dipendono dalla

---

[141] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 412, pur ammettendo che gli elementi normativi culturali debbano essere valutati «in base alla cultura della maggioranza degli italiani», non esclude che l'attribuzione a tali elementi di un significato erroneo possa integrare un errore sul fatto *ex* art. 47 comma 3 c.p.

[142] A. BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, cit., p. 85; F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, cit., pp. 318-319.

[143] F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., pp. 100-102, su questo punto emerge una differenza tra Gallo e Bricola: mentre per il primo l'offesa può essere soltanto oggetto di rappresentazione, in quanto risultante da elementi preesistenti al fatto, per il secondo la struttura dell'offesa non è logicamente incompatibile con la volontà, potendo anzi costituire un elemento qualificante del fatto stesso.

[144] G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 382, pur senza riprendere esplicitamente la distinzione tra reati naturali e reati artificiali, vengono distinti i casi in cui, specie nei reati ad evento naturalistico, la coincidenza tra il fatto materiale e la lesione del bene è così immediata ed evidente che il disvalore dell'azione difficilmente può sfuggire alla coscienza dell'agente; al contrario, nei reati di pura creazione legislativa, in cui manca un disvalore percepibile in modo immediato, la consapevolezza della lesione dell'interesse protetto può non sussistere se il soggetto non è previamente a conoscenza della norma incriminatrice.

[145] D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., pp. 146-150, deriva una netta distinzione tra l'oggetto della tutela, ossia il bene nella sua dimensione fattuale e sociale, e le modalità della tutela, cioè le tecniche giuridiche attraverso cui l'ordinamento lo protegge. Da qui la possibilità di «afferrare» il

loro traduzione in norme giuridiche, ma che il diritto si limita a recepire e disciplinare. Da tale impostazione discende che il diritto penale è funzionale a un determinato assetto sociale: il legislatore può certamente costruire figure di reato, ma non può creare *ex nihilo* i valori da tutelare, i quali possiedono già un significato nella realtà sociale. Ne consegue che non è possibile operare una distinzione rigida tra beni o interessi "universalmente riconosciuti" e beni che non lo sono; è invece sempre possibile individuare, al di là della formulazione normativa, le situazioni e i processi sociali su cui il diritto interviene, nonché i valori che intende proteggere nella loro dimensione fattuale, sociale e culturale.

Può dunque accadere che reati comunemente qualificati come "naturali" dalla generalità dei consociati risultino, invece, artificiali agli occhi di individui appartenenti a contesti culturali differenti. Il riferimento alla "universale percepibilità" del disvalore è, infatti, inevitabilmente ancorato alla cultura di maggioranza[146]. Anche quando il bene giuridico sia astrattamente riconosciuto come "universale", si pensi alla vita o all'integrità fisica, il diritto penale seleziona specifiche modalità di aggressione rilevanti, e tale selezione avviene sempre all'interno di un determinato orizzonte culturale, che è quello dominante.

A ciò si aggiunga che, a seguito della riforma del 2025, l'introduzione dell'aggravante di genere inserisce, in relazione a fatti rientranti nella categoria dei delitti "naturali", un elemento fortemente radicato in dinamiche sociali storicamente e geograficamente determinate. Pertanto, nei casi di violenza di genere, generalmente ricondotti alla categoria dei reati "naturali", il richiamo alla presunta evidenza del disvalore rischia di tradursi in null'altro che un *escamotage* per ricondurre la questione all'errore di divieto (inescusabile), evitando di interrogarsi sull'effettiva

---

bene giuridico nella sua consistenza di fatto, indipendentemente dalla conoscenza della sua protezione normativa, diventa possibile distinguere tra coscienza dell'offesa e coscienza dell'antigiuridicità. Sulla coscienza dell'offesa come consapevolezza di recare un «pregiudizio, effettivo o potenziale, ad interessi percepiti nella loro dimensione sociale» anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 380.

[146] *Ex multiis*, A. BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale",* cit., p. 27, sottolinea come il rigoroso rispetto del principio di colpevolezza, inteso quale limite al potere punitivo dello Stato, dovrebbe condurre all'esclusione della punibilità tanto nel caso in cui il soggetto non abbia interiorizzato i valori alla base dei c.d. reati "naturali", quanto in quello in cui non conosca i c.d. reati "artificiali". Da ciò deriva la «scomoda alternativa» in cui il diritto penale si trova a operare: «assumere il ruolo di "spada" nei confronti dei soggetti in questione e dei loro diritti fondamentali per non smentire il suo ruolo di "scudo" nei confronti dei beni tutelati dalle norme penali, ovvero assumere il ruolo di "scudo" nei confronti dei suddetti soggetti incolpevolmente ignari del divieto penale, accettando quindi il sacrificio di beni giuridici meritevoli di tutela».

rappresentazione dell'offesa (comprensiva del carattere discriminatorio dell'atto) da parte dell'agente.

L'autore culturalmente motivato può, dunque, essere consapevole della contrarietà della propria condotta alla legge penale dell'ordinamento di accoglienza (e avere quindi coscienza dell'illiceità), senza tuttavia condividere la medesima percezione del disvalore attribuita a tale condotta, proprio perché agisce in conformità agli imperativi della cultura di appartenenza[147], che considera quell'azione giustificata e non offensiva. Non rileva, però, ai fini della coscienza dell'offesa, l'opinione che l'autore culturalmente motivato possa avere circa la "giustizia" della propria condotta[148].

Tale profilo può semmai assumere rilievo nella fase della valutazione del rimprovero, ove si consideri l'eventuale assenza, nell'agente, di un atteggiamento di ribellione o di disinteresse nei confronti dei valori tutelati dall'ordinamento, come avviene nel caso del c.d. delinquente per convinzione. Non sempre, infatti, è possibile individuare, alla base del fatto doloso dell'autore culturalmente motivato, un atteggiamento di deliberata contrapposizione rispetto alla società di accoglienza.

Ai fini dell'attribuzione della responsabilità penale, può dunque essere valutato, in senso favorevole[149], il fatto che il contrasto con il sistema non costituisca espressione di ostilità verso i valori protetti, ma sia il risultato di una mancata percezione del disvalore della condotta[150]. Tale profilo attiene, però, al piano della colpevolezza: si tratta, infatti, di stabilire quale rilievo attribuire a differenti parametri di percezione del disvalore, non già fattuale, bensì normativo.

---

[147] C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 219, riporta l'esempio fatto da T. PITCH, *Il trattamento giuridico delle mutilazioni genitali femminili*, in *Questione Giustizia*, n. 3/2001, p. 506, sui genitori che sottopongono le figlie ad interventi di mutilazioni genitali: essi «non solo non pensano di "far male": sono convinti di agire per il bene delle figlie (…) le ragazze non mutilate rischiano l'isolamento dalla loro comunità, non "possono trovare marito", non sono considerate veramente donne».

[148] T. PADOVANI, *In tema di coscienza dell'offesa e teoria del dolo*, in *Cass. pen*., n. 3/1979, p. 325, neanche la coscienza dell'offesa è esclusa dalle convinzioni soggettive dell'agente, poiché non rileva la sua personale valutazione del fatto, ma la percezione del disvalore secondo parametri oggettivi, ricostruiti attraverso la c.d. valutazione parallela nella sfera laica. Infatti, anche chi giustifica "ideologicamente" la propria condotta resta consapevole dell'offesa se percepisce, secondo l'esperienza comune, la natura lesiva del comportamento.

[149] Per il superamento di concezioni che ancorano l'attribuzione della responsabilità penale al carattere antisociale dell'agente, M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano 1951, pp. 107-108.

[150] C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., pp. 224-226 supera la distinzione tra reati naturali e artificiali sul piano probatorio, ponendo accento esclusivo sulla dimostrazione dell'assenza della consapevolezza dell'offesa dell'autore culturale, mediante la prova della "coincidenza di reazione" tra motivo culturale espresso dal singolo e cultura del gruppo di riferimento.

Non appare risolutivo neppure il ricorso a strumenti di semplificazione processuale[151]. In sede di accertamento del dolo, nei casi in cui la coincidenza tra tipicità e offesa risulti particolarmente evidente, come nei reati "naturali", si tende a ritenere sussistente l'atteggiamento psicologico rispetto all'offesa una volta accertate la coscienza e la volontà del fatto tipico. Alla luce dell'analisi di Franco Bricola, tale schema presuntivo è ammissibile in quanto fondato su una massima di esperienza e non implica alcuna inversione dell'onere della prova.

Tuttavia, anche questa regola di esperienza è costruita sulla base della cultura di maggioranza. Ne consegue che, in presenza di un agente appartenente a un diverso contesto culturale, ci si colloca in una sorta di area di eccezione rispetto a tale regola. In simili ipotesi, non è possibile fare automatico affidamento sulla semplificazione probatoria[152]; diviene invece necessario procedere a un accertamento pieno del dolo, secondo la struttura delineata dalla dottrina richiamata: un'indagine che, muovendo dalla rappresentazione del fatto, si estenda alla verifica concreta della rappresentazione dell'offesa, tenendo conto anche della personalità dell'agente e del suo contesto culturale di appartenenza, ancora rilevanti sul piano della colpevolezza[153].

2. Il fattore culturale nell'antigiuridicità

La funzione politico-criminale attribuita all'antigiuridicità consiste nella regolazione dei conflitti tra interessi contrapposti[154], da svolgersi alla luce di prospettive personalistico-solidaristiche[155]. Si pone, pertanto, il problema di individuare quale ruolo possa assumere, all'interno di questo bilanciamento, il fattore culturale. La questione emerge in particolare con riferimento a due cause di giustificazione: il consenso dell'avente diritto e l'esercizio di un diritto.

La sentenza Bajrami, così denominata dal nome dell'imputato di origine albanese[156], offre un'occasione significativa per affrontare il tema delle cosiddette scriminanti culturali. Nella pronuncia si afferma che il reato di maltrattamenti in famiglia *ex* art. 572 c.p. non possa essere scriminato dal consenso dell'avente diritto,

[151] F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., pp. 107 ss.
[152] T. PADOVANI, *In tema di coscienza dell'offesa e teoria del dolo*, cit., pp. 326-327.
[153] F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., pp. 36 ss.
[154] C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., pp. 53 ss.
[155] S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 191.
[156] Cass. pen. sez. VI, 20 ottobre 1999, n. 3398, in *CED Cass. pen.* 2000 - *Cass. pen.* 2002.

neppure ove si invochi l'esistenza, nel Paese di origine, di una diversa concezione dei rapporti familiari e dei poteri del capo famiglia, in base alla quale condotte che l'ordinamento italiano qualifica come penalmente rilevanti sarebbero invece considerate socialmente accettabili. La difesa, in particolare, sottolineava che «i familiari possono validamente disporre della gerarchia e delle abitudini di vita interne al loro nucleo, senza che interventi esterni possano giungere a sanzionare comportamenti percepiti come legittimi».

Sono gli articoli 2 e 3 della Costituzione, relativi alla pari dignità sociale, all'eguaglianza senza distinzione di sesso e al compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli che limitano di fatto libertà ed eguaglianza impedendo il pieno sviluppo della personalità umana, nonché gli articoli 29 e 30 Cost. in tema di famiglia, a fungere anche in quest'occasione da «sbarramento invalicabile contro l'introduzione, di diritto o di fatto, nella società civile, di consuetudini, prassi e costumi che appaiono "barbari" alla luce dei risultati raggiunti nel corso dei secoli nell'affermazione dei diritti inviolabili della persona»[157].

A giudizio di chi scrive, il giudice si è mostrato particolarmente intransigente, assumendo un atteggiamento di forte chiusura rispetto alla presa in considerazione del fattore culturale. Egli ha infatti affermato che, «in modo assoluto», l'obbligatorietà dell'azione penale e il principio di territorialità impediscono l'ingresso nell'ordinamento italiano di «comportamenti illegittimi, apoditticamente supposti come "legittimi" in altri ordinamenti»[158]. Si tratta, a tutti gli effetti, di una presa di posizione a favore della cultura e dell'ordinamento maggioritario, nell'ottica di escludere anche solo la considerazione del fattore culturale, evocando il rischio di un «imbarbarimento del diritto e della giurisprudenza»[159] qualora si consentisse l'ingresso di comportamenti lesivi di beni giuridici fondamentali.

Al di là dell'atteggiamento del giudicante, che lascia trasparire una certa inclinazione moralizzatrice[160], apertamente schierata contro una cultura "altra", non solo ritenuta negativa perché portatrice di comportamenti vietati dall'ordinamento italiano,

[157] Cass. pen., sez. VI, 8 novembre 2002, n. 55, in *Riv. pen*. 2003, 220.
[158] In questi termini la sent. Bajrami, n. 3398/1999.
[159] *Ibidem*.
[160] D. BRUNELLI, *Divagazioni sulle "dimensioni parallele" della responsabilità penale, tra ansie di giustizia, spinte moralistiche e colpevolezza normativa*, in *Dir. pen. cont*., n. 2/2017, pp. 9 ss. sull'impiego da parte della giurisprudenza di veri e propri parametri morali di giudizio.

ma anche considerata arrogante nel tentativo di farli penetrare attraverso le strutture del diritto, si rileva come venga richiamata, senza adeguato approfondimento, la dottrina dello "sbarramento invalicabile"[161].

2.1. Il consenso dell'avente diritto nella struttura del reato

Quando, in diritto penale, si parla di consenso, il primo riferimento codicistico è all'art. 50 c.p., generalmente ricondotto alla categoria delle scriminanti. Già autorevole dottrina, che ha ricostruito la categoria delle scriminanti alla luce della funzione di integrazione sociale della pena, ha sottolineato come l'efficacia scriminante del consenso trovi il proprio fondamento proprio nella teoria della pena: l'offesa di un bene disponibile, che avvenga con il consenso del titolare, non turba la coscienza sociale né, sotto il profilo della prevenzione speciale, richiede un intervento rieducativo nei confronti dell'agente[162].

La dottrina maggioritaria[163], tuttavia, distingue il consenso, idoneo a escludere l'antigiuridicità del fatto, da un consenso qualitativamente diverso, che incide invece sulla tipicità. È la distinzione che, nella dottrina tedesca, si esprime nel binomio *rechtfertigende Einwilligung* e *tatbestandsausschließendes Einverständnis*[164]. Tra le principali conseguenze di tale distinzione si annovera l'impermeabilità dell'*Einverständnis* ai vizi della volontà, in quanto privo del carattere normativo proprio dell'*Einwilligung*, espressione dell'*Autonomieprinzip*, quale corollario dell'autodeterminazione personale[165].

Alla luce di tali rilievi, si ritiene condivisibile la prospettiva di autorevole dottrina tedesca che esclude una reale distinzione tra *Einwilligung* ed *Einverständnis*[166]. Sebbene, infatti, la possibilità di ricondurre il consenso all'ambito delle cause di

[161] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 376, riscontra carenze argomentative nelle pronunce della giurisprudenza di legittimità.
[162] S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 197.
[163] Nella manualistica italiana, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale,* cit*.,* p. 281; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 346; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 327; F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, cit., p. 249.
[164] Per una rassegna delle teorie sul consenso come causa di giustificazione, si rimanda a C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht*, cit., § 13 Rn. 15 – 18.
[165] *Ex multis*, J. WESSELS, W. BEULKE, H. SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg 2024, Rn. 552 – 583.
[166] C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., § 13 Rn. 2 – 32; C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli 1996, pp. 119 – 138.

giustificazione sia variamente sostenuta[167], tale distinzione dai contorni incerti non appare convincente: tanto entrare in casa altrui con il permesso del proprietario, quanto chiudere una persona in una stanza su sua richiesta, costituiscono legittimi atti di disposizione del bene da parte del titolare[168], tali da incidere già sul piano della tipicità, privando l'intero fatto del suo disvalore[169].

Questa ricostruzione risulta inoltre coerente con una concezione del bene giuridico inteso in funzione dello sviluppo della persona[170]: finché un'azione rappresenta esercizio del potere di disposizione del bene da parte del legittimo titolare, essa, nei limiti normativamente stabiliti, non contrasta con il libero sviluppo della personalità, ma ne costituisce espressione[171].

La dottrina qui richiamata, tuttavia, non arresta il discorso sul consenso al livello della tipicità, ammettendo, con riferimento al consenso presunto, una sua autonomia dommatica, tale da consentirne l'inquadramento tra le cause di giustificazione, seppure

---

[167] F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Milano 1995, pp. 29 ss. sulle concezioni che negano al consenso valore di causa di giustificazione.

[168] C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht*, cit., § 13 Rn. 32, ove si sottolinea che, stante la riconduzione ad unità dei "consensi", non tutte le ipotesi di manifestazione di volontà rispondono alle stesse regole, data la varietà delle fattispecie in cui il consenso del titolare del bene viene in rilievo e la specificità delle relative questioni che possono sorgere. È indubbio, infatti, che il consenso ad un atto sessuale ponga problemi completamente diversi rispetto, ad esempio, al consenso che vale ad escludere una lesione personale.

[169] C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., p. 129, un consenso efficace farebbe venir meno il disvalore di evento e, di conseguenza, mancando la volontà dell'agente a cagionare quest'ultimo, verrà meno anche il disvalore d'azione.

[170] C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht*, cit., § 13 Rn. 14 riprendono RUDOLPHI, ZStW 86 (1974), 87, per il quale "il bene giuridico e il potere di disposizione su di esso non solo formano un'unità, ma l'oggetto della disposizione e il potere di disporne, nella loro reciproca relazione, costituiscono essi stessi il bene giuridico protetto dalla fattispecie". D. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli 1961, pp. 259-260, riprende Statenwwerth sottolineando che l'aggressione a beni o interessi "disponibili", nel senso "che il singolo dispone della tutela", costituiscono illecito solo quando quest'aggressione significhi disconoscimento della persona autonoma del soggetto, in quanto "il consenso giustificante esclude appunto la violazione di questa sfera dell'autonomia". R. DOLCE, *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, Milano 1957, pp. 150-151, riprende F. GRISPIGNI, *Il consenso dell'offeso,* Roma 1924, pp. 94 ss., e riconduce il consenso all'esercizio di un diritto, nella misura in cui il compimento dell'azione consentita costituisce un'ipotesi di esercizio di un diritto di libertà: di fronte al diritto (del titolare del bene e del co-titolare Stato) che terzi si astengano a offendere i beni giudici e al corrispondente dovere degli altri di astenersi, mediante la prestazione del consenso questo rapporto "si modifica": viene meno il dovere dei destinatari di astenersi dall'offesa al bene, che acquistano il corrispettivo diritto di omissione da parte di terzi di ogni atto che possa impedire il compimento dell'azione.

[171] C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., p. 126; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., pp. 188-189, parla della rinnovata rilevanza della vittima nel prestare il consenso alla lesione in termini di una corrosione della tenuta del bene giuridico, in quanto incidente non solo sulla legittimità dell'intervento penale quanto proprio sul reale bisogno di tutela di quel bene: «la rinuncia alla protezione proviene da un soggetto che appartiene ad un gruppo etnico di minoranza: tramite il consenso ad atti lesivi della propria integrità fisica, l'autore culturale chiede il riconoscimento della sua identità etnico-culturale».

a determinate condizioni. In tali ipotesi, infatti, non rileva la volontà effettiva del titolare del bene, bensì la posizione del soggetto agente che ritiene di operare nel suo interesse[172]. Tale convincimento, per produrre un effetto scriminante, deve condurre alla medesima conclusione cui sarebbe pervenuto il titolare se avesse avuto piena conoscenza della situazione.

Ad ogni modo, questa ipotesi esula dal presente ambito di indagine, poiché attiene prevalentemente a uno schema di condotta, quello della *negotiorum gestio*, dell'agire nell'altrui interesse, che non si riscontra nelle dinamiche proprie delle ipotesi di violenza di genere, nelle quali l'agente agisce nel proprio interesse, esercitando la propria libertà a danno dell'integrità fisica, psicologica e sessuale della donna. Nelle ipotesi di violenza di genere o di pratiche culturalmente motivate, infatti, il problema non riguarda soltanto l'erronea supposizione della volontà altrui, ma anche la validità e la libertà del consenso effettivamente prestato.

Sebbene la configurabilità di un consenso presunto nell'agire nel proprio interesse non incontri unanime favore[173], la dottrina qui seguita ne esclude la possibilità quando le circostanze concrete non consentano di ritenere che il titolare del bene giuridico sarebbe stato consenziente, poiché, in presenza di una condotta egoistica, non è prospettabile alcun vantaggio per quest'ultimo[174].

2.1.1. Il consenso alla lesione di beni indisponibili

A tal proposito, uno dei principali argomenti contrari allo spostamento del consenso *ex* art. 50 c.p. al livello delle scriminanti è rappresentato dall'impossibilità di riconoscergli la medesima funzione politico-criminale di bilanciamento di interessi propria delle cause di giustificazione.

---

[172] C. ROXIN*, Antigiuridicità e cause di giustificazione, cit.*, pp. 157 – 158.

[173] C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht*, cit., § 18 Rn. 17, da un lato si invita alla cautela nell'affermare la rilevanza di un consenso presunto *"bei eigennützigem",* poiché anche in tal caso non si può prescindere dalla ricostruzione della volontà ipotetica del titolare del bene giuridico, dall'altro affermare che in presenza di una condotta egoistica non possa mai configurarsi un consenso presunto equivale a presumere che nessuno possa mai agire altruisticamente nei confronti dell'altro, sacrificando qualcosa di proprio a beneficio di qualcun altro.

[174] C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht*, cit., § 18 Rn. 28, a titolo esemplificativo delle conclusioni richiamate, si precisa che una stretta conoscenza tra i soggetti coinvolti, consente di presumere un consenso soltanto quando la lesione agli interessi del titolare del bene giuridico risulti del tutto trascurabile, poiché non ci si può esimere dall'esigere circostanze particolari ulteriori laddove la disposizione di un bene altrui presenti un rilievo più significativo.

La dimensione conflittuale tipica dell'antigiuridicità viene, così, recuperata da una parte della dottrina attraverso la categoria delle c.d. situazioni quasi scriminanti: si fa riferimento a realizzazioni incomplete di una causa di giustificazione che, sul presupposto della graduabilità e misurabilità dell'antigiuridicità, risultano comunque idonee a incidere in senso favorevole sul piano sanzionatorio[175].

È d'immediata percezione che il ricorso a tale categoria si rivela particolarmente utile nell'analisi delle lesioni culturalmente motivate di diritti indisponibili. Non tutta la dottrina, peraltro, concorda sulla percorribilità di questa impostazione e sulle incertezze che essa comporta[176]. Una critica condivisibile riguarda, infatti, il rischio di una ipervalutazione del fattore culturale nella valutazione della graduabilità dell'antigiuridicità: vi è, infatti, il pericolo di attribuire un peso eccessivo al condizionamento culturale[177], scivolando verso forme di relativismo suscettibili di tradursi in significative attenuazioni sanzionatorie.

---

[175] G. MARINUCCI, voce *Antigiuridicità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, 1987, p. 186, evidenzia che l'unica soluzione *de lege lata* è costituita dalla categoria delle circostanze attenuanti generiche *ex* art. 62-*bis* c.p.; F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 382; analogamente, F. SCHIAFFO, *Le situazioni "quasi scriminanti" nella sistematica teleologica del reato: contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli 1998, pp. 286 ss. che de *lege ferenda* evidenzia che si potrebbe dare un generale rilievo attenuante alle situazioni di integrazione parziale di una scriminante.

[176] G. MARINUCCI, voce *Antigiuridicità*, cit., p. 186, distingue tra la graduazione dell'antigiuridicità, in termini analoghi a quanto avviene per la colpevolezza, e l'introduzione di vere e proprie scriminanti extralegali. Mentre, in Italia, il tentativo di introdurre queste ultime mediante interpretazione analogica non ha avuto successo, in quanto ritenuto incompatibile con il principio di certezza del diritto proprio del modello penale liberale; ha invece trovato maggiore accoglienza l'idea secondo cui, una volta accertata l'antigiuridicità del fatto, esso possa comunque presentare diversi livelli di disvalore, consentendo così una valutazione più sfumata della sua gravità. A. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale: contributo ad una sistematica teleologica,* Napoli 2000, pp. 460-461, sulla graduabilità funzionale dell'antigiuridicità, tale che la relazione di contrasto tra il fatto e l'ordinamento venga declinata alla luce di esigenze di prevenzione generale e speciale; C. DE MAGLIE*, I reati culturalmente motivati*, cit., p. 69, sotto il profilo politico-criminale, esprime rilievi critici nei confronti della categoria delle "quasi scriminanti", ritenuta eccessivamente generale e non adeguatamente calibrata sulla specificità dei fatti culturalmente motivati. Secondo tale impostazione, il rischio è quello di diluire il problema della criminalità culturale all'interno di una categoria ampia e indifferenziata di fatti "quasi antigiuridici". Tuttavia, questa prospettiva sembra trascurare come le quasi scriminanti sorgano proprio dall'esigenza di superare un approccio meramente formalistico, consentendo una maggiore adattabilità della norma al caso concreto. Per tale ragione, la categoria non appare di per sé meritevole di un giudizio negativo, soprattutto nella prospettiva di chi ritiene che le peculiarità dei reati culturalmente orientati debbano essere affrontate all'interno delle strutture e delle categorie della dommatica generale, piuttosto che mediante la creazione di modelli autonomi e separati.

[177] A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 122, riporta il caso della reazione di un marito di fede islamica che, dinanzi a un uomo che sollevi il velo della propria moglie, reagisca con violenza cagionandogli lesioni gravi. A una prima lettura, qualora si riconducesse la fattispecie nell'alveo della legittima difesa (dell'onore della donna), sembrerebbe difettare il requisito della proporzione tra offesa e reazione. Tuttavia, il fattore culturale può assumere rilievo nell'interpretazione di tale requisito, ove si tenga conto del precetto religioso che vieta a qualsiasi uomo non *mahram*, ossia non appartenente alla cerchia familiare della donna, di vederla senza velo. In questa prospettiva, la valutazione della

Per quanto attiene al consenso dell'avente diritto, dunque, la questione centrale ruota attorno alla disponibilità del bene alla cui lesione si presta il consenso. Il principale riferimento normativo in tema è costituito dall'art. 5 c.c., che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo "quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume".

Viene così in rilievo la possibilità di ricondurre tale situazione nell'ambito delle situazioni "quasi scriminanti", riportando il consenso nella dimensione dell'antigiuridicità. Non viene, infatti, escluso che il consenso incida già sul piano della tipicità, in quanto suscettibile di riflettersi sull'offesa; tuttavia, la valutazione si trasferisce sul terreno dell'antigiuridicità quando i limiti alla disponibilità del bene siano posti direttamente dalla legge, come avviene nell'art. 5 c.c., che richiama il buon costume e l'ordine pubblico. Si recupera così la dimensione conflittuale propria del secondo livello del reato, attraverso la contrapposizione tra l'interesse del titolare del bene e l'interesse ulteriore cui è connessa l'indisponibilità del bene stesso[178].

In tali ipotesi, dunque, il consenso non produrrebbe effetti scriminanti e la rilevanza penale si affermerebbe pienamente; tuttavia, l'autodeterminazione del soggetto viene comunque valorizzata attraverso una riduzione della pena, risultando insufficiente a escluderla del tutto, ma idonea a incidere sul trattamento sanzionatorio[179].

Diversamente, vi sono ipotesi in cui il consenso va considerato del tutto privo di efficacia, sia sul piano della tipicità sia su quello dell'antigiuridicità, poiché l'ordinamento considera il soggetto come meritevole di protezione anche contro la

---

proporzione non può prescindere dal contesto culturale e normativo di riferimento e consente di distinguere tale ipotesi da altre apparentemente analoghe: si pensi, ad esempio, al caso di un giovane che reagisca accoltellando un passante colpevole di aver rivolto un apprezzamento alla sua fidanzata. In quest'ultima situazione, pur affondando anch'essa le radici in una concezione patriarcale e superata dell'onore, non è possibile riconoscere alcuna rilevanza scriminante al fattore culturale perché non rientra nella concezione di cultura penalmente rilevante.

[178] F. SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato*, cit., pp. 254-255, utilizza un'immagine efficace per evidenziare il conflitto di interessi che viene in rilievo. Si evidenzia che, anche in presenza di beni individuali, quali l'integrità fisica ad esempio, il consenso alla loro lesione è in grado di ridurre il disvalore del fatto, senza però eliminarlo del tutto: permarrebbe un disvalore residuo, prossimo alla soglia della rilevanza penale, che viene definitivamente superata quando si aggiunge la contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume.

[179] *Ivi*, pp. 256-257.

propria volontà[180]: si pensi, ad esempio, agli atti sessuali con minorenne *ex* art. 609-*quater* c.p., nei quali il consenso assume rilevanza penale solo al raggiungimento di determinate soglie di età, in questo caso il consenso non entra neanche nel giudizio di tipicità, perché il bene dell'autodeterminazione sessuale del minore non è disponibile, e quest'ultimo è considerato meritevole di protezione rafforzata.

Occorre, però, puntualizzare che il riconoscimento della categoria delle quasi scriminanti è collegata alla riscoperta dell'elemento soggettivo anche nel livello dell'antigiuridicità. Infatti, mentre Claus Roxin riconduce le funzioni di prevenzione positiva della pena alla sola colpevolezza, nella dottrina italiana Sergio Moccia le considera invece imprescindibili per la rielaborazione di tutte le categorie del reato[181]; di conseguenza, anche le cause di giustificazione non fanno eccezione.

Sotto questo profilo assume rilievo il processo motivazionale dell'autore del fatto, dal quale deve emergere la sua «capacità di autodeterminarsi alla non lesione del bene giuridico»[182]. Rileva, pertanto, non soltanto quella che viene definita la rappresentazione della "meta" dell'azione, ma anche il giudizio positivo su di essa e, quindi, una volontà orientata in tal senso, sulla cui base il soggetto si determina ad agire.

È in questi termini che viene ricostruito quel valore d'azione idoneo ad "annullare" il disvalore dell'azione individuato sul piano della tipicità, quasi sovrapponendosi ad esso[183]. I motivi soggettivi, tra i quali potrebbero rientrare anche l'influenza di regole e tradizioni culturali, possono allora assumere rilievo quali criteri attraverso cui ricostruire la formazione della volontà; ma non sono di per sé sufficienti a fondare quel valore d'azione che, in presenza di un'offesa, pur non escludendo l'antigiuridicità, contribuisce eventualmente ad attenuarla.

Ciò si spiega considerando che, ove la pena abbia funzioni preventive, l'elemento soggettivo delle cause di giustificazione deve essere ricostruito valorizzando il fatto che l'effetto della propria condotta (ad esempio, il salvare sé stessi o altri da un'offesa ingiusta o da un grave danno alla persona), pur passando necessariamente

[180] *Ibidem.*
[181] Si rinvia a S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 115 – 116; 191 ss.
[182] F. SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato*, cit., p. 188.
[183] *Ivi*, pp. 184 -185.

attraverso la lesione di un bene giuridico, sia stato oggetto di rappresentazione e che proprio tale rappresentazione abbia determinato la volontà di agire[184]. Si tratta, dunque, di una valutazione normativa, che non guarda all'osservanza di una norma morale o culturale.

La via delle quasi scriminanti non risulterebbe, invece, preclusa nel caso in cui una donna adulta richieda mutilazioni genitali femminili[185]. In tale ambito, però, il nodo centrale non è tanto la tutela del bene del titolare, quanto la libertà del consenso prestato a questo "male". Occorre, infatti, verificare se e in quale misura l'influenza della comunità di appartenenza abbia inciso sul processo di formazione della volontà.

È evidente che parlare di spontaneità in senso assoluto risulta problematico, poiché ogni individuo è inevitabilmente influenzato dal proprio contesto culturale. L'indagine deve dunque concentrarsi sulla compatibilità di tale influenza con i diritti umani fondamentali, verificando se essa si sia tradotta in minaccia, pressione indebita o coazione, fisica o psichica, tali da compromettere l'autodeterminazione[186].

2.1.2. L'indisponibilità del bene e la ritrovata centralità del titolare

Come già evidenziato, la giurisprudenza di legittimità[187] ha affermato che il consenso non può oltrepassare la soglia dei diritti inviolabili della persona.

Non appare risolutivo, in tal caso, neppure il ricorso alla categoria del "consenso svantaggioso" per il titolare del bene, considerata la difficoltà di delimitare l'intervento dell'ordinamento giuridico senza incorrere nel rischio di derive paternalistiche[188]. In tal modo, infatti, si finirebbe per ricercare una sorta di "vero interesse" del soggetto al di fuori della sua autodeterminazione personale, sostituendolo con ciò che l'ordinamento ritiene essere il suo bene alla luce dei propri principi.

---

[184] *Ivi*, pp. 192 ss.
[185] C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 194 considera il caso di una donna maggiorenne che si sottoponga volontariamente a un intervento comportante lesioni lievi degli organi genitali, riconducibile all'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 583-*bis* c.p., purché il fatto non integri pratiche idonee a determinare una diminuzione permanente dell'integrità fisica; G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, cit., p. 195, evidenzia come nel primo progetto di legge fosse prevista l'introduzione di uno specifico profilo scriminante in tal senso; previsione che, tuttavia, non è stata recepita nella formulazione definitiva della norma, verosimilmente in ragione del possibile contrasto con i limiti posti dall'art. 5 c.c.
[186] C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., pp. 195 ss.
[187] Il riferimento è a Cass. pen. sez. I, n. 3398/1999 segnalata in apertura.
[188] C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., pp. 130- 131.

Si pone, dunque, il problema se il diritto penale possa legittimamente intervenire nel caso in cui una donna, aderendo alle norme culturali del gruppo di appartenenza, sopporti e accetti vessazioni lesive della propria integrità fisica, psichica o sessuale, subite in ragione della violazione di norme sociali connesse al suo essere donna.

Appare innanzitutto condivisibile l'impostazione di quella parte della dottrina secondo cui la categoria della disponibilità/indisponibilità si adatta difficilmente ai diritti della personalità, poiché richiama un'impostazione negoziale tipica del diritto civile, da cui deriva anche il limite di cui all'art. 5 c.c. Anche alla luce di tale considerazione, i diritti della persona restano, per loro natura, indisponibili, in quanto inseparabili dal soggetto stesso.

In questa prospettiva, si evidenzia la necessità di svincolare l'approccio penalistico da quello civilistico[189], sottolineando come l'imputazione penale richieda una valorizzazione dei profili di autonomia della persona. Tale esigenza emerge con particolare forza nella rilettura dei limiti dell'art. 5 c.c. alla luce della Costituzione[190]: la persona viene posta al centro del sistema, e con essa il corpo e i beni giuridici ad essa inscindibilmente connessi. Ne consegue la necessità di superare la logica autoritaria e statalista in cui la norma era originariamente inserita, orientandola verso il fondamento personalistico dell'ordinamento costituzionale.

In questa ottica, il punto di partenza non è più il divieto, bensì la libera disponibilità del proprio corpo: il limite posto dalla norma va inteso non come restrizione della libertà individuale, ma come esigenza di impedire che il corpo umano diventi oggetto di diritti altrui[191].

In una prospettiva di contenimento dell'intervento penale, viene dunque valorizzata l'autodeterminazione: la posizione della persona offesa non è trascurata, ma riletta alla luce della sua libertà di scelta[192]. Il titolare del bene giuridico non perde il diritto alla tutela, bensì viene rispettato dall'ordinamento nella sua capacità di

[189] F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, cit., pp. 69 ss.
[190] S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna 2008, p. 219
[191] *Ivi*, pp. 229 ss.; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., pp. 205 ss.
[192] S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., p. 274.

autodeterminarsi, purché tale autodeterminazione sia effettiva e consapevole[193]. In tal senso, si richiede all'ordinamento di rispettare e promuovere la libertà individuale, in linea con la critica al paternalismo già evidenziata[194].

L'importanza dell'autodeterminazione emerge anche nel necessario bilanciamento, in chiave costituzionale, tra le ragioni del consenso e il bene giuridico coinvolto. È stato infatti sottolineato come il problema della disponibilità o indisponibilità di un diritto non possa più essere risolto in astratto, mediante il richiamo a modelli generali o consuetudini, ma debba essere affrontato attraverso un bilanciamento concreto, che tenga conto dei profili fattuali e motivazionali legati all'atto di disposizione. In tale prospettiva, si può giungere ad ammettere un consenso anche oltre i limiti dell'art. 5 c.c., ogniqualvolta il valore dell'interesse perseguito appaia idoneo a bilanciare il sacrificio del diritto leso[195].

Non è tuttavia priva di fondamento la preoccupazione che un'eccessiva valorizzazione dei profili di corresponsabilità della vittima possa indebolire la tutela statale e favorire fenomeni di vittimizzazione secondaria[196]. Nei casi in esame, infatti, non sembra corretto parlare di un vero contributo della vittima alla realizzazione del fatto; al più, si può ravvisare una forma di autoesposizione al pericolo, legata all'inserimento della vittima in un contesto culturale condiviso con l'agente, che tuttavia non equivale a una partecipazione all'illecito. Anzi, il rischio concreto di una tutela che si innesti su un approccio di questo tipo è quello di scivolare in forme di indebita responsabilizzazione della vittima: si finirebbe, infatti, per rimproverarle di non essersi sottratta al contesto violento, di aver interiorizzato una cultura discriminatoria o, addirittura, di "meritare" le conseguenze subite.

---

[193] *Ivi*, pp. 281-282, quanto al ruolo dello Stato, esso non si esplica tanto attraverso divieti di natura sostanziale, quanto piuttosto mediante strumenti di carattere procedurale. L'A. individua, infatti, nelle cosiddette "scriminanti processuali" una possibile soluzione: l'ordinamento, pur non rinunciando al proprio potere di controllo, si limita a predisporre meccanismi idonei a garantire l'effettiva e consapevole manifestazione del consenso, come avviene, ad esempio, nel caso della querela.

[194] Si rimanda alle osservazioni svolte in cap. 2, par. 4.1.

[195] F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, cit., pp. 52, 84-85.

[196] V. DEL TUFO, *Profili critici della vittimo-dommatica: comportamento della vittima e delitto di truffa*, Napoli 1990, p. 272, evidenzia, in particolare, come un'eccessiva valorizzazione dei profili di corresponsabilità della vittima possa rischiare di tradursi in un arretramento della funzione di tutela propria dello Stato, con il pericolo di generare ulteriori fenomeni di vittimizzazione secondaria a danno delle persone offese; O. DI GIOVINE, *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, in *La legislazione penale*, 13 maggio 2019, pp. 20-21, si esprime invece con maggiore cautela in ordine all'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale, soprattutto in termini di tenuta della personalità della responsabilità personale.

Ad ogni modo, non può omettersi di considerare che qualsiasi esclusione della punibilità *ex* art. 50 c.p., anche se ricostruita alla luce del primato della persona, e non di una valutazione esterna dell'ordinamento circa "il suo bene", presuppone che, nella prospettiva della vittima, la realizzazione del fatto corrisponda ad un interesse meritevole di tutela. L'offesa, infatti, viene meno solo nella misura in cui il sacrificio del bene si inserisce nello sviluppo della personalità del soggetto; circostanza che non ricorre nelle ipotesi di violenza di genere in questa sede considerate.

2.2. L'art. 51 c.p. alla prova dei c.d. diritti culturali

Passando ora all'analisi dell'esercizio di un diritto *ex* art. 51 c.p., un significativo riferimento giurisprudenziale è rappresentato dalla sentenza n. 14960/2015 della terza sezione della Cassazione[197]. Nel caso di specie, l'imputato e la sua difesa sostenevano che i comportamenti tenuti nei confronti della donna dovessero essere letti alla luce del contesto socio-culturale di appartenenza, nell'ambito del quale la moglie era concepita come oggetto di esclusiva appartenenza del marito. L'imputato affermava, infatti, di aver posto in essere, nel territorio italiano, condotte astrattamente qualificabili come reato per il nostro ordinamento, ma ritenute lecite nel proprio Stato di origine. Si consideri infatti che nel diritto musulmano, i delitti sessuali non presidiano la libertà sessuale, bensì la morale pubblica, analogamente a quanto avveniva nell'ordinamento italiano prima della riforma del 1969, con la conseguenza che tali fattispecie non riguardano ciò che accade all'interno dei rapporti coniugali[198]; da qui la richiesta di riconoscere, alla luce del diverso patrimonio culturale, la scriminante putativa dell'esercizio di un diritto.

La vicenda viene così collocata sin dall'inizio sul piano delle cause di esclusione dell'antigiuridicità, richiamando il principio di unità e non contraddizione dell'ordinamento giuridico[199]: «in una società multietnica non è concepibile la scomposizione dell'ordinamento in altrettanti statuti individuali quante sono le etnie che la compongono, non essendo compatibile con l'unità del tessuto sociale - e quindi con

[197] Cass. pen., sez. III, 29 gennaio 2015, n. 14960, in *Diritto & Giustizia*, 13 aprile 2015, con nota di A. IEVOLELLA, *Coppia marocchina in Italia: lui tiranneggia la moglie. Condannato, nonostante la 'cultura' d'origine.*

[198] M. CATERINI, *Reati culturali: politiche criminali e prassi applicative tra Italia e Germania*, in *Politica del diritto*, n.1/2020 p. 128; per approfondimenti del rapporto tra il diritto di famiglia islamico e l'ordinamento italiano, si rinvia a M. D'ARIENZO, *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, vol. 33, n. 1/2004, pp. 208 ss.

[199] C. FIORE, S. FIORE, Diritto penale, p. 332; G. FIANDACA, E. MUSCO, Diritto penale, cit., p. 200.

l'unità dell'ordinamento giuridico - la convivenza, in un unico contesto civile, di culture tra loro configgenti». Tuttavia, rispetto ad altre pronunce, si registra una maggiore apertura nella considerazione del fattore culturale, che viene analizzato oltre il mero richiamo allo "sbarramento invalicabile" [200].

Se già nel diritto internazionale privato i giudici sono chiamati a valutare la compatibilità di istituti familiari o matrimoniali stranieri con l'ordinamento italiano[201], nel diritto penale tale operazione si presenta ancora più delicata. Ciò emerge con particolare evidenza con riferimento all'art. 51 c.p., che parte della dottrina qualifica come norma penale in bianco[202], in quanto rinvia a fonti esterne per individuare il diritto idoneo a scriminare il fatto tipico.

I problemi principali che vengono in rilievo, dunque, riguardano il bilanciamento tra il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice e quello di cui è espressione il diritto esercitato. In questa prospettiva, con specifico riferimento alle condotte culturalmente motivate incidenti su beni fondamentali della persona, emergono due ordini di questioni: da un lato, il possibile conflitto con norme costituzionali, in particolare con il diritto alla cultura[203]; dall'altro, la rilevanza, ai fini dell'art. 51, di norme provenienti da ordinamenti stranieri, ossia se possa riconoscersi efficacia scriminante all'esercizio di un diritto fondato su una norma, una consuetudine o una fonte appartenente a un diverso sistema giuridico. In entrambi i casi, il diritto esercitato *ex* art. 51 c.p. è destinato a soccombere.

Quanto al primo profilo, il problema consiste nello stabilire se una norma penale posta a tutela di beni fondamentali della persona possa essere scriminata dall'esercizio di un diritto di pari rango costituzionale.

---

[200] F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti,* Torino 2018, p. 32, evidenzia che anche in mancanza di un espresso riconoscimento del fattore culturale quale scriminante, la scelta di ricondurlo nell'ambito dell'antigiuridicità, al fine di negarne la rilevanza, esprime comunque una chiara presa di posizione dell'ordinamento, che non si pone, così, in posizione d'indifferenza rispetto al fenomeno, ma adotta consapevolmente un orientamento di segno contrario.

[201] P. PALERMO, *Parità coniugale e famiglia multiculturale in Italia*, in *Dir. fam*., n. 4/2012, pp. 1869 ss.

[202] A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano 1983, p. 26; C. F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano 1961, p. 199; analogamente D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., p. 360, che vi fa discendere la medesima conseguenza dell'errore sulle norme penali in bianco: l'inescusabilità.

[203] Sulla rilevanza costituzionale del diritto all'identità culturale e religiosa, v. cap. 2, par. 1.2.

Non può omettersi di considerare, innanzitutto, il dato secondo cui la situazione che esclude l'antigiuridicità presuppone che la realizzazione del diritto oggettivo passi necessariamente attraverso la commissione del fatto tipico[204]. In questa prospettiva, per soddisfare esigenze di legalità, l'attività svolta nell'esercizio di un diritto deve, non solo, costituire corretta estrinsecazione delle facoltà inerenti a quel diritto, ma anche risultare assolutamente necessaria, proprio perché comporta la lesione di un bene giuridico altrui. Essa deve, cioè, rappresentare l'ultima *ratio* tra le possibili condotte, pena il mancato riconoscimento dell'effetto giustificante[205].

Anche a voler prescindere, comunque, da una logica di necessità, e dunque ipotizzando un bilanciamento fondato sulla prevalenza del bene gerarchicamente superiore[206], è evidente che tale bene sarà, senza dubbio, quello attinente alla persona, rispetto ad altri interessi, come ad esempio la tutela dell'onore[207].

Quanto al secondo profilo, l'espressione generica "diritto" contenuta nell'art. 51 c.p. è stata interpretata dalla dottrina in senso ampio, come potere giuridico di agire[208], a prescindere dalla sua qualificazione formale o dalla sua fonte. Tuttavia, proprio con riferimento alla fonte, non vi è uniformità di vedute. La dottrina maggioritaria esclude però che possano assumere rilevanza scriminante norme o consuetudini provenienti da ordinamenti stranieri, principalmente in forza del principio di territorialità[209].

2.2.1. Lo *jus corrigendi* tra aperture del passato e resistenze attuali

---

[204] C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 343.

[205] S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., pp. 81-82, considerazioni che valgono, per espressa notazione dell'A., anche per lo *jus corrigendi*.

[206] A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, cit., pp. 30-31, sottolinea che la necessità è un requisito essenziale di altre cause di giustificazione, ma non essendo espressamente prevista per la scriminante di cui all'articolo 51, non è richiesta per quest'ultima.

[207] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 375, evidenzia che se il fatto che si vorrebbe giustificato comporta l'offesa di beni fondamentali e si procede al bilanciamento con il diritto alla propria cultura quest'ultimo è destinato a soccombere; C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali*, cit., p. 273; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 209.

[208] F. MANTOVANI, voce *Esercizio del diritto*, *Enc. Dir.,* XV, 1966, p. 643, tale interpretazione appare coerente con la *ratio legis*, in quanto le esigenze sottese alla scriminante non risultano adeguatamente soddisfatte alla luce dei criteri distintivi del diritto soggettivo elaborati dalle diverse ricostruzioni dottrinali. Ne consegue che sembra preferibile ricondurre nell'ambito dell'art. 51 c.p. ogni comportamento autorizzato dall'ordinamento giuridico, a prescindere dalla qualificazione legislativa o dommatica attribuita a tale autorizzazione; analogamente C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 351; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 287.

[209] G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale,* cit., p. 305; F. MANTOVANI, voce *Esercizio del diritto*, cit., p. 631, ai fini della configurabilità della scriminante, precisa che debba trattarsi di norme coesistenti nello stesso spazio e nello stesso tempo.

Non può, peraltro, omettersi di considerare che i pretesi diritti di correzione ed educazione che taluni autori culturalmente motivati rivendicano nei confronti delle donne appartenenti al proprio nucleo familiare hanno trovato, in passato, una significativa copertura nello *jus corrigendi*. Quest'ultimo è stato a lungo riconosciuto anche nell'ordinamento italiano quale causa di giustificazione ai sensi dell'art. 51 c.p., in termini particolarmente ampi dalla giurisprudenza, soprattutto nell'ambito dei rapporti tra coniugi, almeno fino alle soglie della riforma del diritto di famiglia del 1975[210].

Si è assistito, in argomento, a un importante mutamento di orientamento della giurisprudenza di legittimità, che ha progressivamente escluso non solo un potere di coercizione del marito, ma anche qualsiasi forma di subordinazione della moglie[211]. In questa prospettiva, infatti, il concetto stesso di "abuso" presuppone l'esistenza di un uso legittimo del potere correttivo, che si arresti prima della soglia del pericolo di una malattia del corpo o della mente, rilevante ai fini penali. Già per questo motivo, l'art. 571 c.p. appare anacronistico rispetto all'attuale sensibilità sociale in materia di rapporti familiari ed educativi.

A ciò si aggiunga che ciò pone un problema di collocazione della fattispecie di abuso dei mezzi di correzione e disciplina (analogo a quello posto dai maltrattamenti *ex* art. 572 c.p.), tuttora inserita nel capo dedicato alla famiglia e non, invece, tra i delitti contro la persona. Infatti, in ragione della sua collocazione sistematica, il valore dell'assistenza familiare sembra prevalere sull'integrità fisica della persona; al contrario, nella prospettiva degli eccessi disciplinari, la lesione dell'integrità personale assume un significato meramente strumentale rispetto al soddisfacimento di interessi riconducibili all'assistenza familiare[212].

Si condivide, pertanto, la dottrina che esclude la possibilità di ricavare dall'abuso dei mezzi di correzione o di disciplina *ex* art. 571 c.p. una qualsivoglia forma di scriminante. Stando alla lettera della legge, la condotta non determina un pericolo di malattia del corpo o della mente, essa non assume rilevanza penale, con la conseguenza

---

[210] F. BASILE, *La tutela delle donne dalla violenza dell'uomo: dal Codice Rocco... al Codice Rosso*, cit., pp. 80-81.
[211] Cass. pen., 22 febbraio 1956, con nota di G. PISAPIA, *Norme di diritto e norme di civiltà,* in *Riv. it. dir. pen*. 1957, p. 421; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo I, Torino 2020, p. 468.
[212] G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 464.

che l'uso della forza è tollerato entro tale limite; tuttavia, da ciò non può automaticamente desumersi l'esistenza di un vero e proprio diritto esercitabile ai sensi dell'art. 51 c.p.[213].

In particolare, non è possibile estendere tale impostazione al caso in cui un soggetto, per ragioni culturali, ritenga di esercitare un potere correttivo, ad esempio nei confronti della moglie, trattandosi di una facoltà che il nostro ordinamento non riconosce (più). Ciò è chiaramente escluso anche dalla giurisprudenza, la quale ha progressivamente ridefinito i rapporti tra il reato di abuso dei mezzi di correzione e disciplina e quello di maltrattamenti, restringendo notevolmente l'ambito applicativo del primo[214].

L'esercizio scriminante dello *jus corrigendi*, pertanto, non trova un autonomo fondamento nell'art. 51 c.p., né può essere desunto dall'art. 571 c.p. come una sorta di diritto implicito, tanto più alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale, dottrinale e pedagogica, che ha progressivamente ridimensionato (se non escluso) la legittimità dell'uso della violenza a fini educativi[215].

Non essendo dunque riconosciuto, nel nostro ordinamento, alcun diritto alla correzione mediante violenza, qualora un soggetto culturalmente motivato eserciti violenza, ad esempio nei confronti della moglie o dei figli, ritenendo di agire a fini educativi, non può trovare applicazione neanche l'art. 55 c.p., poiché esso presuppone

[213] F. MANTOVANI, voce *Esercizio del diritto*, cit., pp. 650-653, sottolinea come la norma penale, pur accordando tutela a un determinato interesse, non determini automaticamente la nascita di un diritto soggettivo in capo al titolare. Ne consegue che i c.d. diritti di libertà non assumono di per sé una funzione scriminante: in particolare, la non punibilità delle condotte a finalità correttiva va ricavata direttamente dalla disciplina penale, senza necessità di fare ricorso alla scriminante di cui all'art. 51 c.p.; anche A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, cit., p. 29 richiama l'attenzione sui limiti dell'esercizio del diritto, qualificandoli come limiti interni, inerenti in primo luogo all'ampiezza della sfera di efficacia della norma. In tale prospettiva, l'esercizio del diritto può ritenersi legittimo, e dunque rilevante ai fini dell'art. 51 c.p., solo entro tali confini, restando invece escluso ogni comportamento che si traduca in abuso.

[214] La giurisprudenza di legittimità ricomprende nell'ambito del delitto di maltrattamenti di cui all'art. 572 c.p. l'uso sistematico di violenza, sia fisica sia morale, ancorché sorretto da animus corrigendi, v. da ultimo Cass. pen. sez. VI, 26 febbraio 2026, n. 11361, con nota di G. G. ARANCIO, in *Diritto & Giustizia*, 6 marzo 2026; Cass. pen. sez. VI, 1 luglio 2025, n. 30120, in *CED Cass. pen*. 2025; Cass. pen. sez. VI, 26 settembre 2024, n. 37747, in *CED Cass. pen*. 2024.

[215] G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 464.

l'esistenza di un diritto, che in questo caso deve escludersi[216]. Viene piuttosto in rilievo il tema dell'errore sulla scriminante.

Occorre, pertanto, qualificare l'errore: se si trattasse di errore su una scriminante esistente, ma i cui presupposti non ricorrono, si rientrerebbe nell'art. 59, comma 4, c.p.; ma, poiché il preteso "diritto di correzione" nei confronti della moglie non è previsto dall'ordinamento, il problema è stabilire se ci si trovi di fronte a un errore su una causa di giustificazione inesistente, con le conseguenze che ne derivano sul piano della responsabilità.

2.2.2. L'errore culturalmente motivato sulla scriminante *ex* art. 51 c.p.

Dalla giurisprudenza di legittimità è stato escluso che possa essere invocata, anche in forma putativa, la scriminante dell'esercizio di un diritto incompatibile con le norme dell'ordinamento italiano. Tale conclusione si fonda sull'esigenza di valorizzare, in linea con gli artt. 2 e 3 Cost., la centralità della persona umana quale principio idoneo ad armonizzare le diverse culture e a consentire l'instaurazione di una società civile multietnica[217].

Considerando la peculiare struttura dell'art. 51 c.p., il tema della scriminante putativa s'intreccia con quello della qualificazione dell'errore sulla norma extrapenale, rappresentando un punto di tensione tra antigiuridicità e responsabilità personale. Pertanto, senza alcuna pretesa di esaustività, questa sede si limita a richiamare soltanto alcune delle principali elaborazioni offerte da autorevole dottrina su un tema tra i più complessi della dommatica penale, al solo fine di offrire uno spunto di riflessione in relazione alla questione in esame.

Secondo una parte della dottrina, l'errore sui presupposti di fatto della causa di giustificazione rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 59, comma 4, c.p., inteso come specificazione, in materia di scriminanti, della disciplina generale dell'errore sul

[216] A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, cit., pp. 44- 45, secondo questa impostazione, l'eccesso colposo sussiste solo quando una parte della condotta rientra effettivamente nell'esercizio del diritto, Infatti, superare i limiti posti all'esercizio di un diritto equivale a tenere una condotta al di fuori dello schema legale dell'esercizio del diritto stesso: in altre parole, non si esercita più un diritto. Di conseguenza, la condotta non integra più la scriminante *ex* articolo 51 e diventa penalmente rilevante, *ex* art. 5 c.p., indipendentemente dal fatto che l'eccesso sia doloso o colposo.

[217] Cfr. Cass. pen., sez. III, 12 dicembre 2019 (dep. 5 marzo 2020), n. 8986, in *CED Cass. pen*. 2020; Cass. pen., sez. III, 29 gennaio 2015, n. 14960, con nota di A. IEVOLELLA, in *Diritto & Giustizia*, 13 aprile 2015.

fatto di cui all'art. 47 c.p.[218]. Tali situazioni vengono distinte da quelle in cui il soggetto ritiene che la situazione concreta rientri tra quelle cui l'ordinamento attribuisce efficacia scriminante: in quest'ultimo caso, l'errore ricadrebbe sull'antigiuridicità e assumerebbe la natura di errore di diritto.

Si tratta, dunque, di ipotesi differenti: da un lato, vi è l'ipotesi in cui l'agente, versando in errore sulle circostanze di fatto, ritenga di compiere un fatto lecito, non percependone il disvalore sociale; dall'altro, vi è il caso in cui il soggetto intenda realizzare un fatto consapevole della sua dannosità sociale, ma ritenga erroneamente di trovarsi in presenza di una causa che esclude la punibilità. Alla luce di tale ricostruzione, l'autore che versa in errore ai sensi dell'art. 59, comma 4, c.p., analogamente a chi si trova in errore sul fatto, non si rappresenta una situazione illecita, bensì un fatto del tutto lecito, con conseguente esclusione del dolo.

Un diverso orientamento sottolinea, invece, il carattere fortemente normativo dell'art. 51 c.p., osservando come l'integrazione con la norma extrapenale sia tale da rendere quest'ultima parte integrante della norma scriminante. In questa prospettiva, non sarebbe possibile parlare di errore su un elemento normativo, bensì di errore sull'antigiuridicità della situazione concreta[219].

Anche secondo un'altra impostazione tale errore non escluderebbe il dolo, nella misura in cui il soggetto si rappresenta integralmente il fatto tipico e agisce consapevolmente, versando in errore sulla liceità del comportamento. La questione si sposterebbe, dunque, sul piano della colpevolezza, configurandosi come errore sul divieto e ponendo al più un problema di "rimproverabilità", in termini di esigibilità di una valutazione conforme al diritto[220].

---

[218] G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 276-277.

[219] A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, cit., p. 41, per il quale poiché assume rilievo soltanto l'errore sulla base del quale si ritiene sussistente una situazione di fatto in presenza della quale sarebbe possibile esercitare un diritto, non ha invece rilievo l'errore che incide sul diritto stesso, cioè sulla sua esistenza o sui suoi limiti, perché in tal caso si tratta di errore *ex* art. 5 c.p.

[220] In questi termini C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., pp. 464-465, si assimilano le due posizioni perché in entrambi i casi il soggetto agente non sarebbe motivabile dalla norma incriminatrice: *ex* art. 5 c.p. perché non ne conosce l'esistenza, *ex* art. 59, comma 4 c.p. perché pensa che l'efficacia del divieto sia paralizzata dall'esistenza di una norma autorizzatrice.

Diversamente, una parte della dottrina ritiene che l'errore sulle scriminanti escluda il c.d. dolo d'illecito[221], poiché l'agente, analogamente a quanto accade nell'errore sul fatto, non percepisce la dannosità sociale della condotta[222]. In tale prospettiva, il disvalore di azione e il disvalore di evento propri del fatto tipico vengono bilanciati dal valore di azione e dal valore di evento espressi dalla scriminante[223]. Nel caso di erronea supposizione di una causa di giustificazione, il valore di azione è presente, mentre ciò che manca è il valore di evento. Non viene meno, dunque, la volontà del fatto tipico, ma viene meno la volontà del fatto illecito: il disvalore di evento permane, mentre il disvalore di azione si attenua o si esclude, con conseguente riduzione del bisogno di pena, poiché il soggetto non agisce con intenzione criminosa [224]. Il dolo dell'illecito, infatti, è più ampio del dolo del fatto tipico e lo ricomprende[225].

Secondo questa impostazione, però, l'errore su un elemento normativo della scriminante o sulla sua estensione costituisce un errore sulla norma scriminante[226]. È proprio questo il caso del soggetto che, per ragioni culturali, ritenga, ad esempio, che il bene dell'onore sia prevalente rispetto alla vita della moglie e agisca nella convinzione

---

[221] A. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale*, cit., pp. 505 ss.; analogamente, seppur alla luce di una diversa impostazione della struttura del reato, G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*, 1983, pp. 1190-1240. Nella dottrina tedesca, C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., pp. 52 ss.

[222] A. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale*, cit., pp. 512 – 514; diversamente C. F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., pp. 73-74, individua nell'errore sulle scriminanti una causa di esclusione del dolo in quanto vi individua un tipo di errore sul fatto, strutturando la sua impostazione sul modello della dottrina degli elementi negativi del fatto, tale da ricostruire quest'ultimo e il relativo errore come un quid unitario, perché comprendente requisiti positivi ed elementi negativi.

[223] A. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale*, cit., pp. 469-473, sottolinea che il giudizio di antigiuridicità, infatti, presuppone il fatto tipico, che a sua volta si compone di disvalore di azione e disvalore di evento. Specularmente, le cause di giustificazione operano sulla base di un valore di azione e di un valore di evento orientati alla tutela di un interesse prevalente. Esse si riferiscono, cioè, alla protezione di beni giuridici che l'ordinamento reputa, nel caso concreto, prevalenti rispetto a quelli tutelati dalla norma incriminatrice. Sull'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione idoneo a controbilanciare il disvalore di azione del fatto tipico, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 203-205. Per C. F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., p. 189, invece, il dolo viene escluso ove l'agente supponga, simmetricamente all'assenza di un elemento del fatto, la presenza di una causa di giustificazione che incide in termini negativi sui requisiti positivi del fatto.

[224] A. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale*, cit., pp. 506- 509.

[225] *Ivi*, pp. 520 ss., Affinché l'errore sia scusabile, tuttavia, esso deve essere inevitabile. L'errore colposo non elimina la volontà del fatto tipico. Se chiunque, posto nella medesima situazione concreta dell'agente al momento della condotta, avrebbe supposto la presenza degli elementi oggettivi della scriminante, allora l'azione realizza un valore di azione, pur non essendo in concreto idonea a tutelare l'interesse scriminante. Nel caso di errore inevitabile sulle scriminanti, l'azione non realizza la tutela dell'interesse prevalente, ma la volontà dell'agente resta orientata verso quel valore. Questo quando l'errore verte sui presupposti oggettivi di una causa di giustificazione.

[226] *Ivi*, pp. 536 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale,* cit., pp. 373 – 374.

di esercitare un diritto che, in realtà, non esiste, mancando qualsiasi proporzione tra i beni in gioco.

In una simile ipotesi, dunque, è difficile sostenere l'assenza del dolo. Sebbene il soggetto non sia consapevole della dannosità sociale del fatto e ritenga di perseguire un interesse (dal suo punto di vista, prevalente), egli non commette un errore sui fatti: è infatti pienamente consapevole di togliere la vita alla moglie, né si sbaglia sui presupposti oggettivi di una scriminante riconosciuta dall'ordinamento. Piuttosto, l'errore riguarda la valutazione normativa, poiché attribuisce al proprio comportamento una liceità che l'ordinamento non contempla. Ciò rende, però, tale errore strutturalmente vicino all'errore sul divieto *ex* art. 5 c.p., ossia all'erronea convinzione che il fatto non sia vietato.

È stata inoltre esclusa, da parte della dottrina, la possibilità di ricorrere all'art. 47, comma 3, c.p. nei casi in cui il soggetto ritenga di esercitare un diritto inesistente nell'ordinamento, per effetto di un'erronea interpretazione di una norma extrapenale[227]. Il punto decisivo riguarda, infatti, la funzione della norma extrapenale: quando essa si limita a definire un elemento della fattispecie, l'errore può rilevare ai sensi dell'art. 47, comma 3 c.p.; quando, invece, contribuisce a determinare l'intero nucleo della scriminante, come nel caso dell'art. 51 c.p., l'errore incide sull'esistenza stessa della causa di giustificazione e deve essere qualificato come errore di diritto penale, con conseguente applicazione dell'art. 5 c.p. e, dunque, irrilevanza[228].

Infine, anche la difesa nella pronuncia richiamata in apertura[229] offre spunti interessanti sul piano della scriminante putativa *ex* art. 51 c.p., sostenendo che l'imputato, in quanto cittadino straniero, avrebbe agito nel territorio italiano esercitando facoltà consentite nel proprio ordinamento di origine. In particolare, egli avrebbe ritenuto esistente una scriminante in realtà inesistente, e di averne addirittura

[227] C. F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., pp. 173-175, ricostruisce l'errore disciplinato dall'art. 47, comma 3, pur avendo natura di errore di diritto, come incidente sul valore giuridico di un elemento del fatto storico, attraverso una rappresentazione inesatta di un concetto normativo, consentendo "quanto determina un errore sul fatto" l'esclusione della punibilità sottraendo tali situazioni all'ambito dell'art. 5 c.p.
[228] *Ivi*, pp. 196 ss.
[229] Ci si riferisce a Cass. pen., sez. III, 29 gennaio 2015, n. 14960.

oltrepassato i limiti, prospettando una forma di eccesso non riconducibile all'art. 55 c.p. [230], quanto piuttosto all'art. 59, comma 3, seconda parte c.p.

Secondo il ricorrente, si tratterebbe, dunque, di un errore incolpevole, da valutare in concreto alla luce del patrimonio culturale dell'imputato, della sua recente immigrazione e della diversa percezione della liceità o illiceità dei fatti. Tuttavia, tale impostazione suscita perplessità: l'art. 59, comma 3, c.p. non riguarda le cause di giustificazione, ma esclusivamente le circostanze, stabilendo che quelle erroneamente supposte non producono effetti né favorevoli né sfavorevoli. Il richiamo a tale disposizione appare, dunque, funzionale non tanto a invocarne gli effetti, quanto a qualificare l'errore dell'imputato come errore su una scriminante inesistente, distinto sia dall'eccesso colposo sia dall'errore su scriminante esistente.

In questa prospettiva, però, la difesa, sostenendo che l'errore non può scriminare, né incidere in senso aggravante o attenuante, sembrerebbe orientata ad escludere anche il fattore culturale quale elemento incidente sulla rimproverabilità soggettiva, nel giudizio di colpevolezza. È, peraltro, proprio in quest'ultimo livello del reato che si ritiene debba essere collocata la questione relativa all'erronea valutazione della liceità della condotta, condividendosi, in conclusione, quella parte della dottrina che assimila tale ipotesi all'errore sulla legge penale, sottoponendola alla relativa disciplina.

2.3. Il potere punitivo come espressione del patriarcato e i suoi "correttivi": critica alla *battered woman defense*

[230] F. SCHIAFFO, *Le situazioni "quasi scriminanti" nella sistematica teleologica del reato*, cit., p. 230. Il tema della realizzazione parziale delle cause di giustificazione si ripropone anche con riferimento all'eccesso di cui all'art. 55 c.p. Occorre premettere che tale disposizione si configura, secondo l'impostazione accolta dall'A., come una specificazione dell'art. 59, ultimo comma, c.p. In entrambe le ipotesi, la struttura del fatto resta dolosa: il soggetto realizza consapevolmente il fatto tipico, mentre l'errore si colloca sul piano della colpevolezza. integrando l'errore sull'antigiuridicità un errore sul divieto. L'elemento di novità nella ricostruzione dell'A. è dato dal fatto che, accanto alla realizzazione del fatto tipico doloso, si riscontra anche la realizzazione dell'elemento soggettivo di una causa di giustificazione, pur in assenza dei relativi presupposti oggettivi. In questa prospettiva, la diminuzione di pena prevista dall'art. 55 c.p. non deriva tanto dal mero superamento dei limiti della scriminante, quanto piuttosto da una sua realizzazione soltanto parziale, che, ove fosse stata completa, avrebbe escluso integralmente l'antigiuridicità. Diversamente, nell'eccesso doloso difetta anche tale parziale integrazione della scriminante: manca, cioè, una effettiva connessione soggettiva con la causa di giustificazione. Ne consegue che la riduzione di pena può trovare giustificazione solo quando tale collegamento sussista, sia pure in forma incompleta, mentre deve essere esclusa nei casi in cui esso venga meno.

Un ultimo profilo da analizzare riguarda la possibilità che le cause di giustificazione possano fungere da momento di composizione del conflitto culturale e, in particolare, da strumento di contrasto al sistema patriarcale, operando in senso favorevole alla donna.

Si lamenta, infatti, che la giustizia penale tradizionale fatichi a comprendere la realtà della violenza domestica, caratterizzata, in concreto, da un ciclo di violenza dal quale risulta difficile sottrarsi[231]. Ed è soprattutto nella lettura che viene offerta in sede giudiziale di tali fenomeni che tende a consolidarsi una specifica rappresentazione della donna, le cui istanze vengono normalmente riconosciute soltanto quando essa incarna la figura della "buona vittima": passiva, sofferente, ma non emotivamente squilibrata, perfettamente inserita nel ciclo continuativo della violenza. Si tratta, a tutti gli effetti, di stereotipi che riflettono precomprensioni di matrice patriarcale.

In tale quadro, la posizione della donna appartenente a una minoranza culturale introduce un ulteriore elemento di complessità, in quanto il rischio di incomprensione giudiziale risulta ancora più elevato, poiché agli stereotipi di matrice patriarcale si sommano quelli legati all'alterità culturale. La donna non solo può non essere riconosciuta come "buona vittima", ma rischia altresì di essere percepita come portatrice di modelli culturali che "autorizzino" queste forme violente di giustizia privata, con conseguente svalutazione delle sue istanze di tutela.

Alla luce di tali dati, un banco di prova significativo di tale assetto è rappresentato dal tema della legittima difesa della donna maltrattata, o della *battered woman defense*, sviluppatasi negli ordinamenti di *common law*[232]: un istituto volto a giustificare le condotte di donne che hanno ucciso il proprio partner abusante, dopo aver subito violenze domestiche protratte nel tempo, sebbene in un momento in cui non fosse in atto alcuna violenza e, dunque, in assenza dell'attualità del pericolo[233].

---

[231] M. DOVA, *Giustizia umana e giustizia dei codici. Giudicare l'omicidio del tiranno domestico,* in C. PECORELLA (a cura di), *La legittima difesa delle donne. Una lettura oltre pregiudizi e stereotipi*, Milano 2022, p. 104.

[232] C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., pp. 109-112.

[233] È il caso del "tiranno di casa", per usare l'espressione di G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale,* cit., p. 311; critica sulla tendenza della giurisprudenza italiana a non riconoscere la sussistenza della scriminante, P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Il diritto penale non è un diritto per le donne: il caso della legittima difesa*, in Questione Giustizia, n. 4/2022, pp. 77-89; per

Se da una prospettiva giusfemminista tale approdo appare condivisibile, sul piano strettamente penalistico solleva numerose criticità. Si tratta infatti di fattispecie peculiari in cui la vittima di violenza diviene a sua volta autrice di una violenza, al più comprensibile sul piano etico alla luce della condizione di vessazione subita, ma non immediatamente riconducibile ai tradizionali criteri di antigiuridicità propri del sistema penale.

In un sistema orientato alla riduzione del potere punitivo[234], ciò impone innanzitutto una riflessione sulla sussidiarietà della legittima difesa rispetto all'intervento statale: solo laddove lo Stato non sia in grado di garantire una protezione concreta ed efficace rispetto a quella che il soggetto potrebbe assicurarsi autonomamente, la reazione difensiva può dirsi realmente legittima[235].

Il principale nodo critico risiede, infatti, nel fatto che la reazione della donna non si configura come risposta immediata al pericolo attuale di un'aggressione, bensì come esito di un contesto di violenze reiterate, tali da indurla a vivere in una condizione

---

approfondimenti C. PECORELLA, *La legittima difesa delle donne: una lettura del diritto penale oltre pregiudizi e stereotipi*, Milano-Udine 2022, *passim*.

234 *Ex multiis*, A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo*, cit., pp. 443; E. R. ZAFFARONI, A.SLOKAR, A. ALAGIA, *Derecho Penal,* cit., pp. 610-611, in cui si osserva come *in primis* l'accesso alla giustizia sia diseguale e come tale disuguaglianza incida soprattutto sui gruppi sociali più vulnerabili. G. GUSIS, *Análisis de la criminalización selectiva de mujeres en función de estereotipos de género. A propósito del caso Cristina Vázquez*, in G. GUSIS, L. FARB (a cura di), *Poder Patriarcal y Poder Penal*. Buenos Aires 2020, pp. 162-163, sottolinea come, all'interno della struttura patriarcale, il potere sia distribuito secondo dinamiche persistenti nel tempo, che si manifestano su molteplici livelli, incluso quello giuridico. Ci si può, pertanto, interrogare se il potere giudiziario sia effettivamente in grado di adottare una prospettiva di genere oppure se, al contrario, operi in modo solo apparentemente neutrale, finendo per penalizzare le donne in ragione delle loro scelte di vita, senza riconoscerne pienamente identità e soggettività. Emblematico, in tal senso, è il caso di Cristina Vásquez, condannata all'ergastolo per l'omicidio aggravato della vicina di casa. Tra gli elementi valorizzati in sede accusatoria figuravano uno stile di vita ritenuto promiscuo e la dipendenza dalla marijuana, considerati indici di una presunta inclinazione a commettere reati contro il patrimonio per procurarsi denaro o sostanze stupefacenti. La condanna è stata pronunciata sulla base di voci e indizi, piuttosto che di prove concrete; secondo l'A., tali elementi sono stati ritenuti sufficienti proprio in ragione della distanza dell'imputata dallo stereotipo della "donna per bene", tradizionalmente associato a un modello familiare stabile e a un comportamento conforme ai canoni sociali dominanti.

235 J. E. BUOMPADRE, *Legítima defensa y violencia de género. La mujer imputada en situaciones extremas de violencia de género invertida*, in *Revista Pensamiento Penal*, n. 214/2022, p. 7, collega la peculiarità della situazione della donna vittima di violenza domestica alla dimensione internazionale, sottolineando che, secondo gli standard del Sistema Interamericano dei Diritti Umani, la reazione delle vittime di violenza di genere non può essere valutata secondo gli stessi criteri della legittima difesa applicati in altri casi, poiché nei contesti di violenza contro le donne essa presenta caratteristiche specifiche che i giudici non possono omettere di considerare; sull'accesso alla giustizia delle donne vittime di violenza domestica, anche M.L. PIQUÉ, *Donde manda capitán, no manda marinera. Las mujeres ante la acción penal pública en los casos de violencia de género*, in G. CARDINALI, J. DE LA FUENTE (a cura di), *Género y Derecho Penal*, Santa Fe 2021.

permanente[236] di timore per la propria incolumità. L'azione lesiva, dunque, non si colloca nel momento dell'aggressione in atto, bensì in una fase di "pace", percepita tuttavia come precaria e destinata a degenerare nuovamente in violenza. La decisione di reagire, dunque, matura proprio in ragione della reiterazione delle condotte vessatorie e dell'incertezza circa la possibilità di sottrarsi in futuro alla situazione, inducendo la vittima a intervenire anticipatamente per prevenire ulteriori *escalation* e porre definitivamente fine agli abusi.

Nell'ordinamento italiano la questione si presenta particolarmente controversa. Ammettere il ricorso alla legittima difesa in simili casi, significa manipolare i requisiti della necessità e dell'attualità, previsti *ex* art. 52 c.p., ove la reazione della donna contro l'uomo maltrattante avvenga negli intervalli tra gli episodi di violenza, per quanto "motivata" della condizione di oppressione in cui ella si trova a vivere, globalmente considerata. La valutazione dell'attualità del pericolo va invece connessa a quella dell'utilità dell'azione difensiva per la salvaguardia del bene minacciato in rapporto alla necessità della reazione: il pericolo è attuale, e dunque la condotta tipica della vittima si rende necessaria per neutralizzarlo, in quanto rappresenta l'unico mezzo idoneo a porre al riparo il bene giuridico tutelato[237].

Si pensi al reato di maltrattamenti in famiglia *ex* art. 572 c.p., che costituisce in questo senso un contesto emblematico di violenza domestica. Mentre nei reati permanenti, in cui l'offesa si protrae nel tempo, è ragionevole ritenere ammissibile l'azione difensiva per tutta la durata dell'offesa, nel reato abituale la consumazione non si svolge in modo unitario e ininterrotto, ma si articola nella reiterazione di molteplici atti vessatori che, se considerati singolarmente, potrebbero anche non risultare punibili.

Costituendo tale profilo il principale nodo problematico, si ritiene di particolare interesse procedere a una comparazione con l'ordinamento argentino, il quale offre un punto di osservazione privilegiato per l'analisi e, si anticipa, per la successiva critica

[236] J. E. BUOMPADRE, *Legítima defensa y violencia de género,* cit., p. 2.
[237] G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 300-301; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 358.

della ricostruzione sopra delineata: nell'ordinamento argentino, infatti, il carattere di attualità dell'offesa non è espressamente previsto[238].

2.3.1. L'attualità dell'offesa nell'ordinamento argentino

Il problema dell'attualità dell'offesa è stato posto dalla dottrina argentina in ragione dell'esigenza di circoscrivere i limiti temporali dell'azione difensiva: è pacifico, infatti, che possa essere legittimamente realizzata fintanto che permane la situazione di pericolo, che si estende dal momento in cui si manifesta una minaccia immediata al bene giuridico fino alla cessazione dell'attività lesiva o della possibilità di neutralizzarne gli effetti[239].

Guardando più da vicino la disciplina normativa, l'art. 34, comma 6, del *código penal* stabilisce tre condizioni di operatività della causa di giustificazione, che presentano alcuni elementi differenziali rispetto alla disciplina italiana: l'aggressione illegittima (lett. a), che nei casi di violenza domestica e di genere si manifesta attraverso la frequenza delle brutalità fisiche e la gravità degli abusi psicologici; la necessità razionale del mezzo impiegato per impedirla o respingerla (lett. b), e in tal senso si sottolinea che la difesa può iniziare nell'ultimo momento utile in cui abbia ancora prospettive di successo, e continuerà a essere necessaria fino a quando il pericolo non sia stato definitivamente neutralizzato; e infine la mancanza di sufficiente provocazione da parte di chi si difende (lett. c). L'interpretazione di quest'ultimo requisito è stata ritenuta dalla dottrina suscettibile di assumere delle tinte "discriminatorie"[240], postulando che le donne fossero inevitabilmente portatrici di una qualche forma di provocazione e che, per non essere ritenute tali, dovessero mantenere un atteggiamento passivo e sottomesso nei confronti del maltrattante.

---

[238] Quella che J. E. BUOMPADRE, *Legítima defensa y violencia de género*, cit., p. 3, ha definito "*una suerte de quimera normativa".*

[239] E. R. ZAFFARONI, A. SLOKAR, A. ALAGIA, *Derecho Penal,* cit., pp. 623-624, si precisa che l'imminenza dell'aggressione non va identificata con l'immediatezza cronologica tra aggressione e difesa: l'aggressione è, infatti, imminente quando è percepibile come minaccia manifesta, dipendendo la sua realizzazione solo dalla volontà dell'aggressore. Essendo, inoltre, la legittima difesa finalizzata alla protezione di beni, si ritiene che l'aggressione non debba necessariamente tradursi in un fatto tipico e che questa diventi rilevanti non appena l'aggressore manifesti la volontà di offendere e disponga dei mezzi idonei a concretizzare tale intenzione: ossia in ogni situazione in cui si configuri un pericolo immediato per i beni giuridici.

[240] A. C. DEL RÍO AYALA, M. P. SPINA, M. N. GONZALEZ IGARTÚA, *El derecho a defenderse del femicidio,* cit., pp. 65-70.

Di particolare attualità, sotto questo profilo, è l'A*nteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina* del 2014[241], che ha contribuito a rinnovare la riflessione dottrinale e legislativa sul tema. L'art. 5 dell'articolato prevedeva, infatti, la non punibilità di chi agisce in difesa propria o dei propri diritti, a condizione che ricorrano i requisiti classici della legittima difesa, introducendo, tuttavia, delle presunzioni (superabili da prova contraria) di legittimità della difesa, in tre circostanze particolari: per respingere l'ingresso mediante scavalcamento, effrazione o violenza in un luogo abitato; oppure per rinvenire la presenza di uno sconosciuto all'interno della propria abitazione, purché questi opponga resistenza, nonché nei casi di violenza domestica, qualora la vittima abbia già subito episodi di aggressione in precedenza[242].

Dunque, da un lato, si giustifica il mantenimento della presunzione tradizionale *iuris tantum* relativa all'intrusione violenta in abitazione e alla resistenza di estranei, fondata basicamente sull'inviolabilità della proprietà domiciliare[243]; dall'altro, l'*Anteproyecto* ne introduce una nuova, che nelle ricostruzioni della dottrina risponde alla necessità di "denormalizzare" i fatti di violenza in ambito familiare, in particolare contro donne e bambini[244].

Nelle intenzioni della commissione di riforma[245], la previsione legislativa appare giustificata alla luce delle possibili valutazioni discriminatorie cui può dar luogo una radicata egemonia patriarcale, spesso interiorizzata anche nella cultura giuridica del giudice. Si evidenzia, infatti, come il rischio di errore giudiziario, consistente nel mancato riconoscimento della legittima difesa anche quando essa ricorra, sia

---

[241] DIRECCÌON NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACÌON JURIDICA (edito da), *Anteproyecto de Código Penal de la Nación, Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación* (Decreto PEN 678/12), Pres. E. R. ZAFFARONI, Buenos Aires, marzo 2014, pp. 358- 359.

[242] Il testo originale recita: «*Se presume, salvo prueba en contrario, que concurren las circunstancias de este inciso, respecto de aquel que obrare: i) para rechazar la entrada por escalamiento, fractura o violencia en un lugar habitado; ii) por encontrar a un extraño dentro de su hogar, siempre que ofreciere resistencia. Igual presunción corresponde cuando la conducta tuviere lugar en un contexto de violencia doméstica y el agredido hubiere sufrido anteriores hechos de violencia*».

[243] A. C. DEL RÍO AYALA, M. P. SPINA, M. N. GONZALEZ IGARTÚA, *El derecho a defenderse del femicidio,* cit., pp. 69-70.

[244] J. DI CORLETO, *Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas*, in *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Lexis Nexis*, n. 5/2006, p. 56, ad esempio, si è sostenuto che soprattutto nel matrimonio e nei rapporti genitori-figli «esiste un obbligo di sacrificarsi più elevato […] [p]ertanto, nel respingere attacchi, ad es. di un coniuge, la parte aggredita deve cercare di deviare l'attacco in misura maggiore, o accettare lievi menomazioni dei propri beni, prima di ledere beni esistenziali dell'aggressore». In questa linea argomentativa, una parte della dottrina esclude il diritto di difesa necessaria tra coniugi e perciò prescrive che, nella misura del possibile, il minacciato debba eludere l'aggressione o ricorrere al mezzo più mite.

[245] *Anteproyecto de Código Penal de la Nación,* cit., p. 70.

particolarmente elevato, proprio perché i giudici operano all'interno del medesimo contesto culturale in cui si colloca il fatto oggetto di giudizio. A maggior ragione, tale rischio si accentua quando la violenza si inserisce nel contesto di gruppi culturali minoritari. Non appare, infatti, inverosimile che il retroterra culturale di appartenenza venga impropriamente utilizzato per relativizzare o, al contrario, enfatizzare gli abusi subiti dalla donna maltrattata, finendo così per distorcere la valutazione in ordine alla proporzionalità e alla necessità della reazione difensiva.

In tale prospettiva, dunque, uno standard probatorio più favorevole all'imputata risponderebbe all'esigenza di prevenire una duplice vittimizzazione: dapprima attraverso la violenza subita, e successivamente mediante l'imposizione di un onere probatorio eccessivamente gravoso in sede processuale. Questo orientamento trova conferma anche nelle ulteriori presunzioni previste dall'*Anteproyecto,* considerando che, tanto nei casi di intrusione domestica quanto in quelli di violenza familiare, spesso mancano testimoni e le condotte si inseriscono in dinamiche reiterate e socialmente minimizzate.

Tuttavia, qualora la presunzione trovi fondamento unicamente nella difficoltà probatoria, sorge l'interrogativo circa le ragioni della sua limitazione ai soli casi di violenza domestica. Situazioni analoghe di squilibrio di potere, nelle quali risulta altrettanto complesso dimostrare la sussistenza della legittima difesa, si riscontrano anche in altri contesti, come, ad esempio, quello dei detenuti vittime di aggressioni da parte di operatori penitenziari. Da un punto di vista dommatico, la scelta legislativa sembra dunque rispondere più a una logica valoriale che a un'impostazione strettamente logico-sistematica, con il rischio di determinare disparità di trattamento: alcune vittime risultano agevolate sul piano probatorio, mentre altre ne restano escluse, pur versando in condizioni di analoga difficoltà.

Occorre allora interrogarsi sui fondamenti della presunzione, chiedendosi in che misura la legittima difesa della donna vittima di violenza domestica possa considerarsi analoga a quella di chi reagisce a un'intrusione in ambito domiciliare.

Il collegamento tra la legittima difesa della donna in contesto domestico e quella dell'intruso in abitazione risiede innanzitutto nella dimensione della casa, spazio di

intimità e di vulnerabilità massima[246]. Sotto il profilo dei valori in gioco, sicurezza dell'abitazione e dignità delle relazioni familiari rappresentano un possibile ponte concettuale, seppur declinato in forme diverse rispetto alla situazione di vulnerabilità dell'autore.

Restano, tuttavia, criticità significative: in quanto, mentre nella presunzione relativa all'intrusione notturna il dato oggettivo del pericolo tipizzato (congiuntamente alla difficoltà probatoria e all'urgenza della reazione) giustifica la misura, nella violenza domestica, invece, la presunzione si fonda anche sul riconoscimento e sulla correzione di un *bias* culturale sistemico, che può indurre il giudice a sottovalutare la gravità delle aggressioni e non riconoscere la legittima difesa della vittima[247]. L'adozione della presunzione risulta particolarmente utile sotto questo profilo, per "blindare" la valutazione giudiziale, proprio perché i requisiti generali dell'esimente, come quello della permanenza del pericolo, rischiano di essere forzati nel contesto degli abusi familiari, dove le condotte violente sono spesso caratterizzate dall'abitualità, rendendo più difficile una valutazione puntuale senza strumenti probatori adeguati.

Tale "alleggerimento" della struttura della legittima difesa, però, pur rispondendo all'esigenza di offrire una tutela più adeguata in contesti di violenza strutturale, incide notevolmente sulla fisionomia stessa di una scriminante che, ove riconosciuta, esprime un giudizio di liceità che si proietta sull'intero ordinamento. Pertanto, si ritiene tale soluzione poco condivisibile, alla luce della frizione che il ricorso alle presunzioni produce con il principio di colpevolezza e offensività.

---

[246] A. C. DEL RÍO AYALA, M. P. SPINA, M. N. GONZALEZ IGARTÚA, *El derecho a defenderse del femicidio*, cit., p. 82, in cui viene auspicato un ampliamento della presunzione, affinché essa non resti circoscritta alla violenza in ambito domestico, ma si estenda a ricomprendere le diverse manifestazioni della violenza di genere. Parimenti, si rileva come la formula secondo cui "l'aggredita avesse subito precedenti fatti di violenza" sia suscettibile di generare incertezze applicative, soprattutto sul piano probatorio. Essa, infatti, non chiarisce se debba intendersi riferita all'insieme delle forme di violenza, psicologica, fisica, sessuale, economica o simbolica, oppure se debba essere limitata alla sola violenza fisica; né precisa se tali precedenti debbano risultare da pregresse denunce o possano essere accertati anche in assenza delle stesse.

[247] M. DOVA, *Giustizia umana e giustizia dei codici*, cit., pp. 197-198, evidenzia come i pregiudizi dei giudici emergano soprattutto nella valutazione del comportamento dell'imputata, ai fini dell'accertamento della necessità della reazione difensiva. In particolare, si sostiene che alla donna vengano frequentemente attribuite alternative di condotta che avrebbero potuto evitare l'uso della forza: si afferma, ad esempio, che avrebbe potuto fuggire, oppure, anche in presenza di una minaccia armata, come nel caso di un coltello, che avrebbe potuto chiedere aiuto o rifugiarsi in un'altra stanza, come il bagno. Si arriva talvolta a ritenere che la donna avrebbe potuto tentare di blandire il partner maltrattante, così come già avvenuto in precedenti episodi, prospettando quindi una continuità di strategie di adattamento alla violenza.

Sorge altresì il rischio di un'eccessiva soggettivizzazione, derivante dalla difficoltà di individuare con precisione il momento in cui il pericolo si concretizza, soprattutto considerando che le aggressioni possono includere anche atti non tipici. In tali circostanze, la valutazione rischia di fondarsi in larga parte sulla percezione della vittima: non di rado, infatti, le vittime sviluppano uno stato di ipervigilanza che le porta a percepire come imminente pericolo dei comportamenti che, per chi non ha subito abusi, non sarebbero riconoscibili come segnali di un attacco. In questo quadro, il ricorso allo strumento psichiatrico, come suggerito da parte della dottrina[248], potrebbe offrire un supporto utile all'interpretazione dei comportamenti e alla comprensione della condizione psicologica della vittima degli abusi. Tuttavia, dall'altro lato, il rischio di derive soggettivistiche risulta eccessivo e difficilmente compatibile con un diritto penale del fatto, che postula invece criteri di accertamento ancorati a parametri oggettivi e verificabili[249].

2.3.2. La giustificazione illegittima dell'omicidio del tiranno domestico

Sul punto, dunque, si ritiene che l'applicazione dei principi generali della legittima difesa potrebbe avvenire efficacemente anche senza ricorrere ad una presunzione legislativa *ad hoc*. È possibile, infatti, individuare criteri o elementi oggettivi da considerare per la valutazione caso per caso, affidandosi all'imparzialità del giudice nell'applicazione del diritto. Sicuramente la presunzione *iuris tantum* presenta l'ulteriore vantaggio sul piano probatorio, di tutelare la vittima durante il processo, evitando domande invasive e riducendo il rischio di una vittimizzazione secondaria[250].

Tuttavia, non si ritiene che tale esigenza sia sufficiente a giustificare una presunzione circa l'operatività dell'esimente, soprattutto se si considera che tra le misure extrapenali, previste anche dagli strumenti internazionali e richiamate nell'ambito della presente analisi, rientra un'opera di formazione degli operatori del diritto, finalizzata non solo a migliorare l'approccio nei confronti delle donne vittime di violenza, ma anche a far loro riconoscere e non perpetuare le dinamiche di autorità presenti nel contesto giudiziario, secondo una prospettiva attenta all'intersezione tra

[248] J. DI CORLETO, *Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas*, *cit.*, p. 65.
[249] *Contra* M. DOVA, *Giustizia umana e giustizia dei codici*, cit., pp. 204–206, propone di ampliare l'ambito applicativo della legittima difesa putativa, superando il riferimento al riscontro dell'"impotenza acquisita" e valorizzando, invece, la componente emotiva, la quale incide non solo sulla reazione aggressiva, ma anche sulla percezione della situazione di pericolo.
[250] J. DI CORLETO, *Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas*, cit., p. 58.

genere e altri fattori di vulnerabilità, quali l'appartenenza culturale o sociale[251]. Basterà, quindi, un'applicazione del diritto che tenga conto degli squilibri concreti del caso, senza ricorrere a regole che derogano ai principi generali del sistema, espressi dai presupposti della causa di giustificazione.

La questione si intreccia, inoltre, con il principio di legalità delle cause di giustificazione e con la possibilità di individuare delle "quasi scriminanti", idonee a incidere sulla graduazione dell'antigiuridicità. La realizzazione solo parziale di una causa di giustificazione, infatti, può venire in rilievo anche nell'ipotesi del c.d. eccesso estensivo[252], ove con tale espressione si fa riferimento alla prospettata estensione dell'ambito applicativo dell'art. 55 c.p.[253], fino a ricomprendere i casi di superamento doloso dei limiti della scriminante, purché determinato da situazioni di turbamento, paura o terrore.

Posto che, in assenza di un pericolo attuale, la causa di giustificazione non potrebbe configurarsi, all'obiezione relativa all'impossibilità concettuale di un superamento dei limiti temporali della scriminante, si replica che, nell'ipotesi di eccesso estensivo anticipato, il pericolo, pur non essendo ancora attuale, è suscettibile di

---

[251] La Raccomandazione Generale n. 1 del *Comité de Expertas del MESECVI (Legítima defensa y violencia contra las mujeres*, 2018) sottolinea l'importanza di ripensare profondamente l'interpretazione della legittima difesa nei casi di violenza domestica, adottando una prospettiva di genere. Non è infatti possibile applicare gli stessi parametri utilizzati nei casi tradizionali, poiché la violenza subita dalle donne in ragione del genere presenta caratteristiche specifiche che devono permeare l'intero ragionamento giudiziario. In quest'ottica, il MESECVI formula alcune raccomandazioni rivolte ai giudici, tra cui: la necessità di una formazione specializzata sulla violenza di genere per gli operatori della giustizia; l'inclusione di standard internazionali nella valutazione delle prove, con un'attenzione particolare alla testimonianza della vittima; e la garanzia di un reale accesso alla giustizia, attraverso assistenza legale gratuita, patrocinio durante tutto il processo, accompagnamento costante e adeguato supporto psicologico e terapeutico. Interessante è, in questo senso, il richiamo operato dalla giurisprudenza in *CSJ 733/2018/CS1, E. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n. 63.006, Tribunal de Casación Penal, Sala IV,* p. 11, alle linee guida elaborate dal MESECVI. La decisione ribadisce il diritto delle donne all'ampiezza probatoria per dimostrare i fatti denunciati, con attenzione alle circostanze specifiche in cui si verificano gli atti di violenza e ai testimoni naturali degli stessi. Viene così riconosciuto alla dichiarazione della vittima un valore centrale, affermando che l'assenza di referti medici non ne diminuisce la credibilità e che la mancanza di segni fisici non implica necessariamente l'assenza di violenza.

[252] M. DOVA*, Giustizia umana e giustizia dei codici*, cit., p. 196, lamenta che la giurisprudenza sembra ignorare il dibattito sull'interpretazione estensiva proposta dalla dottrina; F. SCHIAFFO, *Le situazioni "quasi scriminanti" nella sistematica teleologica del reato*, cit., pp. 234-237.

[253] A. N. PINNA, *"Sarebbe potuto accadere qualsiasi cosa" (Caso n. 3). Quando la Sindrome della donna maltrattata entra nelle aule di giustizia*, pp. 97 – 106, in C. PECORELLA (a cura di), *La legittima difesa delle donne*, cit., evidenzia che nella sentenza in primo grado viene fatto ricorso alla figura dell'eccesso colposo, soluzione poi ribaltata in appello.

divenirlo[254]. In tali casi si ritiene comunque configurabile un "modello minimo" di scriminante, fondato sulla presenza di un conflitto tra beni giuridici, sebbene privo del requisito pieno dell'attualità.

Tale ricostruzione presuppone, tuttavia, non solo la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 55 c.p., ma anche (una volta sacrificato il requisito dell'attualità) la permanenza degli altri elementi costitutivi della scriminante, la cui individuazione diviene tanto più complessa quanto più la situazione di pericolo viene anticipata. Ferme restando le esigenze di politica criminale sottese a tali elaborazioni, si pone comunque il problema di individuare i limiti dell'anticipazione consentita.

Un'eccessiva estensione, specie se giustificata da contesti quali la violenza domestica, rischierebbe infatti di introdurre criteri soggettivi difficilmente controllabili e di supplire alle carenze dello Stato nella prevenzione mediante una delega alla reazione privata, mettendo così in discussione i principi fondamentali su cui si fonda il monopolio statale della forza punitiva[255]. La difesa, per essere qualificata come legittima, dunque, non può prescindere dai parametri fissati dal legislatore, richiedendo, anche sotto il profilo dell'antigiuridicità, il rispetto del principio di legalità *sub specie* determinatezza[256].

In questa prospettiva, la legittima difesa rappresenta la causa di giustificazione che più chiaramente esprime il principio dell'autotutela, bilanciato con l'esigenza di tutela dell'ordinamento giuridico, consentendo l'intervento del privato solo quando la protezione pubblica non possa operare o risulti insufficiente[257]. Parte della dottrina tedesca sottolinea, tuttavia, come, nella maggior parte dei casi, il pericolo possa essere

---

[254] F. SCHIAFFO, *Le situazioni "quasi scriminanti" nella sistematica teleologica del reato*, cit., p. 244, l'attualità non costituirebbe tanto un elemento strutturale della scriminante, quanto piuttosto un limite all'autorizzazione normativa, volto a evitare un'eccessiva espansione dell'ambito applicativo delle cause di giustificazione.

[255] M. DOVA, *Giustizia umana e giustizia dei codici*, cit., p.200-201, per il quale nel contesto della violenza domestica, il rischio di derive "anarchiche" appare più ipotetico che reale, in quanto ricondotto a un modello di violenza tipicamente maschile. Tuttavia, ad avviso di chi scrive, tale argomentazione non sembra sufficiente a giustificare deroghe ai principi cardine di garanzia del diritto penale. Si tratta, infatti, di fondare un intervento normativo su basi meramente ipotetiche e di matrice sociologica, ponendole a confronto con principi di natura giuridica: due piani tra loro difficilmente comparabili. Un simile approccio rischierebbe, inoltre, di introdurre nel sistema un'impostazione ideologica estranea al diritto penale del fatto, tale da condurre, sia pure implicitamente, alla distinzione tra "rei di serie B" e "vittime di serie A", per le quali le garanzie risulterebbero attenuate o diversamente modulabili.

[256] C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., pp. 67-68; S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., pp. 80 ss.

[257] *Ex multiis*, C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 356.

evitato con modalità diverse dall'eliminazione dell'aggressore, con la conseguenza che non verrebbero in rilievo i presupposti tipici della legittima difesa: tali ipotesi risulterebbero piuttosto riconducibili, se del caso, all'ambito dello stato di necessità[258].

3. Il fattore culturale nella colpevolezza

È un'affermazione che trova spazio in qualsiasi analisi di carattere penalistico quella formulata da autorevole dottrina, secondo cui «un diritto penale che aspiri ad essere umano, concreto, razionale deve sempre tener presente, oltre all'effettiva realtà dell'uomo al quale pretende di rivolgersi, anche i diversi condizionamenti che legano il concreto essere umano che delinque alle strutture socio-politiche a lui preesistenti e delle quali non è certamente responsabile (…)»[259].

È proprio per questo che, ai fini della presente trattazione, risulta imprescindibile soffermarsi sull'ultimo livello del reato, il quale, più degli altri, si presta ad accogliere riflessioni volte a individuare un punto di equilibrio tra la tutela dei beni personalistici e un'adeguata considerazione del fattore culturale.

3.1. L'*ignorantia legis* dopo la storica sentenza n. 364/1988

L'analisi non può che prendere avvio dal tema dell'ignoranza della legge penale, alla luce dell'interpretazione dell'art. 5 c.p. offerta dalla Corte costituzionale nella storica sentenza n. 364 del 1988[260], che si configura come la sede privilegiata per declinare la responsabilità personale del soggetto che non riconosca il valore giuridico-penale attribuito dall'ordinamento ad un fatto umano.

Viene, infatti, in rilievo l'opportunità di valutare, a favore del reo la concreta possibilità di conoscere il precetto penale. Alla luce della ricostruzione della

[258] C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht*, cit., § 16 Rn. 84; § 19 Rn. 72–75, si evidenzia come, in contesti sociali caratterizzati da disorganizzazione o da forme di discriminazione nei confronti delle donne, risulti più agevole riconoscere l'assenza di concrete vie di fuga per la donna maltrattata; ne consegue che un'esenzione da pena ai sensi della disciplina dello stato di necessità scusante può configurarsi come una soluzione più praticabile; analogamente C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., pp. 294-295.

[259] S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 107.

[260] Corte cost. 23-24 marzo 1988, n. 364, con nota di D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 686 ss.; con nota di T. PADOVANI, *L'ignoranza della legge penale e la declaratoria di incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.,* in *Leg. Pen*., 1989, pp. 449 ss.; con nota di G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: 'prima lettura' della sentenza n. 364/1988,* in *Foro it.,* 1988, I, pp. 1385 ss.

giurisprudenza costituzionale (e come già evidenziato in precedenza dalla dottrina[261]), si assiste al superamento della *fictio* di conoscenza della legge penale, fondata su una mera possibilità astratta di conoscenza[262], a favore del riconoscimento della personale conoscibilità del precetto penale, quale presupposto della coscienza dell'illiceità, configurata a sua volta come elemento autonomo del giudizio di colpevolezza[263].

Non è un caso, inoltre, che proprio il tema dell'*error iuris* abbia rappresentato l'occasione per l'affermazione del principio di colpevolezza[264]. Il volto costituzionale dell'illecito penale trova infatti i suoi tratti essenziali nel combinato disposto del primo e del terzo comma dell'art. 27 Cost.: sotto il profilo dell'integrazione sociale, perde di significato l'idea stessa di rieducazione qualora venga applicata a un soggetto che non sia stato posto nelle condizioni di conoscere la tutela legale del bene giuridico offeso, con conseguente attenuazione del carattere personale dell'attribuzione della responsabilità[265].

Ciò che viene principalmente in rilievo, sotto il profilo di maggiore interesse per il tema in esame, è il rapporto tra soggetto e Stato[266]: così come il cittadino è chiamato a impegnarsi per conoscere la legge che è tenuto a rispettare ai sensi dell'art. 54 Cost., allo stesso modo la legge deve rendersi accessibile, affinché possa essere effettivamente

---

[261] D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, cit., pp. 686 ss.; ID. *L'errore di diritto nella teoria del reato*, pp. 455 ss.; analogamente F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 54 ss.

[262] Corte cost. 25 marzo 1975, n. 74, in cui si afferma che, ai fini dell'applicazione della legge penale, può prescindersi dalla conoscenza effettiva della norma da parte del destinatario, essendo sufficiente la sua pubblicazione, che ne consente la conoscibilità ai sensi degli artt. 73 e 25 Cost. Da ciò derivava l'insuperabilità della relativa presunzione e, conseguentemente, l'inescusabilità dell'errore.

[263] F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 57; per una lettura alla luce della funzione di integrazione sociale S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., pp. 83-83; ID. *Il diritto penale tra essere e valore*, pp. 165 ss.

[264] La stessa Corte costituzionale in sentenza, al punto 8, evidenzia l'ambivalenza del concetto di colpevolezza, qualificandolo, da un lato, come «fondamento etico della responsabilità penale», con riferimento ai titoli di imputazione soggettiva e, eventualmente, alla valutazione di tali requisiti e alla rimproverabilità dell'agente; dall'altro, come «limite al potere coercitivo dello Stato», nella sua dimensione di principio garantista attinente alla personalità dell'illecito penale. In questa seconda accezione, la colpevolezza opera quale limite al potere punitivo, nella misura in cui risultano costituzionalmente individuati i requisiti soggettivi minimi di imputazione, in assenza dei quali il fatto non può essere legittimamente sottoposto a pena.

[265] S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit. pp. 165- 166.

[266] La Corte costituzionale richiama, al punto 24, anche il tema dell'ignoranza della legge in relazione al dovere di rimozione degli ostacoli, evidenziando come l'ordinamento debba farsi carico di garantire che tutti, indipendentemente dalle condizioni di partenza, siano posti nelle condizioni di conoscere ciò che è illecito.

compresa e osservata, dovendosi rinunciare alla pretesa punitiva quando il suo riconoscimento risulti umanamente impossibile[267].

L'errore inevitabile sull'illiceità della propria condotta assume, dunque, valore scusante in quanto espressione di una frattura nel rapporto «genuinamente liberale»[268] di comprensibilità e reciproco rispetto tra Stato e cittadino, posto a fondamento dello Stato di diritto[269]; ed è specialmente in una società disomogenea e complessa, articolata secondo concezioni di valore eterogenee, di nuova emersione o di consolidato conflitto[270], che risulta particolarmente importante mantenere saldo tale rapporto.

Il primo corollario di tale impostazione è rappresentato dalla determinatezza e precisione della norma posta a tutela del bene giuridico[271]: ove tale condizione sia soddisfatta, il rapporto di reciprocità tra Stato e consociato può interrompersi, solo in presenza di situazioni eccezionali.

Da quest'assetto di principio deriva l'importanza delle cause che determinano tale impossibilità di conoscenza. Tale valutazione, tuttavia, si colloca su un piano oggettivo: il singolo viene considerato nel suo rapporto con la conoscibilità della legge, non come agente concreto, ma come membro di una collettività che può o meno accedere all'informazione normativa. In particolare, autorevole dottrina ha sottolineato che la fonte dell'impossibilità deve consistere in fattori ragionevoli e qualificati, tali da riguardare una posizione riferibile a un'intera categoria di soggetti collocati in una condizione di estraneità[272].

La Corte costituzionale nel tentativo di bilanciare le esigenze di certezza del diritto con la valorizzazione di situazioni peculiari in cui può trovarsi l'agente, ha fatto principalmente riferimento a criteri oggettivi, o al più misti, per valutare la scusabilità

---

[267] D. PULITANÒ, voce *Ignoranza (dir. pen.),* in *Enc. dir*., XX, 1970, p. 36; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 170.
[268] D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, cit., p. 698.
[269] D. PULITANÒ, voce *Ignoranza (dir. pen.),* cit., p. 37; In senso critico, L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale italiano dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 4/1988, p. 1326, il quale pone l'accento su quello che viene descritto come un inadempimento dello Stato, celato dietro la logica del contratto sociale. In particolare, l'A. osserva che «la rilevanza dell'*ignorantia iuris* scatta in presenza di situazioni di obiettiva carenza dell'ordinamento che si assume non debbano esistere per dettato costituzionale e che, coerentemente, dovrebbero avere autonomo e previo rilievo rispetto alla colpevolezza».
[270] D. PULITANÒ, *Il principio di colpevolezza e il progetto di riforma penale*, in *Jus*, 1-2/1974, p. 508.
[271] S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 170-171.
[272] F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 55-56.

dell'errore sul precetto, richiamando la dimensione soggettiva solo marginalmente, attraverso il riferimento alla «personale non colpevole carenza di socializzazione dell'agente»[273]: unico caso strettamente attinente alla dimensione personale, riconducibile allo schema della possibilità di conoscenza delle norme[274].

La provenienza dell'agente da un contesto culturale completamente diverso da quello del sistema di accoglienza potrebbe, a prima vista, essere assimilata a quelle situazioni che rendono inevitabile l'*ignorantia legis*, in particolare con riferimento all'errore di diritto dello straniero rispetto ai c.d. reati di pura creazione legislativa[275], il cui disvalore non è immediatamente percepibile.

Viene così in rilievo la distinzione tra reati naturali e reati artificiali[276], non già per escludere automaticamente l'evitabilità dell'errore nei primi, quanto piuttosto per evidenziare come invocare l'errore o l'ignoranza scusabile del precetto[277] risulti tanto più ragionevole e plausibile[278] quanto più il reato presenti una natura "obiettivamente" artificiale, specie laddove il soggetto non sia pienamente socialmente integrato. In questa prospettiva, assume rilievo il grado di immediatezza con cui il fatto manifesta la propria offensività: quanto più è evidente il nesso tra condotta e lesione del bene giuridico, tanto più il soggetto è posto nelle condizioni di cogliere il disvalore del fatto e, almeno, di dubitare della liceità della propria condotta.

---

[273] Punto 28 della sent. 364/1988; D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, cit., p. 720, parla di "cenno fugace".

[274] L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale italiano dell'errore scusabile di diritto*, cit., pp. 1328-1329, sottolinea come, muovendo dal presupposto che lo Stato abbia adempiuto ai propri obblighi di assicurare la conoscibilità delle norme, l'ignoranza possa ritenersi sensatamente scusabile solo in presenza di una significativa carenza di socializzazione, vale a dire nell'unico caso in cui il soggetto non sia neppure in grado di porsi il dubbio circa l'illiceità del proprio comportamento.

[275] C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., pp. 234-235 sottolinea che non tutti i casi in cui l'ignoranza dell'autore straniero viene ritenuta inevitabile possano essere qualificati come veri e propri reati culturalmente motivati. Si tratta, piuttosto, di situazioni nelle quali la giurisprudenza applica le regole in materia di errore di diritto, secondo l'orientamento della Corte costituzionale, valorizzando il basso grado di integrazione dell'autore straniero quale fattore idoneo a rendere inevitabile l'errore.

[276] La differenza è ripresa dalla stessa sentenza, al punto 20, in cui si legge che «quasi impensabile che un soggetto "imputabile" commetta i c.d. delitti naturali nell'ignoranza della loro "illiceità"».

[277] La sentenza non opera una distinzione tra ignoranza ed errore, utilizzando i due termini in modo indifferenziato; per una distinzione terminologica, R. A. FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma 1933, pp. 27 ss. Sottolinea, inoltre, la difficoltà di distinguere, sul piano materiale, tra due stati psicologici diversi quali l'errore e l'ignoranza L. RISICATO, Error aetatis *e principio di colpevolezza: un perseverare diabolicum?,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., n. 2/2000, p. 599.

[278] In questi termini G. FORNASARI, *Nuove riflessioni sulle categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, cit., p. 34; F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente orientati*, cit., pp. 392-393, riporta una serie di sentenze aventi ad oggetto reati contro l'autodeterminazione sessuale e l'integrità fisica, in cui il riconoscimento dell'inevitabilità dell'errore sul divieto è stato respinto.

In particolare, quando vengono in rilievo beni giuridici fondamentali, il disvalore giuridico risulta normalmente percepibile in modo immediato, riducendo così lo spazio per valorizzare l'errore sul precetto: in questi casi, il rapporto tra soggetto e Stato, pur restando teoricamente rilevante, assume un peso più contenuto, mentre riacquista centralità il grado di socializzazione del soggetto agente.

Non bisogna, tuttavia, confondere tale dimensione con la marginalità del soggetto rispetto alle coordinate valoriali dell'ordinamento. Occorre infatti considerare che i meccanismi di socializzazione si presentano in molteplici forme: riguardano tanto il soggetto pienamente integrato nella cultura di maggioranza, quanto colui che si colloca ai margini, risultando integrato esclusivamente nella cultura di un gruppo minoritario o, addirittura, in una sottocultura criminale[279]. In altri termini (volutamente provocatori) tanto il giovane italiano progressista, quanto il patriarca musulmano emigrato in Italia da dieci anni, quanto il soggetto inserito in contesti di criminalità organizzata, fanno riferimento a un determinato gruppo sociale e interiorizzano un insieme di valori che consentono loro di rapportarsi alla norma, che viene conosciuta ed eventualmente rifiutata. Tali meccanismi non attengono alla oggettiva possibilità di conoscenza delle norme e, pertanto, escludono, qualora ciascuno di questi soggetti realizzi condotte quali atti persecutori nei confronti della partner o maltrattamenti o abusi nei confronti di una familiare[280], la rilevanza di un errore di diritto idoneo a

[279] D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., pp. 487-489.

[280] Per una valutazione giudiziale delle interrelazioni tra malavita organizzata e modelli patriarcali, Cass. pen., sez. V, 25 marzo 2019, n. 21133, in *CED Cass. pen.* 2019. La giurisprudenza di legittimità ha affermato, in tema di maltrattamenti, che l'autore del reato non può invocare, a propria discolpa, l'inesigibilità di un comportamento diverso da quello tenuto, assumendo di essere stato coartato dalla volontà altrui che abbia imposto un modello culturale improntato a un autoritarismo di matrice maschilista. Ciò in quanto il principio della non esigibilità non trova applicazione al di fuori delle cause di giustificazione e delle cause di esclusione della colpevolezza espressamente previste dall'ordinamento. La pronuncia risulta particolarmente significativa poiché la vicenda si colloca nell'ambito di una subcultura mafiosa. I fatti oggetto del procedimento si erano infatti sviluppati in ambito familiare: a seguito del suicidio del marito della persona offesa, i familiari di quest'ultimo, in particolare i suoceri e i cognati, avevano posto in essere nei confronti della vedova, che viveva con le tre figlie in un appartamento situato nello stesso stabile degli imputati, una serie di condotte vessatorie e mortificanti, incidenti sulla libertà di autodeterminazione della donna e sull'esercizio della responsabilità genitoriale, nonché comportanti vere e proprie limitazioni della libertà personale. La sentenza qualifica tali condotte come caratterizzate da «un'inequivocabile matrice maltrattante e coartante», tale da determinare una condizione di sostanziale reclusione della vittima e una situazione di invivibilità, accertata nel corso del processo. Gli imputati sostengono che le condotte violente e oppressive fossero esclusivamente espressione di un modello familiare patriarcale, maschilista e fortemente accentrato nella figura del "padre padrone", escludendo così la configurabilità del metodo mafioso e ricondurre i fatti a una forma di autorità domestica, sia pure culturalmente connotata. La Corte, pur non soffermandosi espressamente sull'inesistenza di un siffatto contesto patriarcale, valorizza invece la presenza di un clima di soggezione stabile, fondato su paura, controllo e assenza di alternative, escludendo che la persona offesa «accettasse di buon grado quelle limitazioni, aderendovi culturalmente siccome espressioni di un tollerato autoritarismo maschilista», e

escludere la punibilità *ex* art. 5 c.p., nella misura in cui l'illiceità risulti oggettivamente riconoscibile.

Piuttosto, venuto meno, a seguito della sentenza n. 364 del 1988, il dogma della esigibilità incondizionata della conoscenza della legge, tali contesti possono assumere rilievo ai fini di un ulteriore accertamento, ossia quello relativo all'esigibilità concreta della conoscenza del comportamento conforme alla norma, che si avrà modo di approfondire nel prosieguo della trattazione.

Nella logica di reciprocità del rapporto tra cittadino e Stato, la Costituzione richiede, infatti, ai consociati un «impegno di solidarietà sociale», che si traduce in uno standard di diligenza in ordine alla conoscenza della legge. Analogamente a quanto avviene in materia di colpa, anche l'evitabilità dell'errore sul precetto non costituisce uno stato psicologico, ma si configura come deviazione rispetto a un modello normativo di doveri di informazione strumentali all'osservanza della legge[281]. Il modello cautelare, funzionale all'adempimento di tale dovere di conoscenza, tiene conto di caratteristiche proprie del soggetto, non limitandosi alle sue esperienze, ma considerando anche il diverso grado di socializzazione e di cultura[282]. Si configura, pertanto, una pluralità di "agenti modello", in relazione ai differenti livelli culturali e sociali riscontrabili nei soggetti che concretamente si confrontano con l'ordinamento[283]. In questa prospettiva, non sembra da escludere, alla luce dell'impostazione della dottrina maggioritaria, la possibilità di costruire l'agente modello tenendo conto del patrimonio culturale e delle esperienze dell'agente concreto[284].

---

affermando, al contrario, che essa agiva «solo e soltanto perché assoggettata e non perché accondiscendente rispetto a quel modello culturale». Alla luce di tali coordinate, la vicenda viene puntualmente contestualizzata in un ambiente familiare connotato dalla vicinanza alla criminalità 'ndranghetista, la quale permeava gli atteggiamenti degli imputati, che facevano leva sull'implicita forza intimidatrice di tale contesto per assoggettare la vittima, ben consapevole dell'ambiente in cui i familiari del marito operavano e delle possibili manifestazioni di violenza ad esso connesse. In questa prospettiva, emerge come patriarcato e metodo mafioso non si pongano quali categorie alternative, ma possano, piuttosto, intersecarsi e rafforzarsi reciprocamente. Le condotte di vessazione e segregazione risultavano, infatti, espressive di una volontà di dominio totalizzante, «quasi dispositivo», nonché «di per sé astrattamente idonea a richiamare nella donna le prerogative di controllo di cose e persone e la prepotenza tipiche delle associazioni mafiose».

[281] D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, cit., pp. 713-714.

[282] G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile*, cit., p. 1392.

[283] A. FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir*., XXXIX, Milano, 1988, p. 1290, si riferisce a un «modello di destinatario» dei precetti statali, inteso come il soggetto che si pone «responsabilmente di fronte ai beni protetti dal diritto».

[284] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente orientati*, cit., pp. 413-415; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 585-587; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 281.

3.1.1. I criteri per valutare l'evitabilità dell'errore sul precetto

Dunque, queste sono le coordinate tracciate dalla giurisprudenza costituzionale, la quale ha chiarito che «l'inevitabilità dell'errore sul divieto (e conseguentemente l'esclusione della colpevolezza) non va misurata alla stregua di criteri c.d. soggettivi puri […], bensì secondo criteri oggettivi»[285]. Tuttavia, si è sottolineato che la Corte costituzionale valorizza comunque la dimensione soggettiva della colpevolezza, individuando nella incolpevole carenza di socializzazione del soggetto agente una possibile fonte di inevitabilità dell'ignoranza della legge penale.

Ciò può verificarsi in relazione a quei reati che, pur presentando un generico disvalore sociale, non risultano sempre e ovunque qualificati come illeciti penali. A tal proposito, si è già sottolineato nel corso della trattazione che pratiche culturali in contrasto con i principi di uguaglianza e non discriminazione tendono a incontrare forme di crescente riprovazione. Tale fenomeno, però, non riguarda soltanto realtà lontane, ma è riscontrabile anche all'interno dell'ordinamento italiano, dove persistono dinamiche relazionali che riflettono resistenze culturali e differenti percezioni di ciò che costituisce discriminazione. Si è già detto, infatti, in tema di coscienza dell'offesa, che i delitti riconducibili alla violenza di genere presentano un carattere peculiare, in quanto se l'offesa ai beni fondamentali della persona è di immediata percezione, diverso è il discorso con riferimento al significato discriminatorio della condotta, che può presentare margini di variabilità culturale. Se già sul piano della percezione dell'offesa emergono limiti legati alla relatività del disvalore, tali limiti si accentuano nella mancata percezione dell'illiceità giuridica.

In questi casi, dunque, il soggetto potrebbe non essersi posto il dubbio circa la liceità della condotta proprio perché privo della stessa concezione di disvalore sociale della discriminazione, essendo tale condotta prevista o tollerata nel contesto culturale di provenienza.

In presenza, dunque, di ipotesi di questo tipo, secondo la Corte, il soggetto dovrebbe quantomeno porsi il dubbio circa l'illiceità del fatto; qualora tale dubbio non sorga, spetta all'interprete verificare le ragioni della sua mancata insorgenza, accertando

[285] Punto 27 della sent. n. 364/88.

se essa sia riconducibile a una condizione soggettiva di carenza di socializzazione non colpevole.

Proprio da questa impostazione ha preso avvio, nella giurisprudenza di legittimità[286], la ricerca di criteri concreti idonei a valutare l'inevitabilità dell'ignoranza della norma penale violata, criteri che appaiono particolarmente utili ai fini della valutazione dell'incidenza della matrice culturale sulla consapevolezza dell'illiceità.

In primo luogo, viene in considerazione la natura della norma culturale cui il soggetto si è conformato, verificando se essa abbia matrice religiosa o giuridica; in quest'ultimo caso, assume rilievo l'eventuale corrispondenza con una norma di diritto positivo vigente nell'ordinamento del Paese di origine. Tale circostanza può senz'altro incidere sulla percezione dell'illiceità della condotta, ma non necessariamente, poiché l'autore culturalmente motivato può provenire da contesti in cui la norma culturale esercita un'influenza più forte di quella giuridica[287].

Analogamente, anche il criterio relativo al grado di vincolatività della norma culturale presenta profili di incertezza ove riferito alla sua forza giuridica, ma assume rilievo nella misura in cui consente di distinguere tra pratiche attuali e condivise all'interno del gruppo di riferimento e norme ormai desuete o scarsamente diffuse.

Ulteriori elementi di valutazione sono rappresentati da fattori di natura più marcatamente soggettiva, quali il livello di integrazione del soggetto nel tessuto sociale e culturale del Paese di arrivo[288] e il grado di persistente adesione alla cultura d'origine,

---

[286] Da ultimo, Cass., Sez. III, 2 luglio 2018, n. 29613, con nota di F. BASILE, *Quanto conta la "cultura"? La Cassazione torna sui reati c.d. culturalmente motivati,* in *Giur it.,* 2018, p. 2246; e con nota di A. PROVERA, *Carezze o violenze? La Cassazione affronta il problema dei reati sessuali a presunto orientamento culturale,* in *Dir. pen. proc*., 2018, pp. 1429 ss.

[287] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pp. 401-402, sottolinea come l'occhio giuspositivsta occidentale crei degli ostacoli ad accogliere la prospettiva del pluralismo giuridico soggettivistico, che giustifica la coesistenza e non corrispondenza tra diritto ufficiale e norme culturali; A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale: pluralismo normativo e immigrazione*, Roma-Bari 2008, pp. 45 ss., sottolinea come il diritto dello Stato valga principalmente per le materie che ricadono nel diritto internazionale privato, come l'istituto delle successioni o degli *status* civili, ma «di fatto» le norme che influenzano le condotte sono molte di più di quelle ufficiali (comunità, religione ecc.); ID., *L'escissione: un caso giudiziario*, in *Soc. dir*., 1/1992, p. 116, osserva che le comunità in cui una pratica è particolarmente radicata risultano esposte a una duplice appartenenza normativa: da un lato, l'ordinamento statale, fondato sulla tutela dei diritti della persona, che qualifica la pratica come illecita; dall'altro, un sistema normativo locale e tradizionale, avvertito come prevalente e, spesso, maggiormente vincolante sul piano sociale.

[288] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 398.

profilo che può mantenere una certa autonomia rispetto alla durata della permanenza nel nuovo contesto[289].

Si tratta, in ogni caso, di criteri che, singolarmente considerati, non assumono valore decisivo, ma che, valutati complessivamente, consentono di ricostruire l'incidenza del fattore culturale nella mancata percezione dell'illiceità e possono, in determinate circostanze, condurre a un'esclusione della responsabilità.

3.1.2. Applicazioni "discriminatorie"

Tali criteri possono dunque incidere in modo significativo nell'attribuzione della responsabilità penale, poiché consentono di valorizzare il fattore culturale all'interno delle categorie e delle prassi giudiziali. Emblematico, in tal senso, è il caso di una giovane donna rumena, giunta in Italia da soli due mesi, che, all'ottava settimana di gravidanza, aveva assunto il *Cytotec*, farmaco impiegato principalmente nella terapia dell'ulcera, ma idoneo a provocare, quale effetto secondario, forti contrazioni uterine tali da determinare l'aborto, con l'intento di interrompere una gravidanza indesiderata, nella convinzione che tale condotta fosse lecita[290].

In tale vicenda, l'imputata è stata assolta per ignoranza inevitabile della legge penale, ritenuta tale in ragione di una non colpevole carenza di socializzazione, non essendo a conoscenza delle modalità procedurali previste dagli artt. 5 e 8 della l. 194/1978 per l'interruzione volontaria della gravidanza.

Diversamente, un caso analogo, nel quale però non veniva in rilievo la provenienza culturale della donna, cittadina italiana, ha avuto esito completamente

[289] Nella sentenza sopracitata (n. 29613/2018) relativa ad un imputato un uomo di origini albanesi che aveva commesso ripetuti atti sessuali sul figlioletto di soli cinque anni (palpeggiamenti e contatti di natura orale delle parti intime), il fatto non è stato ritenuto conforme alle tradizioni del Paese di provenienza, in ragione dell'inesistenza di una corrispondente norma di costume o religiosa. La condotta, però, risultava espressamente sanzionata anche dal codice penale dello stesso Paese d'origine. La tradizione richiamata è stata, peraltro, qualificata come «limitata alle sole zone rurali» e «circoscritta alla mera carezza bene-augurale», e dunque non estensibile a contatti ben più invasivi, quali quelli oggetto del processo. La condanna è stata quindi pronunciata escludendo la non consapevolezza dell'illiceità delle condotte, alla luce della prolungata permanenza degli imputati in Italia e del loro pieno inserimento nel contesto sociale nazionale.

[290] Trib. Milano 12 gennaio 2010, con nota di G. L. GATTA, in *Corr. Merito* 2010, pp. 51 ss., riportata anche in E. TIANI, *L'ignoranza delle modalità obbligatorie per l'interruzione volontaria della gravidanza costituisce ignoranza inescusabile della legge penale (art. 5 c.p.),* in *Dir. pen. cont.*, 3 febbraio 2012.

opposto[291]. In presenza delle medesime modalità di realizzazione del fatto, la donna propose ricorso in Cassazione, lamentando la violazione dell'art. 47, comma 3, c.p. Tuttavia, la Corte ha chiarito che la disciplina violata, ossia ancora quella prevista dagli artt. 5 e 8 della l. 194/1978, deve qualificarsi come norma integratrice del precetto penale di cui all'art. 19 della medesima legge, in quanto espressamente richiamata e funzionale a delineare il contenuto della fattispecie incriminatrice: l'eventuale ignoranza relativa alle modalità procedurali andava dunque valutata nei termini dell'inescusabilità[292].

Il confronto tra tali decisioni evidenzia come l'applicazione dei medesimi principi possa condurre a esiti profondamente diversi, a seconda del peso concretamente attribuito al fattore culturale e alle condizioni soggettive dell'agente nel giudizio di colpevolezza.

Va osservato, inoltre, come l'esito assolutorio dipenda non solo dall'applicazione dei suddetti criteri, ma anche da un'impostazione della vicenda tale da consentire di evitare l'appello al limite invalicabile rappresentato dalla tutela dei diritti fondamentali. Ciò emerge con particolare evidenza nel confronto tra l'approccio giudiziale alla circoncisione rituale maschile e quello alle mutilazioni genitali femminili. Occorre, pertanto, richiamare le pronunce già menzionate in apertura del presente capitolo[293], al fine di sviluppare una riflessione sul tema dell'*ignorantia legis* e verificare l'atteggiamento della giurisprudenza di fronte a condotte culturalmente motivate che incidano su beni fondamentali.

È stata già esposta la distinzione operata dalla giurisprudenza tra circoncisione religiosa, propria delle religioni ebraica e musulmana, e circoncisione praticata per ragioni non religiosamente codificate. In quest'ultimo caso, proprio in quanto la pratica è riconducibile a gruppi non sempre agevolmente inquadrabili nelle forme di esercizio

---

[291] Cass. pen., sez. V, 30 settembre 2011 (dep. 29 novembre 2011), n. 44107, con nota di E. TIANI, *L'ignoranza delle modalità obbligatorie per l'interruzione volontaria della gravidanza costituisce ignoranza inescusabile della legge penale (art. 5 c.p.),* in *Dir. pen. cont.,* 3 febbraio 2012.

[292] La Corte ha ribadito un orientamento consolidato secondo cui «la coscienza dell'antigiuridicità o dell'antisocialità della condotta non costituisce componente del dolo, essendo sufficiente, ai fini della sua sussistenza, la coscienza e volontà di realizzare il fatto tipico. D'altra parte, essendo la conoscenza della legge penale presunta dall'art. 5 c.p., quando l'agente abbia posto in essere coscientemente e con volontà libera un fatto vietato, il dolo deve ritenersi sussistente, senza che sia necessaria la consapevolezza dell'illiceità della condotta».

[293] I riferimenti che seguiranno sono a Cass. pen., sez. VI, 22 giugno 2011, n. 43646 e Cass. pen., sez. V, 17 aprile 2025, n. 23215.

collettivo della libertà religiosa, il profilo culturale non viene valorizzato ai fini delle esimenti di cui agli artt. 50[294] e 51 c.p., pur alla luce del riferimento agli artt. 8 e 19 Cost., che garantiscono la libertà religiosa.

Nel caso della circoncisione "culturale" o "etnica"[295], infatti, si esclude il riferimento alla libertà religiosa, trattandosi di un adeguamento a una pratica diffusa nella comunità di appartenenza ma estranea al rito cattolico. Si ritiene, però, che tale pratica meriti comunque una adeguata considerazione, nella misura in cui non rientra tra gli atti dispositivi del proprio corpo vietati ai sensi dell'art. 5 c.c., poiché, pur incidendo sull'integrità fisica, non ne determina una diminuzione permanente, nè risulta contraria all'ordine pubblico e al buon costume, a condizione che sia eseguita nel rispetto delle regole igienico-sanitarie da un professionista, assumendo così la natura di atto medico.

In assenza di una specifica fattispecie incriminatrice, come invece previsto per le mutilazioni genitali femminili, questi sono i termini di liceità della pratica, la violazione dei quali può integrare il reato di esercizio abusivo della professione medica *ex* l'art. 348 c.p. Si pone, pertanto, il problema di verificare se tale reato possa ritenersi escluso per la sussistenza di una *ignorantia legis* inevitabile, ai sensi dell'art. 5 c.p.

In tal senso, la sentenza del 2025[296] richiama espressamente quella del 2011, sia in premessa sia nelle conclusioni. In tali ipotesi, la scelta di sottoporre il neonato alla circoncisione «va letta come espressione della cultura (…) interiorizzata nell'ambito della comunità di provenienza»[297], ne consegue che la valutazione dell'inevitabilità dell'ignoranza deve emergere dal confronto tra dati oggettivi, idonei a determinare nell'agente l'ignoranza della norma, e dati soggettivi, relativi alle conoscenze e capacità dell'agente stesso.

Già nella sentenza del 2011 si evidenziava, sotto il profilo oggettivo, come un soggetto proveniente da un contesto culturale profondamente diverso, non ancora integrato nel tessuto sociale e giuridico italiano, si trovi in una condizione di oggettiva difficoltà nel recepire valori e divieti a lui estranei. Sotto il profilo soggettivo, si

[294] Proprio nella sent. n. 43646/2011, la pratica di circoncisione rituale religiosa veniva ritenuta compatibile con l'ordinamento italiano, trovando fondamento nel consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.), validamente prestato dai genitori, e rientrando negli atti di disposizione del proprio corpo consentiti (art. 5 c.c.).
[295] Dizione del punto 2.3 della sent. n. 23215/2025.
[296] Punti 9 e ss. della sent. n. 23215/2025.
[297] Punto 6 della sent. n. 43646/2011.

valorizzavano, invece, il bagaglio culturale, il basso livello di istruzione e l'assenza di un conflitto di coscienza, elementi idonei ad attenuare il dovere di diligenza nella conoscenza delle regole del nuovo contesto. Per tali ragioni, i giudici di legittimità hanno ritenuto applicabile l'art. 5 c.p., riconoscendo una incolpevole carenza di socializzazione che aveva impedito all'imputata una normale accessibilità, e quindi conoscibilità, della norma penale violata.

Nella sentenza del 2025, inoltre, si afferma che la conoscenza del disvalore sociale del fatto (in termini di lesione), ovvero l'esistenza di una regolamentazione giuridica (art. 348 c.p., quale norma penale in bianco), costituisce la premessa psichica che consente al soggetto, attraverso uno sforzo delle proprie capacità intellettive, di giungere alla conoscenza dell'antigiuridicità[298].

In tale prospettiva, mentre sotto il profilo dell'antigiuridicità si fa riferimento all'esercizio abusivo della professione, sotto il profilo dell'offesa si richiama il disvalore sociale del fatto in termini di lesione. Si pone pertanto il problema di individuare correttamente il profilo offensivo, che non sembra coincidere tanto con l'incisione sull'integrità fisica del minore derivante dalla circoncisione, quanto piuttosto con l'esposizione a pericolo della sua integrità, determinata dal fatto di essere sottoposto a un atto medico da parte di un soggetto privo di abilitazione.

La questione si riduce, dunque, a verificare se il coinvolgimento dell'imputata nell'atto rituale sia avvenuto con consapevolezza ovvero in condizioni di ignoranza inevitabile circa la mancanza di abilitazione del soggetto esecutore: un profilo ben più "artificiale" del carattere "naturale" dell'integrità fisica[299].

Fatte queste considerazioni, è possibile interrogarsi sulla possibilità di estendere tali criteri anche al fenomeno delle mutilazioni genitali femminili[300], le quali, come già

[298] Punto 9.6 della sent. n. 23215/2025.
[299] Sul punto anche S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna 2017, p. 690.
[300] F. BASILE, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza*, cit., p. 321, in commento a Corte App. Venezia, 23 novembre 2012, n. 1485, osserva che, alla luce dei criteri desumibili dalla sentenza n. 43646/2011, sarebbe stato verosimilmente possibile riconoscere anche nei confronti dei due genitori che avevano richiesto di sottoporre le figlie alla pratica dell'*aruè* un'ipotesi di ignoranza inevitabile. Tale conclusione viene prospettata valorizzando le difese articolate nel caso concreto: la pratica, infatti, risultava considerata lecita e doverosa sia nel contesto culturale di appartenenza (la comunità Edo-Bini), sia nel più ampio ambiente sociale di riferimento; inoltre, i fatti si collocavano in un momento immediatamente successivo all'entrata in vigore della l. n. 7/2006, in assenza di adeguate campagne informative sul territorio. A ciò si aggiungeva la condizione di

evidenziato, sono oggetto di una valutazione particolarmente sfavorevole da parte dell'ordinamento.

Non può, infatti, trascurarsi che in questo ambito non opera il medesimo meccanismo di integrazione della norma extrapenale che si riscontra nel caso dell'esercizio abusivo della professione[301], una norma tecnica che rende la giurisprudenza maggiormente incline a riconoscerne la rilevanza. Nel caso delle mutilazioni genitali femminili, invece, ci si trova di fronte a una pratica espressamente condannata non solo dall'ordinamento, ma anche dalla cultura di maggioranza e, spesso, dalla stessa comunità di riferimento. Ne deriva che non viene in rilievo soltanto il profilo dell'illiceità della condotta in sé, che, come visto, non ricorre nella circoncisione, ma anche quello della percezione del disvalore sociale, difficilmente suscettibile di essere escluso.

Una conferma in tal senso si rinviene in uno dei pochi casi di mutilazioni genitali femminili sottoposto al vaglio del giudice in tema di scusabilità dell'errore[302]. Il Tribunale di primo grado ha ritenuto che, pur sussistendo in capo all'imputata l'obbligo di informarsi sulla normativa vigente in materia, ella fosse concretamente in grado di adempiere a tale onere. A tal fine sono state valorizzate diverse circostanze: in primo luogo, la presenza in Italia antecedente all'introduzione dell'art. 583-*bis* c.p., nonché il tempo trascorso tra l'entrata in vigore della norma e la commissione dei fatti, il possesso di un livello medio di istruzione, attestato dal conseguimento della licenza media. Il giudice ha quindi concluso che, pur mantenendo un legame con le tradizioni del Paese d'origine, la donna fosse sufficientemente inserita nel contesto sociale italiano, e comunque in grado di percepire il disvalore attribuito a tali pratiche, rendendo, pertanto, inescusabile l'*ignorantia legis*.

Anche in sede di appello, nonostante la difesa avesse sostenuto la non immediata percepibilità della punibilità del fatto, in particolare se commesso all'estero, la Corte ha ribadito che le pratiche di mutilazione genitale femminile erano già penalmente rilevanti

---

particolare vulnerabilità della madre, caratterizzata da recente immigrazione, basso livello di istruzione, limitata conoscenza della lingua e isolamento sociale, nonché dalla sottoposizione a pressioni familiari.

[301] In materia di mutilazioni genitali femminili, i genitori che accompagnano la minore presso un soggetto non qualificato affinché esegua l'intervento non rispondono di concorso nel reato di esercizio abusivo della professione, né, eventualmente, di lesioni in concorso o di lesioni come conseguenza di altro delitto qualora l'intervento produca esiti infausti, bensì concorrono direttamente nel delitto di mutilazioni genitali femminili.

[302] Trib. Pordenone, 18 marzo 2024, n. 1346, in V. GALVAN, *Stigmate identitarie,* cit., pp. 9-12.

prima della novella, in quanto riconducibili ai reati di lesioni personali, anche aggravate. A ciò si è aggiunto il rilievo che gli interventi erano stati eseguiti in Egitto in un periodo relativamente prossimo alla loro esplicita criminalizzazione anche nell'ordinamento egiziano (tra luglio e settembre 2007, a fronte di una legge entrata in vigore nel febbraio 2006), circostanza dalla quale è stata desunta una verosimile consapevolezza della rilevanza penale di tali condotte.

La Cassazione, nel confermare la condanna ed escludere l'inevitabilità dell'ignoranza della legge, ha colto l'occasione per ribadire l'impossibilità di attribuire prevalenza a motivazioni culturali quando queste si pongano in contrasto con la centralità della persona umana e con beni giuridici fondamentali tutelati a livello costituzionale (artt. 2 e 3 Cost.) [303].

Analogamente, anche in materia di maltrattamenti, non viene mediato, attraverso la considerazione del fattore culturale, «l'obbligo per l'imputato di conoscere, ai sensi dell'art. 5 c.p., il divieto imposto dalla legge ai comportamenti lesivi da lui posti in essere, quale che possa essere stata, per lui, la valutazione della condotta realizzata, anche qualora essa sia stata ritenuta innocua, socialmente utile o comunque non riprovevole»[304]. Si ribadisce, dunque, che in tema di delitti contro la persona il disvalore della condotta è normalmente percepibile in modo immediato, con la conseguenza che l'errore sul precetto difficilmente può ritenersi inevitabile, escludendo la possibilità dell'impunità.

3.2. Premesse a un discorso intorno all'esigibilità

Nell'ambito della concezione normativa della colpevolezza, inoltre, si sono sviluppate categorie come quella dell'inesigibilità, che permettono di valorizzare circostanze particolarmente rilevanti per gli autori culturalmente motivati, quali i conflitti tra l'osservanza delle norme della cultura di origine e quelle dell'ordinamento di accoglienza.

---

[303] Cass. pen., sez. V, 2 luglio 2021, n. 37422, con nota di D. SCIUTTERI, *Reati culturalmente motivati e ignorantia legis a margine della prima sentenza di legittimità sulle mutilazioni genitali femminili*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 7/2022, pp. 49 ss.

[304] Cass. pen., sez. VI, 26 novembre 2008, n. 46300 in *Riv. pen.* 2009; conforme Cass. pen., sez. VI, 8 novembre 2002, n. 55, in *Dir. e giust. 2003*, 12, 106, in cui non si esclude che il fattore culturale possa apprezzarsi nel quadro delle variabili apprestate dall'art. 133 c.p., in punto di personalizzazione e adeguatezza della pena.

È, così, possibile distinguere tra la situazione del soggetto che agisce in un conflitto di doveri e quella del soggetto che opera in condizioni di ignoranza dell'illiceità della propria condotta, pur essendo entrambe valutate nell'ambito della colpevolezza. Ed è proprio sotto questo profilo emerge la differenza tra inesigibilità e inevitabilità. L'inevitabilità, quando è ricondotta all'ignoranza scusabile della legge, evoca un giudizio fondato su criteri oggettivi (o, stando alla ricostruzione della Consulta, oggettivo-misti): qualcosa è inevitabile quando il comportamento alternativo lecito non era concretamente possibile e il soggetto non era motivabile. Diversa è, invece, la logica delle scusanti fondate sull'inesigibilità: in questo ambito non si afferma che il soggetto non potesse, in senso materiale, agire diversamente, ma che non si poteva ragionevolmente pretendere da lui un comportamento conforme alla norma[305].

Tuttavia, la dottrina tedesca ha criticato il criterio del "poteva agire diversamente" quale fondamento etico del rimprovero. In tale prospettiva, la concezione della colpevolezza viene spogliata della riprovevolezza morale in senso stretto, fondando l'intervento penale non su un libero arbitrio in senso metafisico, ma su un concetto empirico-normativo di libertà[306]: se il soggetto era motivabile dalla norma, egli è considerato libero e, quindi, rimproverabile[307]. In tale ottica, la colpevolezza viene intesa come meritevolezza della pena, in connessione con il concetto di responsabilità personale, che implica un ulteriore giudizio sulla necessità della pena in chiave preventiva. Non si tratta soltanto di un bilanciamento tra esigenze di prevenzione generale e libertà individuale, ma di una valutazione più articolata, che consente, ad esempio, di escludere la punibilità di condotte di particolare esiguità.

Diversa è la prospettiva di autorevole dottrina italiana, secondo cui l'ultimo "livello" del reato risulta completamente depurato da elementi retributivi, incluso

[305] Come sottolinea G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova 1990, pp. 11-12, l'inesigibilità non è un *können*, un "non potere" materiale, bensì un *dürfen*, un "non potere" morale. L'azione alternativa è materialmente realizzabile, ma non è moralmente esigibile. Se nell'inevitabilità, quindi, il soggetto non era in grado di attivare lo sforzo di coscienza necessario per rappresentarsi la norma; nelle scusanti, invece, pur potendo attivarlo, non gli si può rimproverare di non averlo fatto.
[306] C. ROXIN, *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., n. 1/1984, pp. 24 ss. osserva come una concezione della colpevolezza fondata sulla possibilità individuale di agire diversamente non sia suscettibile di accertamento. Ne deriva che l'intera impostazione si fonda piuttosto sul riconoscimento che la condotta umana può essere influenzata da norme e valori, anche quando questi provengano dal diritto penale. È proprio sulla "fondata aspettativa" che gli individui siano motivati dal sistema penale a conformarsi al diritto che si costruisce la categoria della motivabilità attraverso le norme, la quale si inserisce nel giudizio di colpevolezza come suo presupposto.
[307] C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., pp. 163 ss.

l'indimostrabile libero arbitrio, e diviene la sede di un giudizio di adeguatezza tra fatto e pena[308]. I criteri di tale valutazione, in tale ricostruzione, sono rappresentati dal titolo di imputazione soggettiva e dalla gravità del fatto sotto il profilo della dannosità sociale, in relazione al bene giuridico leso, al grado di offesa e alle modalità dell'aggressione. La responsabilità personale, sul piano sostanziale, coincide così con la verifica della coerenza della sanzione rispetto alla sua funzione costituzionale. Non si ricorre più a una proporzione in senso stretto, bensì a un criterio di ragionevolezza ai sensi dell'art. 3 Cost.

Quest'ordine di principi ben può essere esteso all'autore culturalmente motivato, rispetto al quale non si discute della mera esclusione della responsabilità personale, ma di riconoscere l'incidenza del fattore culturale ai fini di un giudizio individualizzato, coerente con la funzione della pena.

In tale quadro, anche l'incapacità di intendere e di volere non si limita a escludere la colpevolezza, ma diventa oggetto di una valutazione orientata alla predisposizione di un adeguato percorso di recupero sociale. Tale considerazione si aggiunge agli argomenti già sviluppati dalla dottrina per escludere la rilevanza del fattore culturale sul piano dell'imputabilità[309].

Senza necessità di ricorrere a letture che rappresentino l'autore culturalmente motivato come un selvaggio[310], un soggetto "altro", inferiore o irrazionale, negandogli, inoltre, la qualità di portatore di una cultura, si osserva che il rischio del ricorso alla categoria dell'imputabilità è duplice: da un lato, il conflitto culturale non viene adeguatamente considerato all'interno del discorso dommatico; dall'altro, si produce un effetto pregiudizievole nei confronti del gruppo etnico di appartenenza, alimentando

[308] S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 91 ss.
[309] C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali*, cit., pp. 276-277, esclude, alla luce dell'art. 90 c.p., la rilevanza della tensione psicologica derivante dal conflitto tra cultura d'origine e cultura della società ospitante. Pur riconoscendo che tale contrasto possa generare nel soggetto disagio, frustrazione e tensione psicologica, l'A. evidenzia come questa dimensione attenga a un conflitto interno, distinto dal conflitto esterno di cui si occupa il diritto penale e, pertanto, non idoneo a rilevare ai fini dell'esclusione dell'imputabilità.
[310] Per un *excursus* dei tentativi in dottrina di inserire la diversità culturale in sede di valutazione dell'imputabilità F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pp. 385 – 390.

generalizzazioni indebite, difficilmente conciliabili con una prospettiva autenticamente multiculturale[311].

3.2.1. Alle origini della categoria dell'esigibilità

Quando si affronta il tema del processo motivazionale dell'autore culturalmente motivato, accanto all'ipotesi in cui l'agente ignori l'illiceità della condotta, si colloca quella in cui, pur consapevole dell'illiceità, egli agisce comunque in modo difforme dal diritto, conformandosi alla norma culturale[312]: è in questa seconda ipotesi che viene in rilievo l'istituto dell'esigibilità.

Storicamente, tale categoria nasce da esigenze di maggiore flessibilità del sistema e si configura come un meccanismo di reazione alle rigidità del diritto autoritario[313]. Sebbene si debba già ai neokantiani il merito di aver fondato la dommatica su scelte di valore[314], è a Reinhard Frank che si deve l'individuazione non solo del rimprovero quale cifra distintiva del giudizio di colpevolezza, ma anche il suo radicamento nella normalità del processo motivazionale dell'autore[315].

---

[311] C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivat*i, cit., pp. 215-217; A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 123.

[312] L'impostazione suggerita è sviluppata sul modello di Alison Dundes Renteln, riportato in C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., pp. 105-107, che distingue tra *cultural defense* in senso cognitivo e *cultural defense* in senso volitivo. La distinzione mira a chiarire quali aspetti del processo decisionale dell'agente siano stati influenzati dalla motivazione culturale. La cultural defense cognitiva ricorre quando il retroterra culturale impedisce all'agente di comprendere che il proprio comportamento integra un reato: l'imputato non si rende conto che le azioni conformi alla sua cultura sono invece vietate nell'ordinamento ospitante. La *cultural defense* volitiva, invece, si verifica quando il soggetto è pienamente consapevole che le proprie azioni sono vietate dalla criminal law dominante, ma agisce comunque perché spinto dalla forza imperativa della cultura d'origine.

[313] Per una ricostruzione storica nell'esperienza giuridica tedesca, A. BARATTA, *Antinomie e conflitti di coscienza*: *contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milano 1963, pp. 7 ss.; non stupiscono, inoltre, le critiche sviluppatesi durante l'epoca nazionalsocialista alla relativizzazione del diritto che tale istituto avrebbe comportato, come evidenziato da G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., pp. 121 ss.

[314] S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 77 ss.

[315] G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 40; F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri: contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano 2000, pp. 279 -281, per un *excursus* sull'evoluzione del pensiero di Frank: con lo scritto del 1907, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in *Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen*, pp. 519 ss., valorizza la "normalità delle circostanze concomitanti alla condotta"; nel pensiero del 1911 si riferisce alla "normalità della motivazione"; nel 1919, invece, afferma la natura eccezionale delle cause di esclusione della colpevolezza, trasformandole da elementi positivi in elementi negativi; nel 1924, infine, individua gli elementi della colpevolezza nella libertà (o signoria sul fatto), nel dolo e nella colpa, intendendo la libertà sia in senso interno (imputabilità) sia in senso esterno, ove trovano collocazione istituti quali la legittima difesa e lo stato di necessità.

Il punto centrale di tale ricostruzione risiede, infatti, nella normalità dell'atto di volontà rispetto alla normalità delle circostanze in cui l'agente opera, il che consente di individuare nella categoria dell'esigibilità un interessante spazio d'analisi per la peculiarità dell'autore culturalmente condizionato e la dimensione di eccezionalità in cui egli si colloca[316]. Si tratta, infatti, della sede privilegiata per esaminare l'incidenza di fattori (tra cui quello culturale) sul processo motivazionale: il soggetto si trova in una situazione di conflitto in cui una direzione conduce alla violazione della legge penale dello Stato, mentre l'altra implica il sacrificio di un valore concorrente espresso dalla norma culturale[317].

Non può, tuttavia, trascurarsi che, per chi intenda affrontare il tema dei reati culturalmente motivati, valorizzando la flessibilità del sistema, l'esigibilità consente certamente di muoversi in tale direzione, ma incontra limiti significativi che devono essere attentamente considerati.

Nel dibattito dottrinale italiano, l'esigibilità è stata definita come il "quarto elemento della colpevolezza" [318], in quanto attinente alle circostanze che incidono sulla

[316] In dottrina, una parte degli Autori valorizza la non esigibilità quale criterio idoneo a fondare una graduazione della responsabilità e, conseguentemente, una mitigazione della pena da irrogare in concreto nei casi di conflitto di doveri, v. V. MASARONE, *L'incidenza del fattore culturale sul sistema penale tra scelte politico-criminali ed implicazioni dogmatiche*, in *Dir. pen. proc.,* n. 10/2014, pp. 89-122; nonché ID., Gen*der and Culturally Motivated Crimes: The Italian Perspective,* in E. OLIVITO (a cura di), *Gender and Migration in Italy. A Multilayered Perspective*, 2016, p. 156. In senso contrario, esclude che tale categoria possa condurre a un'esclusione della punibilità A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., pp. 124-125. Più aperta, invece, la posizione di C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati,* cit., pp. 229-231, secondo cui le critiche rivolte all'inesigibilità sarebbero superabili. Si mostra scettico C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali*, cit., pp. 280-282. Infine, anche G. DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, in A. BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, cit., pp. 143 ss., manifesta un certo scetticismo rispetto all'utilizzo della categoria dell'esigibilità quale fondamento per la valorizzazione del fattore culturale, anche alla luce delle sue origini storiche. Tale categoria, infatti, nasce per rispondere a esigenze prevalentemente assiologico-sociali, operando sulla base di valori riconducibili alla comunità giuridica "di maggioranza". In questa prospettiva, l'esigibilità appare orientata soprattutto alla realizzazione di istanze di giustizia sociale, più che strutturata secondo una logica individualizzante, capace di cogliere in concreto l'incidenza del fattore culturale sul processo motivazionale del singolo soggetto.

[317] A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, cit., p. 8 riconosce, in questa prospettiva, rilievo anche al c.d. «conflitto improprio», inteso come il conflitto che si instaura tra una norma dell'ordinamento giuridico e un'altra appartenente a un diverso ordinamento o a un sistema morale; analogamente G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 428. Diversamente, F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 519, ritiene che i conflitti di doveri debbano essere risolti sul piano dell'antigiuridicità, in particolare attraverso l'art. 51 c.p., quale causa di giustificazione espressiva dell'intero ordinamento, che consente il bilanciamento tra i doveri in gioco e giustifica la condotta conforme al dovere prevalente.

[318] F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 256; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale* cit., pp. 426 ss., inquadra l'inesigibilità nell'anormalità del processo motivazionale come causa di esclusione della colpevolezza.

normalità della motivazione, le quali non eliminano la dannosità sociale del fatto, ma escludono la rimproverabilità dell'autore.

Il concetto di inesigibilità è al contempo strettamente connesso alla dimensione dello stato di necessità. L'idea di fondo è che all'uomo non sia richiesto un comportamento eroico[319]: qualora il soggetto abbia avuto la possibilità di scegliere tra il fatto commesso e un'alternativa lecita, la sua responsabilità deve essere affermata; ove operi lo stato di necessità, invece, si è in presenza di una situazione eccezionale che determina una coazione, una violazione "necessaria" del precetto penale.

Tale condizione però non sarebbe riscontrabile quando l'azione rappresenta il frutto di un'iniziativa individuale, non imposta da una reale e insuperabile alternativa. Ne consegue che, in assenza di tale necessità, sorgono problemi in ordine all'applicazione analogica della scusante, mancando il suo presupposto essenziale[320].

Già nella prima monografia sul tema di Luigi Scarano, si sottolineava che la mera trasgressione della norma non fosse sufficiente a giustificare la non punibilità, rendendosi necessaria un'indagine sulla persona dell'agente, escludendo pertanto che la non esigibilità potesse essere ricondotta tra le cause di esclusione della punibilità[321], della pena[322] o dell'antigiuridicità[323]. Proprio attraverso un procedimento analogico fondato sulla *ratio* dello stato di necessità e delle scusanti, l'Autore costruisce

[319] L. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, Napoli 1948, p. 6, richiamando Gaetano Filangieri e Pellegrino Rossi, si individuano già nella prima dottrina italiana riferimenti alla rilevanza, ai fini della non punibilità, delle circostanze eccezionali in cui agisce l'agente; tale impostazione trova conferma anche nella giurisprudenza esemplificativamente richiamata (pp. 89 ss.). Per un approfondimento, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., pp. 32 ss.

[320] F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 473 ritiene l'art. 54 c.p. non utilizzabile, in quanto la norma si configura come attributiva di una mera facoltà di agire. Il conflitto di doveri, infatti, per l'A. non rientra in tale schema, poiché non si tratta di stabilire se all'agente fosse riconosciuta la facoltà di commettere il reato, quanto piuttosto di verificare la sussistenza di un vero e proprio dovere di porre in essere la condotta medesima.

[321] L. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, cit.,145 ss., critica la costruzione di Gustav Radbruch, che sembra confondere le valutazioni politico-criminali proprie del legislatore con il piano dell'inesigibilità. Emblematico è il caso dell'infanticidio per causa d'onore, che non pone un problema di esigibilità della condotta, ma riflette una scelta valutativa del legislatore, sottratta, in quanto tale, alla disponibilità del giudice.

[322] *Ivi*, p. 152 ss., l'azione rimane impunita non perché l'agente, posto di fronte all'alternativa tra il sacrificio dell'altrui bene e la tutela della propria integrità personale, scelga la salvaguardia di sé, bensì per una ragione diversa, riconducibile al contenuto e agli effetti delle specifiche prerogative riconosciute dall'ordinamento. Ne consegue che, ove difetti la *ratio* dell'inesigibilità, resta escluso che tale principio possa assumere rilevanza normativa attraverso un procedimento analogico.

[323] *Ivi*, pp. 154 -155.

l'inesigibilità sia come esimente sia come causa di esclusione della colpevolezza nei casi non espressamente previsti dalla legge.

Nel primo caso, si afferma che anche in «ipotesi simili» (rispetto a quelle previste dalle norme che escludono la colpevolezza o disciplinano lo stato di necessità) viene meno l'obbligo di conformarsi al precetto penale: non risulta, cioè, esigibile un comportamento conforme alla norma, neppure in situazioni che, pur non espressamente previste, presentano la medesima *ratio*. In questa prospettiva, la non esigibilità si configura come il principio che informa tanto lo stato di necessità quanto le scusanti e, nei casi non espressamente disciplinati, attraverso il ricorso all'analogia, assume la natura di entità normativa, idonea a operare come esimente[324].

Esempio paradigmatico è rappresentato dalla causa d'onore: per l'Autore non si tratta di una situazione assimilabile allo stato di necessità *ex* art. 54 c.p., ma di una condizione in cui comunque rileva il turbamento dell'animo e lo stato psicologico dell'agente, che escludono la colpevolezza non per il valore oggettivo della causa[325], bensì per l'incidenza soggettiva sul processo motivazionale. Da ciò deriva la possibilità di elevare a principio generale in materia di colpevolezza quello desumibile dall'art. 54 c.p.[326], individuandone la ratio nell'inesigibilità della condotta conforme al precetto, con la conseguente prospettazione di una sua applicazione in via analogica[327]: insomma, non vi è rimproverabilità nella condotta di chi, posto di fronte a un'alternativa estrema, sacrifica un bene giuridico tutelato[328].

---

[324] *Ivi*, pp. 75 ss.

[325] *Ivi*, pp. 73-74; D. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, cit., pp. 284-285, riporta invece la causa d'onore alla logica dello stato di necessità perché caratterizzata dalla rilevanza dell'alterazione psichica che determina il soggetto all'azione.

[326] L. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, cit., pp. 118 – 119, specifica infatti che nei casi in cui viene in rilievo l'inesigibilità, l'agente si è determinato con coscienza e volontà: «non fa difetto l'azione ma la colpevolezza (…) è il momento della riprovevolezza che viene a mancare».

[327] *Ivi*, p. 75, il principio che informa la disciplina dello stato di necessità e, più in generale, il complesso delle norme che escludono la colpevolezza, è che l'agente, posto nella dura e immediata alternativa tra il sacrificio del bene altrui e il pericolo per la propria integrità personale, possa conseguire la propria salvezza solo attraverso il sacrificio di beni appartenenti a soggetti che non hanno determinato la situazione di pericolo.

[328] *Ivi*, pp. 70 ss.; P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova 1972, pp. 100-101, per il quale l'antidoverosità presenta un duplice profilo: oggettivo, in quanto la condotta si pone in contrasto con una norma posta a tutela di un bene giuridico; soggettivo, in quanto il dovere può essere rimproverato solo se era concretamente esigibile dal soggetto. È in questa dimensione soggettiva che si colloca l'inesigibilità, la quale esclude la colpevolezza quando, alla luce delle circostanze del caso concreto, non è possibile pretendere un comportamento conforme al diritto. Tuttavia, qualora si identifichi il dovere con l'esigibilità, l'inesigibilità finirebbe per escludere la stessa antidoverosità, trasformandosi in una causa oggettiva di liceità. Per evitare tale esito, essa viene ricondotta nell'ambito della colpevolezza, ma al

Gabriele Fornasari coglie l'ambiguità di tale impostazione[329] e propone una diversa collocazione: l'inesigibilità non si esaurisce nella colpevolezza, ma attraversa l'intera struttura del reato, configurandosi come clausola regolativa[330], generale, che consente al giudice di adattare il giudizio alla concretezza del caso: in questa prospettiva, il legislatore non esaurisce in via generale il giudizio di disvalore, rimettendo al giudice la delimitazione concreta dell'obbligo giuridico[331].

Ai fini della presente analisi, rileva in particolare l'individuazione dell'inesigibilità quale *ratio* delle scusanti previste dalla legge[332]: superata l'indimostrabilità del libero arbitrio in senso metafisico, l'inesigibilità non elimina il

---

prezzo di una sua restrizione ai casi di pressione esterna idonea a incidere sulla libertà di autodeterminazione dell'agente. In tal modo, però, il giudizio tende a spostarsi sui motivi del soggetto, con il rischio di una eccessiva soggettivizzazione della colpevolezza e di un indebolimento del riferimento al fatto oggettivo. In questa prospettiva si colloca anche D. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, cit., p. 277, che sottolinea come debba essere respinto ogni tentativo di determinare l'inesigibilità esclusivamente sulla base della forza dei motivi.

[329] G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penal*e, cit., pp. 170-172, sottolinea che, quando l'inesigibilità viene considerata come esimente extralegale, si ha l'impressione che vengano sovrapposte le categorie dell'antigiuridicità e della colpevolezza. Infatti, anche ammettendo che in entrambi i casi venga meno un obbligo in capo all'agente, si tratta pur sempre di obblighi aventi natura diversa: nel caso delle esimenti, infatti, vi è un bilanciamento oggettivo di interessi volto a delimitare a priori l'efficacia dell'obbligo. In secondo luogo, si omette di considerare che, se le esimenti sono suscettibili di interpretazione analogica, lo stesso non dovrebbe dirsi per le scusanti, dato il loro carattere eccezionale. Il procedimento analogico, infatti, richiede un principio generale da cui muovere, e non sembra metodologicamente corretto farlo discendere da una situazione non suscettibile di generalizzazione, come quella non motivata dalla norma penale. Tale situazione, peraltro, non ha nulla a che vedere con le cause di giustificazione, il cui tratto peculiare consiste nel bilanciamento di beni o interessi, risolto nella legittimazione di un comportamento che sacrifica un bene per salvaguardarne uno prevalente, senza alcuna valutazione della sfera interiore dell'agente. L'A. critica, inoltre, la ricostruzione di Scarano dell'inesigibilità come scusante extralegale, ravvisando ulteriori incongruenze nel fatto che l'inesigibilità viene identificata come la ratio delle scusanti, e quindi anche delle eventuali scusanti extralegali, e, nello stesso tempo, le viene conferita una propria forza normativa tale da configurarsi come autonoma causa di esclusione della colpevolezza deducibile per analogia.

[330] *Ivi*, pp. 150 ss., il riferimento è alla terminologia di Heinrich Henkel, cui si riconosce il merito di aver elevato tale principio a criterio generale dell'ordinamento, sottraendolo a una collocazione esclusivamente limitata all'ambito della colpevolezza.

[331] G. FORNASARI, *Sull'applicazione analogica delle cause di esclusione della colpevolezza*, in *Ind. Pen*., n. 3/2025, p. 15, questo sembra essere anche l'indirizzo fatto proprio dalla recente giurisprudenza di legittimità, sebbene talora sostenuto attraverso un ricorso all'analogia particolarmente incisivo, che l'A. non condivide. Secondo tale impostazione, le scusanti, in quanto fondate sull'inesigibilità di un comportamento alternativo lecito e, dunque, sul principio di colpevolezza, costituirebbero espressione di un principio generale, e non dovrebbero pertanto essere qualificate come norme eccezionali. In questa prospettiva, «si dovrebbe dedurre che vi sia una sorta di principio generale di inesigibilità, da applicarsi tutte le volte in cui (…) appaia necessario escludere l'elemento del reato rappresentato dalla colpevolezza in ragione della presenza di elementi di fatto che facciano ritenere che la condotta sia stata tenuta, sì con dolo o con colpa, ma in una situazione motivazionale soggettiva tale da non consentire la formulazione di un rimprovero di colpevolezza». Si precisa, inoltre, che solo in tal modo il principio di colpevolezza, sancito in Costituzione attraverso il riferimento alla personalità della responsabilità penale, può dirsi effettivamente rispettato.

[332] Analogamente, G. VASSALLI, voce *Colpevolezza*, in *Enc. Giur. Treccani*, v. 6, 1988, pp. 20-21.

giudizio di disvalore sulla personalità del soggetto, ma incide sulla sua concreta motivabilità[333].

In tal senso, l'inesigibilità si configura come fondamento delle scusanti e, al contempo, come limite del dovere giuridico, assumendo una funzione solo residuale nelle fattispecie dolose. Essa non può, tuttavia, fungere da base per la costruzione di scusanti extralegali, non essendo percorribile la via dell'analogia, in quanto le fattispecie esistenti non risultano idonee a rappresentare compiutamente le esigenze sottese a tale principio[334].

Il divieto di analogia, infatti, pur non entrando in tensione con la tutela della libertà personale quando operi *pro reo*, incontra un limite rilevante nel principio di uguaglianza[335], soprattutto nei casi in cui manchino criteri chiari che guidino l'applicazione analogica, escludendo il rischio di arbitrarietà giudiziale[336]. Al contrario, per quella parte della dottrina che sostiene la costruzione di una scusante extralegale fondata sull'inesigibilità, il ricorso all'analogia rappresenta una garanzia di certezza del diritto, in quanto la non esigibilità troverebbe il proprio fondamento nella concreta volontà legislatrice[337]. In tale prospettiva, la colpevolezza verrebbe esclusa solo in

[333] G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., 338 ss.; negli stessi termini anche F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., pp. 308-310, per il quale il ruolo del quarto elemento si esplica pienamente nella fase di graduazione del rimprovero: il fatto risulta più o meno colpevole anche in funzione dell'intensità e della qualità dei motivi che hanno indotto l'autore a commetterlo.

[334] G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p.355, ritiene inoltre che, in una prospettiva *de iure condendo*, sarebbe auspicabile che l'ordinamento si doti di un'apposita disposizione idonea a dare rilievo generale al principio di inesigibilità. Allo stato attuale della legislazione, però, l'A. sottolinea che l'inesigibilità non opera direttamente come categoria autonoma, ma trova espressione attraverso istituti tipici. Analogamente D. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, cit., pp. 280-282, sull'impercorribilità dell'analogia per l'indeterminatezza dei parametri di riferimento non esigibilità, che «non dice niente» se non viene inquadrata nei rapporti di valore a cui si riferisce; *contra* G. VASSALLI, voce *Colpevolezza*, cit., p. 20 per il quale non mancherebbe in caso di *analogia iuris* la concretezza dei parametri di riferimento, poiché questi ultimi risulterebbero dalle cause di scusa generali espresse.

[335] G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., 220, evidenzia un contrasto con il principio di uguaglianza, ove si proceda a una punizione indifferenziata di tutti coloro che abbiano violato la norma, senza considerare le peculiarità della situazione concreta che abbiano impedito o reso significativamente più difficoltoso, per l'agente, conformarsi al precetto; F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., pp. 292 ss., pur concordando con Fornasari, sottolinea la persistenza del problema della precisione, proprio alla luce del principio di uguaglianza che impone certezza nella valutazione dei presupposti della colpevolezza.

[336] G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p.171, sottolinea che la ratio delle scusanti, intesa come non motivabilità dalla norma penale, sia insuscettibile di generalizzazione, e di conseguenza inidonea a fondare un procedimento d'interpretazione analogica; parla di «ardito procedimento analogico» anche C. GRANDI, *Diritto penale e multiculturalismo*, cit., p. 280; F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 418 ribadisce la tassatività delle scusanti e l'impraticabilità dell'analogia a partire dalla *ratio* dello stato di necessità.

[337] L. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, cit., pp. 144-145.

presenza di un termine comune di riferimento, ossia di un'identica *ratio* e della medesima legge di validità del sillogismo[338].

Non può, però, trascurarsi che, sebbene il procedimento analogico consenta di pervenire a decisioni "giuste", esso può risentire delle convinzioni personali o ideologiche del giudice, soprattutto in contesti sociali fortemente divisi: da qui l'esigenza che sia l'organo democratico, nel rispetto del principio di legalità, a individuare gli spazi di non punibilità escludendo l'operatività extralegale dell'inesigibilità[339]. Diversamente, la giurisprudenza, nel prospettare l'applicazione analogica delle scusanti, valorizza il fatto che il divieto di analogia di cui all'art. 25, comma 2, Cost. sia posto a tutela della libertà[340], ritenendo quindi non preclusa un'applicazione in senso favorevole al reo.

3.2.2. L'irrisolto problema dei criteri di riferimento

Il punto di tensione dell'istituto dell'inesigibilità si colloca tra esigenze di giustizia sostanziale e principio di legalità: in assenza di criteri oggettivi, il ricorso a valori extralegislativi rischia infatti di compromettere la certezza del diritto[341].

Il problema, ancora una volta, è che, nel perseguire obiettivi di giustizia sociale, la prospettiva assiologica di riferimento tende a identificarsi con i valori della comunità di maggioranza[342], con il rischio che il conflitto con i valori del gruppo di minoranza si traduca nell'imporre all'agente culturalmente motivato uno sforzo di adeguamento ad una declinazione di valori (seppur fondamentali della persona) tale da superare la valutazione *pro reo* della sua identità culturale.

Sotto questo profilo, il mero richiamo all'analogia, intesa come tecnica che comunque non si sostituisce al giudizio di valore del legislatore, non appare sufficiente

[338] P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, cit., pp. 149-150, evidenzia che ogni norma giuridica incontra il suo limite naturale nella sua *ratio*, nel momento in cui quest'ultima viene meno, viene meno l'applicabilità della norma.
[339] G. FORNASARI, *Sull'applicazione analogica delle cause di esclusione della colpevolezza*, cit., pp. 22 – 23.
[340] Cass., Sez. Un., 26 novembre 2020, n. 10381, in *CED Cass. pen*. 2021.
[341] P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, cit., pp. 73 ss.
[342] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 419; C. GRANDI, *Diritto penale e multiculturalismo*, cit., p. 281; A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p.124.

a escludere i rischi di arbitrio giudiziale[343]. Si è reso, così, necessario affrontare il principale nodo problematico dell'inesigibilità, rappresentato dalla difficoltà di definire cosa debba intendersi per comportamento esigibile. A tal fine, si è cercato di individuare criteri di riferimento idonei a orientare la valutazione del caso concreto, contenendo il margine di discrezionalità del giudice[344].

In particolare, si è osservato che «il criterio dell'uomo medio non è né necessario né sufficiente per la determinazione in concreto dell'esigibilità»[345]. Scarano lo interpreta in termini di "media di valori", evidenziando come tale figura sia in realtà insussistente: «esistono tanti giudizi quanti sono gli uomini della strada e la media che ne risulta (…) non può avere maggiore pretesa di validità del giudizio dei singoli». Secondo questa impostazione, però, il giudizio sull'esigibilità acquisisce un carattere sostanzialmente etico[346], in quanto si riduce ad una comparazione tra il comportamento che il giudice avrebbe tenuto in quelle specifiche circostanze e quello effettivamente adottato dall'agente concreto.

A giudizio dell'autore, però, non può fondarsi un giudizio di colpevolezza sulla mera constatazione che la condotta di un individuo si discosti da quella della maggioranza e sia, per tale ragione, contraria al diritto: si tratta infatti di giudizi di natura diversa, operanti su piani distinti della realtà. Le regole statistiche, di per sé, non appartengono al piano del diritto, ma possono assumere rilevanza giuridica solo quando siano inserite in una valutazione normativa che le trascende[347]. Ne consegue che il

---

[343] L. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, cit., pp. 156-159, riconosce espressamente che «il ricorso all'analogia per individuare i casi di non esigibilità può presentare il pericolo di abusi»; tuttavia, tale rischio viene ricondotto non già a un limite dei principi giuridici sottesi all'istituto, bensì a un problema di corretto esercizio della funzione giudiziaria nel singolo caso. Pur non negandosi le difficoltà applicative, si osserva che esse non possono giustificare un arretramento tale da condurre all'abbandono dell'istituto.

[344] G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., pp. 56- 57, si riferisce alla c.d. concezione cognitivistica dell'inesigibilità, che spinge verso l'individuazione di criteri che possano guidare il giudice nell'individuazione della condotta esigibile, in conformità alle garanzie di libertà espresse dal principio della certezza del diritto.

[345] L. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, cit., p. 79.

[346] *Ivi*, p. 81.

[347] L. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, cit., pp. 81-82, del pari, sarebbe privo di carattere normativo anche il criterio elaborato da Wolf, fondato sul riferimento alla classe sociale dirigente della società in cui vive il soggetto e, dunque, allo *status* sociale di appartenenza. Tale parametro, infatti, non appare idoneo a fungere da criterio giuridico, in quanto ancorato a elementi sociologici e non normativi. Come è stato osservato, «se difficilmente la realtà del singolo corrisponde alla nozione di uomo medio, ancor più difficilmente la personalità dell'agente potrà coincidere con il tipo voluto e costruito dalla classe dirigente (…) nei delitti contro l'onore il sentimento della dignità morale si esprime in forme nettamente diverse nel popolo minuto e nella classe dirigente: le lesioni al diritto sono percepite in modo profondamente differente e danno luogo a reazioni psicologiche e sanzioni sociali assai divergenti».

criterio di determinazione dell'esigibilità va ricavato in via normativa, non potendo prescindere dai dati dell'ordinamento giuridico di riferimento[348].

E se idealmente pare risolutivo il riferimento all'uomo medio, nell'ambito del reato culturalmente motivato, tale soluzione si rivela particolarmente inadeguata[349]: quale dovrebbe essere, infatti, il parametro del comportamento alternativo lecito? L'uomo medio di quale gruppo sociale? Se si assume come modello quello della cultura di maggioranza, la valutazione di inesigibilità tenderà quasi sempre a escludersi; se, invece, si guarda all'agente modello della cultura di provenienza dell'imputato, il rischio è quello di pervenire a esiti opposti[350].

Fornasari, invece, rinuncia a individuare criteri di concretizzazione di portata generale, riconoscendo che essi possono essere definiti solo con riferimento a singole classi di comportamento, guardando alle specifiche ipotesi della parte speciale. Tuttavia, egli sottolinea l'esistenza di principi generali che sottendono alle regole di concretizzazione: tra questi, in primo luogo, l'eliminazione di un rapporto di gerarchia tra comunità e individuo, in linea con l'art. 3 Cost. e la necessaria proporzione tra l'oggetto della tutela e l'interesse dell'agente[351].

Il problema dell'individuazione dei criteri resta, dunque, centrale, anche in considerazione del continuo mutamento della cultura e della società, e del conseguente scarto rispetto al sistema giuridico. Anche l'eventuale previsione di una scusante specifica per l'autore culturalmente motivato rischierebbe di risultare inefficace in assenza di criteri idonei a orientare il giudice e a garantire uguaglianza e certezza del diritto nella valutazione del caso concreto.

---

[348] *Ivi*, p. 85, esclude la valutazione dell'inesigibilità della condotta alla stregua della legge morale. Analogamente, D. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, cit., pp. 278-279, per il quale solo il criterio dell'uomo medio può garantire la giusta misura dell'esigibilità, pur riconoscendo la necessità di integrarlo con elementi che indichino quali siano i termini della situazione di "necessità".

[349] C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 230, sostituisce il riferimento all'uomo medio con il ricorso alla perizia culturale, valorizzando una definizione di cultura particolarmente ristretta, alla luce della quale affermare che "l'autore culturalmente motivato non è (…) un quivis in balia delle sue pulsioni psichiche: è invece un soggetto che agisce in risposta ai comandi di una cultura, che non è solo la sua (…), ma è la cultura di un definito gruppo etnico".

[350] G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 429. F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., pp. 297-298, qualifica come soluzione «a metà strada» il ricorso al parametro dell'uomo medio, ma ne contesta l'utilizzo, non in via generale, bensì con specifico riferimento alle ipotesi caratterizzate da rilevanti anomalie della situazione concreta. In tali casi, infatti, la fattispecie sfugge a una preventiva tipizzazione normativa e il giudice non solo difetta di massime di esperienza consolidate, ma non dispone neppure di strumenti idonei a stabilire quale sarebbe stato il comportamento dell'ipotetico uomo medio in quella determinata situazione.

[351] G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., pp. 207 ss.; 378.

3.2.3. Le riserve in ordine ad una deriva etica dell'esigibilità

La principale critica all'istituto in esame, tuttavia, attiene al fatto che far dipendere la non esigibilità del comportamento alternativo lecito dalla particolare ed eccezionale situazione in cui l'agente si trova ad agire comporta l'introduzione, nel giudizio di colpevolezza, di elementi che non dovrebbero esserle propri, ossia dati fattuali non strettamente riconducibili al rapporto autore–norma o alla personalità dell'autore[352].

Una critica analoga, però, può essere rivolta anche a quei tentativi che mirano a oggettivizzare il giudizio di responsabilità penale, scolorendone i tratti soggettivi[353]. In tali impostazioni si parla, infatti, di esigibilità sociale del comportamento conforme alla legge, intesa come esigenza di definire, su un piano tecnico-giuridico, i presupposti per l'accertamento della responsabilità personale. In questa prospettiva si collocano i tentativi di depurare il concetto di colpevolezza da elementi metafisici e morali, quali il libero arbitrio, l'atteggiamento interiore o la riprovevolezza etica, per ricondurlo a parametri verificabili e normativamente determinati. La costruzione non è centrata sull'interiorità del soggetto, bensì sul contesto situazionale dell'azione, sul ruolo ricoperto dall'agente e sulla valutazione delle alternative concretamente disponibili nella situazione da cui l'azione ha preso avvio.

D'altro canto, però, la riduzione dell'inesigibilità a mero concetto psicologico fondato sulla normalità della motivazione espone nuovamente la categoria alle critiche relative al rischio di arbitrio giudiziale, derivante da un'indagine sul foro interno del soggetto agente. Un conto, infatti, è la considerazione della personalità dell'agente ai fini dell'individualizzazione del giudizio di colpevolezza; altro conto è fondare su tali elementi l'intera valutazione della colpevolezza[354]. In tal caso si configurerebbe un diritto penale dell'atteggiamento interiore, difficilmente accettabile. Per tale ragione,

---

[352] L. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, cit., pp. 20-21.
[353] A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo*, cit., pp. 458 ss.
[354] S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 708-709, in cui si evidenzia come l'indeterminabilità di criteri di giudizio validi in termini generali rischierebbe di aprire la strada a una eccessiva soggettivizzazione della valutazione, tale per cui, guardando esclusivamente alle caratteristiche del singolo agente concreto, si finirebbe per giustificare il fatto in ogni caso, svuotando così di utilità la stessa categoria dell'esigibilità e producendo, al contempo, rilevanti ricadute sul piano della prevenzione generale.

l'inesigibilità, oltre a presentare una marcata indeterminatezza nei criteri applicativi, si espone a un ulteriore rischio di arbitrarietà[355].

L'accento posto sulla personalità del soggetto e la possibilità che il giudizio di inesigibilità si trasformi in una valutazione sul carattere dell'agente sono strettamente connessi a una concezione etica della colpevolezza, in cui oggetto del giudizio diventa la personalità che il soggetto (rimproverabile) ha costruito nel tempo, con la conseguenza che solo la presenza di fattori esterni idonei a turbarne l'estrinsecazione potrebbe giustificare l'esclusione della responsabilità.

Tra i presupposti di questa impostazione si rinviene l'assunto secondo cui l'uomo è in grado di "agire diversamente" e che solo in mancanza di tale possibilità egli non possa essere ritenuto responsabile. Tuttavia, la prova del libero arbitrio si presenta come irrazionale e non idonea a fondare la responsabilità penale, la quale è storicamente legata a una concezione retributiva della pena che trascura i profili dell'effettiva possibilità di agire diversamente, connessa al grado concreto di integrazione del soggetto nella società e alla sua capacità di conformarsi alle regole[356]. Non sorprende, pertanto, che tra i sostenitori dell'esigibilità quale strumento di flessibilità del sistema si annoverino anche i sostenitori del diritto penale dell'atteggiamento interiore[357].

Enfatizza questo carattere eticizzante anche quella dottrina[358] che attribuisce alla categoria dell'inesigibilità la funzione di valorizzare l'appartenenza dell'agente a un determinato gruppo culturale, caratterizzato da norme sociali fortemente vincolanti, rispetto alle quali il comportamento dell'individuo si configura come una risposta alla pressione normativa esercitata dal gruppo.

---

[355] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 418, sottolinea l'elevato rischio di arbitrarietà connesso al ricorso alla categoria dell'inesigibilità. Nello stesso solco si colloca P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino 2000, pp. 300-301, il quale riconosce la *ratio* delle cause di esclusione della colpevolezza nell'attribuzione di rilevanza giuridica a particolari situazioni psicologiche dell'autore, tra cui conflitti motivazionali e anomalie dei processi decisionali, ma evidenzia come non sia affatto scontato che l'ordinamento consenta un'indagine caso per caso sul dato psicologico effettivo. In particolare, esclude che la realizzazione di un illecito doloso possa essere scusata sulla base di mere considerazioni di esigibilità, soprattutto laddove tale valutazione trovi ingresso in assenza di una specifica previsione normativa. Analoghe riserve sono espresse da P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, cit., pp. 66 ss., il quale si mostra critico rispetto all'ammissibilità di una scusante extralegale, evidenziando i rischi di soggettivizzazione ed eticizzazione del giudizio penale.

[356] S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 87; C. ROXIN, *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, cit., p. 18.

[357] G. BETTIOL, *Diritto penale*, Palermo 1982, p. 493, attribuisce all'inesigibilità la funzione di «valvola che permette di respirare in termini umani» al sistema.

[358] C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., pp. 231-232.

In questa prospettiva, la condotta dell'autore culturalmente motivato non assume necessariamente un carattere antagonista rispetto all'ordinamento giuridico, distinguendosi così dalla figura del c.d. delinquente per convinzione, il quale agisce sulla base di un sistema di valori rispetto al quale l'ordinamento statale perde validità nella sua coscienza. Nel caso dell'autore culturalmente motivato, invece, la pressione esercitata dalla cultura di appartenenza può risultare così intensa da rendere non esigibile un comportamento conforme alla norma penale[359].

Particolarmente significativa, in questa prospettiva, è la riflessione di Alessandro Baratta, il quale evidenzia come il giudizio di inesigibilità implichi una valutazione ipotetica, inevitabilmente connotata da un margine di discrezionalità[360]. L'Autore sottolinea, infatti, che è possibile accertare soltanto il comportamento concretamente tenuto dal soggetto, ma non quello che egli avrebbe potuto adottare in alternativa; di conseguenza, i dati fattuali a disposizione del giudice difficilmente consentono una piena razionalizzazione dell'«incondizionatezza» dell'azione[361]. Il ricorso all'inesigibilità si inserisce così nel quadro del rimprovero e delle sue implicazioni

[359] F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 303 esclude che il fatto di coscienza debba essere collocato nell'ambito della colpevolezza, preferendone l'inquadramento sul piano dell'antigiuridicità, quantomeno nelle ipotesi di conflitto tra norma incriminatrice e norma religiosa avvertita dal soggetto come vincolante. In tale prospettiva, il tema si riconduce all'oggetto e ai limiti della libertà religiosa di cui all'art. 19 Cost., in particolare alla questione se essa si estenda fino a ricomprendere la libertà di agire conformemente alle proprie convinzioni, con la conseguente necessità di operare un bilanciamento caso per caso.

[360] A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, cit., pp. 155 ss. C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 232 sottolinea come, ove si guardi alla cultura penalmente rilevante in senso etnico, il delinquente per convinzione che agisca per motivi religiosi (ad esempio un kamikaze di Al Qaeda) non realizzi un'azione riconducibile alla categoria dei reati culturalmente motivati. In F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, cit., pp. 317-319, le due figure tendono a sovrapporsi sotto il profilo della coscienza dell'offesa, poiché in entrambi i casi può rilevare il fatto che il soggetto non percepisca il proprio agire come offensivo in ragione di un convincimento personale, il quale resta, comunque, irrilevante ai fini della valutazione del dolo.

[361] A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, cit., pp. 115 ss., la conclusione dell'A. si fonda su una critica alle concezioni antropologiche della libertà, compresa quella dell'azione finalistica di Welzel, da cui prende avvio la concezione normativa della colpevolezza. Il limite di queste ricostruzioni è che indicano solo la direzione della volontà, ma non il suo fondamento: il diritto può stabilire che il soggetto ha voluto il fatto e che la volontà era contro la norma, ma non può spiegare perché quella volontà si sia formata in quel modo. L'azione appare quindi auto-fondata, un vero e proprio atto esistenziale. Di conseguenza, la premessa su cui si fonda il giudizio di rimproverabilità nel diritto penale, cioè che il soggetto potesse agire diversamente, risulta indimostrabile. Categorie come il conflitto di doveri o l'inesigibilità presuppongono l'esistenza di possibilità alternative reali, ma se l'azione è un atto esistenziale irriducibile, non suscettibile di razionalizzazione giuridica, il comportamento alternativo resta puramente ipotetico. L'inesigibilità diventa quindi non una constatazione oggettiva, ma un giudizio valutativo del giudice. Di conseguenza, si afferma che la stessa colpevolezza penale si fonda su una premessa indimostrabile, mentre il fondamento della pena risulta irrazionalistico, perché basato su una presunzione non verificabile.

etiche, con il rischio di una eticizzazione del diritto e di una conseguente "legalizzazione della morale" [362].

Un punto di incontro tra dimensione oggettiva e soggettiva può essere tuttavia individuato proprio nella presenza di una situazione anomala, alla luce della quale spiegare il "turbamento motivazionale" dell'agente. È anche alla luce di tale contesto che l'inesigibilità si configura come un concetto eminentemente normativo: spetta all'ordinamento stabilire quando, in presenza di determinati presupposti, la condotta non possa essere imputata a colpevolezza, in quanto non esigibile. Guardando al fondamento politico-criminale delle scusanti, ciò avviene quando il soggetto agisce sulla base di un interesse che l'ordinamento riconosce come rilevante e che entra in conflitto con il dovere imposto dalla norma[363]. Non si tratta, pertanto, di un bilanciamento oggettivo tra valori (che è proprio del giudizio di antigiuridicità) bensì di una valutazione soggettiva rilevante ai fini della colpevolezza: si realizza così un giudizio di conformità, in chiave personale, ai valori espressi dal sistema penale.

Tuttavia, a differenza delle ipotesi classiche di conflitto di doveri, in cui è in gioco la tutela di beni fondamentali della persona, nel tema in esame il conflitto assume una dimensione diversa[364]: l'alternativa alla commissione del reato non comporta la lesione di beni esistenziali, ma pone il soggetto di fronte a un conflitto identitario, che può essere percepito come esistenziale, ma non necessariamente lo è in senso oggettivo.

Non può, dunque, trascurarsi il carattere di "necessità" che connota tali situazioni, il quale si presenta più come percepito soggettivamente che oggettivamente riscontrabile: il soggetto agisce in una condizione di conflitto normativo, non sapendo a quale norma conformarsi, e viene pertanto scusato per aver scelto quella contraria all'ordinamento. Ciò, infatti, non implica che ogni conflitto etico o morale debba essere considerato rilevante, poiché altrimenti verrebbe meno la dimensione normativa dell'istituto. Non è, insomma, la mera anomalia motivazionale a rilevare, ma la misura in cui essa incida sulla pretesa normativa dell'ordinamento[365].

3.2.4. Un bilancio provvisorio

[362] *Ivi*, p. 169.
[363] G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., pp. 346-347.
[364] F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., pp. 505-506, declina le ipotesi in esame esclusivamente in questi termini: «casi di conflitti tra doveri funzionali alla tutela della vita umana».
[365] G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 346.

Alla luce della ricostruzione effettuata, appare pregevole la proposta di attenta dottrina di collocare l'esigibilità nell'ambito dell'errore sul divieto quale principio regolatore nella determinazione dell'evitabilità dell'errore. In questa direzione, l'esigibilità incide sulla valutazione dello sforzo di coscienza compiuto dal soggetto per rappresentarsi i valori dell'ordinamento e per formarsi una convinzione circa il rapporto tra fatto e norma[366], risultando idonea a operare come criterio interpretativo, volto a verificare in concreto l'evitabilità dell'errore e a modulare conseguentemente la risposta sanzionatoria[367].

È, pertanto, ammissibile configurare un dovere di comprensione della rilevanza giuridica della propria condotta, ma solo nei casi in cui la situazione concreta non presenti particolari elementi di complessità tali da ostacolare l'attivazione del soggetto nel processo intellettivo di collegamento tra fatto e norma[368]. Quando, invece, tali difficoltà impediscono persino il sorgere del dubbio circa la liceità della condotta, viene meno lo stesso impulso allo sforzo di coscienza. Nei reati naturali, tuttavia, lo sforzo di coscienza richiesto è minimo[369]: non è necessaria un'elaborazione complessa, essendo sufficiente la percezione immediata del disvalore del fatto. Proprio per tale ragione, tale sforzo può ritenersi normalmente esigibile, con la conseguenza che risulta difficilmente configurabile un errore inevitabile sul divieto.

Ma se il ruolo attribuito all'esigibilità è quello di modulare il giudizio di colpevolezza in ragione della minore rimproverabilità dell'agente, ciò assume particolare rilievo nei casi in cui il delitto presenti una connotazione discriminatoria, trattandosi di una nozione che, per sua natura, è culturalmente determinata. In questo contesto, potrebbe piuttosto rilevare la sfasatura tra la concezione culturale dell'agente e quella propria della comunità di riferimento, la quale ordinariamente contribuisce a definire il contenuto degli elementi normativi della fattispecie.

---

[366] *Ivi*, pp. 359-361.

[367] G. FORNASARI, *Nuove riflessioni sulle categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, cit., pp. 35-36.

[368] F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., pp. 253-254, evidenzia come da alcune cause di esclusione della colpevolezza possano ricavarsi vere e proprie regole di condotta rivolte ai consociati, distinte dal precetto penale principale e funzionalmente strumentali al giudizio di colpevolezza. Ad esempio, l'obbligo di informazione non assume rilievo in sé, quale autonomo comando dell'ordinamento, ma opera quale criterio funzionale all'imputazione soggettiva del fatto all'autore, ponendosi come parametro alternativo rispetto all'effettiva conoscenza della legge.

[369] G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit, p. 359, con espresso riferimento ai reati artificiali, sottolinea che occorre considerare tutti i fattori che possono incidere sull'efficienza psichica del processo che conduce al dubbio circa la liceità della condotta.

3.2.5. Appendice: L'*error culturalmente condicionado* nella sistematica di E. R. Zaffaroni

Un cenno, ai fini della presente analisi, merita la dottrina argentina, che ha elaborato una soluzione di particolare interesse in ordine alla rilevanza del fattore culturale nella colpevolezza, rappresentata dall'errore culturalmente condizionato: il riferimento è alla sistematica di Eugenio Raúl Zaffaroni[370].

L'Autore struttura il proprio sistema sulla base di una concezione agnostica della pena[371], tale da consentire la costruzione della teoria dell'illecito lungo percorsi in parte differenti rispetto a quelli delle teorie legittimanti del potere punitivo, pur senza discostarsi in modo sostanziale dagli elementi tradizionali. In tale quadro egli sviluppa il concetto di *culpabilidad por vulnerabilidad*, che muove dall'assunto della strutturale selettività del diritto penale e si integra con il livello finale della struttura del reato[372].

In tale prospettiva, alla colpevolezza viene attribuita una funzione etica, che si esprime nell'incorporare il dato della selettività del sistema, nel tentativo di compensarlo o ridurlo, nell'ottica di imprimere un minimo di eticità al potere punitivo[373]: non nel senso di legittimarlo positivamente, bensì di limitarne l'esercizio in forza di un'esigenza di uguaglianza sostanziale.

Non si "seleziona", pertanto, una persona per il solo fatto di essere astrattamente individuata come vulnerabile, ma perché essa si trova in una situazione concreta di vulnerabilità. Ed è a partire da un determinato stato di vulnerabilità che è richiesto uno

[370] Un riferimento si rinviene anche in F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pp. 404-405.
[371] E. R. ZAFFARONI, A.SLOKAR, A. ALAGIA, *Derecho Penal,* cit., pp. 37 ss.; più diffusamente E. R. ZAFFARONI,
Alla ricerca delle pene perdute: delegittimazione e dommatica giuridico-penale, (trad. it. a cura di G. SEMINARA), Napoli 1994, *passim.*
[372] E. R. ZAFFARONI, A.SLOKAR, A. ALAGIA, *Derecho Penal,* cit., pp. 8 ss.; E. R. ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute*, cit., pp. 255 ss.
[373] E. R. ZAFFARONI, A.SLOKAR, A. ALAGIA, *Derecho Penal,* cit., pp. 650 ss.; E. R. ZAFFARONI, *Culpabilidad por la vulnerabilidad*, in *Nueva Doctrina Pena*l, 2003, pp. 335-336, ove si puntualizza come, in una prospettiva penale fondata su un concetto agnostico della pena, la risposta punitiva derivi dalla sintesi tra un giudizio di rimprovero ancorato all'ambito di autodeterminazione della persona al momento del fatto e un ulteriore giudizio relativo allo sforzo dell'agente nel giungere alla situazione di vulnerabilità entro la quale il sistema penale esplica la propria pericolosità.

sforzo personale del soggetto per giungere a quella situazione concreta in cui viene "intercettato" dal potere punitivo[374].

Il rimprovero di colpevolezza si radica, dunque, proprio nello sforzo compiuto dall'autore per pervenire alla situazione concreta che ha determinato la sua selezione da parte del sistema[375]. La colpevolezza per la vulnerabilità non si configura come un correttivo della colpevolezza per il fatto, ma come la sua controparte dialettica, dalla cui interazione emerge la colpevolezza penale quale sintesi. E poiché la colpevolezza per la vulnerabilità opera come antitesi in senso riduttivo, la colpevolezza risultante dalla sintesi non potrà mai eccedere il grado indicato dal rimprovero della colpevolezza per il fatto[376].

In questo quadro si inserisce l'*error culturalmente condicionado*, che si presenta come una forma peculiare di errore diretto sul divieto[377], qualificata dall'Autore come *error de comprensión.*[378] che, a sua volta, ricorre nei casi in cui il soggetto conosce la norma proibitiva, ma non può essergli richiesto di comprenderla, ossia di introiettarla o interiorizzarla quale parte del proprio sistema di valori.

La colpevolezza, tuttavia, non richiede che il soggetto abbia effettivamente interiorizzato i valori sottesi alla norma, essendo sufficiente che egli abbia avuto la possibilità di farlo in una misura ragionevolmente esigibile. L'esigibilità dell'interiorizzazione, intesa come comprensione delle norme giuridiche, dell'individuazione delle condotte antigiuridiche, dipende dal grado di sforzo che il soggetto avrebbe dovuto compiere per pervenire a tale comprensione. Qualora si ritenga che essa fosse giuridicamente esigibile, il fatto sarà rimproverabile e,

---

[374] E. R. ZAFFARONI, *Culpabilidad por la vulnerabilidad,* cit., p. 333.
[375] E. R. ZAFFARONI, A.SLOKAR, A. ALAGIA, *Derecho Penal,* cit., p. 654, letteralmente: «*esfuerzo personal que haya realizado para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad*».
[376] E. R. ZAFFARONI, *Culpabilidad por la vulnerabilidad,* cit., pp. 334-335.
[377] E. R. ZAFFARONI, A.SLOKAR, A. ALAGIA, *Derecho Penal,* cit., p. 753, distingue, nell'ambito degli errori sul divieto, tra errori diretti di comprensione e ipotesi di coscienza dissidente: i primi qualificati come "diretti" in quanto incidono sulla norma stessa, ossia sulla rappresentazione della valutazione giuridica dell'atto secondo il precetto proibitivo. La dottrina è, invece, solita riconoscere rilevanza alla coscienza dissidente solo nella misura in cui essa induca l'agente a ritenere sussistente una causa di giustificazione che lo esoneri dall'obbligo giuridico (ciò che l'autore qualifica come errore indiretto). Viene inoltre richiamata la distinzione tra autore per convinzione, inteso come semplice oppositore della norma, e autore per coscienza (o per coscienza dissidente), che viola la norma ritenendo di adempiere a un dovere morale; distinzione che, tuttavia, viene normalmente ricondotta a unità nell'ambito della disciplina dell'errore sul divieto.
[378] *Ivi*, p. 736.

conseguentemente, il grado di colpevolezza risulterà correlato al livello di esigibilità e allo sforzo richiesto al soggetto[379].

In questa prospettiva emerge la differenza tra lo sforzo richiesto a un semplice oppositore della norma e quello richiesto a un c.d. autore per coscienza, che agisce coerentemente con un sistema di valori e di regole chiuso e alternativo rispetto a quello giuridico. Si delinea così un ragionamento che presenta evidenti punti di contatto con la costruzione dell'inesigibilità quale soglia di evitabilità dell'errore: quando lo sforzo richiesto per comprendere la norma risulta inesigibile, la rimproverabilità deve essere esclusa, in quanto l'errore si configura come inevitabile.

L'Autore compie tuttavia un ulteriore passaggio, distinguendo tra un errore di comprensione, relativo al significato del disvalore giuridico della norma, e un errore culturalmente condizionato, che ricorre quando il soggetto conosce la norma proibitiva, ma non può interiorizzarla per ragioni culturali; in tali casi, di regola, non gli si può rimproverare tale mancata comprensione. Pur riconoscendo che il problema dell'errore culturalmente condizionato si estende oltre quello dell'errore di comprensione, si afferma che quest'ultimo esclude la colpevolezza solo quando il primo si traduce effettivamente nel secondo, ossia quando la mancata comprensione risulti invincibile[380]. In altri termini, si può parlare di inesigibilità quando l'errore di comprensione è inevitabile[381].

Quella di Zaffaroni è senz'altro una costruzione interessante, che sembra riproporre la collocazione dell'esigibilità "alle porte" dell'errore di diritto. Per quanto pregevole nella sua tensione alla riduzione del potere punitivo, obiettivo condiviso anche nella presente impostazione orientata ad un diritto penale minimo, essa si

[379] *Ivi*, p. 737.
[380] *Ivi*, pp. 738-739, l'A. evidenzia inoltre che, sebbene nei casi concernenti la vita e l'integrità fisica la soluzione si presenti particolarmente complessa, non sembra tuttavia possibile formulare una regola assoluta in base alla quale tale forma di errore debba ritenersi inammissibile con riferimento ai beni giuridici fondamentali.
[381] *Ivi*, p. 681, anche per l'A., in linea generale, non appare irragionevole pretendere dal soggetto uno sforzo volto a comprendere il disvalore della condotta, né ritenere che la commissione dell'illecito indichi, di norma, una mancata comprensione della sua antigiuridicità. Occorre tuttavia accertare se tale mancata comprensione sia imputabile al soggetto oppure se dipenda da fattori che ne escludono l'esigibilità: ad esempio, quando, nonostante ogni possibile sforzo, essa sia preclusa da limiti psichici; oppure quando, pur essendo stato compiuto (o potendo essere compiuto) lo sforzo richiesto, la comprensione non sarebbe comunque stata raggiungibile; ovvero ancora quando particolari circostanze abbiano impedito l'accesso alla conoscenza o alla stessa comprensione del disvalore.

inserisce però, in un sistema agnostico della pena, teso alla delegittimazione del potere punitivo.

L'Autore, tuttavia, nel giudizio intorno all'esigibilità della percezione del disvalore del fatto, ribadisce come la validità dell'ordinamento giuridico non possa dipendere dalla coscienza morale (ossia dall'etica individuale), né che la coscienza dell'antigiuridicità possa essere identificata con il concetto di coscienza morale[382]. Sulla base di tali premesse, la valorizzazione della dimensione culturale e sociale della comprensione del disvalore può trovare spazio, come si è in precedenza sottolineato, anche in un ordinamento teleologicamente orientato all'integrazione sociale[383], il quale, alla luce del principio di uguaglianza, deve tener conto dei differenti punti di partenza dei soggetti che entrano nel circuito penale.

Si condivide, infatti, anche la critica dell'Autore alle riserve formulate da un punto di vista meramente preventivo, riconducibile al tradizionale argomento sotteso al principio *error iuris nocet*, secondo cui l'errore è ammesso solo nella misura in cui la decisione non costituisca un incentivo alla disobbedienza[384].

3.3. La dimensione motivazionale

---

[382] *Ivi*, pp. 678 -679, non esclude che convincimenti culturali o morali possano incidere sull'esigibilità della comprensione dell'antigiuridicità, in particolare nei casi di condizionamenti culturali differenziati, che possono integrare veri e propri errori. Tuttavia, egli afferma con chiarezza che la validità dell'ordinamento giuridico non può dipendere dalla coscienza morale individuale e che la cosiddetta coscienza dell'antigiuridicità non può essere sovrapposta al concetto di coscienza morale.

[383] Non sembra, infatti, del tutto persuasiva l'obiezione formulata in C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht*, cit., § 19 Rn. 69- 70, secondo cui la considerazione della vulnerabilità condurrebbe a trattare diversamente i soggetti unicamente in ragione dell'appartenenza etnica o di genere, inserendo nel giudizio di colpevolezza degli elementi che non dovrebbero, invece, rilevare. In tale prospettiva, si legge provocatoriamente (traduzione nostra): «Si dovrebbero forse trattare in modo diverso due amici che, come coautori, commettono una rapina in banca, solo perché uno è asiatico e l'altro africano? Oppure la diversa distribuzione della criminalità tra i sessi dovrebbe portare alla conseguenza che gli uomini, considerati più esposti alla punizione, vengano ritenuti meno colpevoli rispetto alle donne?». Tale rilievo non coglie pienamente nel segno, in quanto omette di considerare che la teoria della vulnerabilità non mira a giustificare una differenziazione della colpevolezza fondata su caratteristiche personali astratte, bensì a mettere in luce come il sistema penale operi già, a monte, attraverso meccanismi selettivi che incidono in modo diseguale sui diversi gruppi sociali. Non si tratta, dunque, di "trattare diversamente" in ragione dell'etnia o del genere, ma di prendere atto che tali fattori incidono concretamente sulla probabilità di essere oggetto di criminalizzazione. Si pensi, ad esempio, proprio alla diversa visibilità e tipologia della devianza femminile, spesso confinata in ambiti domestici o comunque meno esposta all'intervento penale, in un sistema storicamente costruito su modelli maschili. In questa prospettiva, la vulnerabilità non costituisce una qualità naturale del soggetto, bensì una posizione socialmente e storicamente condizionata all'interno del sistema punitivo. Ne deriva che la critica in esame tende a ricondurre la teoria della vulnerabilità a una semplificazione, come se essa sostenesse un rapporto diretto tra vulnerabilità e minore colpevolezza: in realtà la sistematica di Zaffaroni pone un problema di equità nella distribuzione della risposta penale, più che una automatica attenuazione della colpevolezza.

[384] *Ivi*, p. 739.

Prima di trarre le conclusioni sul ruolo che il fattore culturale può assumere nella graduazione della colpevolezza, è necessario affrontare un ulteriore ordine di problemi.

Il rischio di un'interpretazione del fattore culturale in senso irrilevante o addirittura aggravante per l'autore può tradursi in un giudizio negativo sulla cultura stessa, fino a giungere a una sua vera e propria negazione. Non si tratta di un'ipotesi astratta, ma di una lettura riscontrata in una pronuncia della giurisprudenza di legittimità[385], in cui la Cassazione non si limita ad escludere rilevanza giuridica al fattore culturale, ma ne propone una ridefinizione in senso normativo. Un percorso argomentativo non dissimile, per certi versi, da quello che in ambito teorico limita il riconoscimento dei diritti culturali ai soli casi in cui non risultino lesivi dell'uguaglianza[386].

Finché la Corte si limita ad affermare che le condotte dell'imputato «non solo sono espressive di una concezione del rapporto coniugale non fondata sulla pari dignità dei coniugi, e quindi inammissibile nell'ordinamento, ma integrano anche una grave e manifesta compressione della posizione soggettiva della persona offesa, non bilanciabile con il preteso rispetto per la diversa formazione culturale», non si registrano deviazioni rispetto all'orientamento consolidato. Il punto più problematico emerge laddove si esclude «che concezioni esistenziali che postulino una programmatica condizione di subalternità del coniuge di sesso femminile nella coppia coniugale o, più in generale, la non pari dignità dei due membri del sodalizio coniugale - o se si vuole paraconiugale - possano essere espressive di una "cultura", laddove essa sia intesa, secondo l'accezione più comune, come espressiva di una ricca "sapienza umana"».

Questa impostazione introduce una nozione di cultura, intrinsecamente connotata in senso positivo e limitata a pratiche compatibili con la dignità della persona, distinguendosi da una concezione antropologico-descrittiva, che includerebbe anche fenomeni culturalmente radicati ma eticamente discutibili.

Il punto critico è evidente: non si tratta di negare rilevanza penale al fattore culturale, bensì di escludere che determinati fenomeni possano *ab origine* qualificarsi come cultura penalmente rilevante. La lettura del fatto, in tali casi, non è neutra, ma

[385] Cass. pen., sez. III, 4 giugno 2024, n. 37929, con nota di C. COLOMBO, in *Cass. pen*., n. 3/ 2025, pp. 842 ss.
[386] Si rimanda all'esposizione della teoria dei diritti culturali di Kymlicka, in cap. 1, par. 4.1.

risente di una cornice valoriale predefinita, per cui alcune pratiche vengono immediatamente ricondotte a logiche di sopraffazione, mentre le giustificazioni culturali risultano ridimensionate. Questo fenomeno si accentua quanto più il diritto penale si intreccia con dinamiche sociali e quanto più vengono in rilievo beni giuridici fondamentali. Ne deriva che il disvalore della condotta e, conseguentemente, la ricostruzione dell'elemento soggettivo, risulta in parte già orientato in sede interpretativa[387].

Non sembra, pertanto, di difficile concretizzazione il rischio che il fattore di genere, se applicato senza adeguata contestualizzazione culturale, si trasformi in uno strumento di stigmatizzazione culturale, in tensione con i principi di uguaglianza e di personalità della responsabilità penale. Negare in radice che tali dinamiche possano essere qualificate come culturali comporta, infatti, una serie di conseguenze, tra cui anche l'esclusione di qualsiasi valutazione in ordine alla rappresentabilità dell'illiceità della condotta. In questo senso, pur non essendo le aggravanti di genere finalizzate a "punire le culture", esse possono produrre l'effetto di spostare il giudizio dal fatto individuale alla cultura di appartenenza dell'autore, facendo emergere implicitamente la figura dello "straniero portatore di una cultura problematica".

Simili ricostruzioni tendono a condurre a unità fenomeni diversi, accomunando tutte le pratiche che incidono su diritti fondamentali sotto la categoria della sopraffazione, senza distinguere tra contesti e dinamiche. Così come la subcultura patriarcale interna all'ordinamento non rileva ai fini dell'esclusione della responsabilità, e anzi può assumere rilievo aggravante, allo stesso modo si tende a escludere rilevanza al fattore culturale anche quando esso incida sul processo motivazionale dell'agente.

Nel caso dell'autore culturalmente motivato, però, non si è in presenza di una semplice spinta psicologica individuale, ma di un sistema di norme sociali interiorizzate e percepite come vincolanti. La condotta si configura come attuazione di regole consuetudinarie radicate, che incidono strutturalmente sul processo decisionale. Equiparare tali situazioni a quelle in cui l'agente agisce per ragioni individuali significa appiattire fenomeni differenti e ignorare la specificità del condizionamento culturale.

[387] M. DONINI, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., n. 3/2018, pp. 1584-1585, sottolinea come la colpevolezza letta alla luce della sent. 364/88 non sia connotata come un rimprovero etico, che piuttosto «aleggia nelle indagini o in sentenza».

Il fattore culturale, incidendo sul processo motivazionale, può dunque assumere rilievo nella valutazione dei motivi in sede di colpevolezza[388], e quindi nella commisurazione della pena, nella misura in cui incide sulla "rimproverabilità" del soggetto[389]. Tuttavia, nella prospettiva della responsabilità personale, i fattori meramente interiori, non ancorati al fatto, devono essere circoscritti ad uno spazio estremamente limitato.

Un mero atteggiamento interiore, infatti, non può costituire, di per sé, il fondamento della responsabilità penale, né giustificare l'applicazione di circostanze aggravanti. Diversamente, si determinerebbe uno scivolamento verso un diritto penale d'autore[390], incompatibile con i principi di offensività, materialità e laicità

---

[q] Diversamente, A. MALINVERNI, voce *Motivi (dir. pen.),* XXVII, in *Enc dir*., 1977, p. 287 distingue tali fatti psichici in scopi e moventi. I primi consistono in rappresentazioni consapevoli dell'agente e presentano una diretta attinenza con la teoria del reato, in particolare con la dimensione soggettiva (ad esempio, il dolo). I secondi, invece, si collocano a monte della decisione criminosa: essi presentano una struttura più complessa, potendo ricomprendere non solo elementi conoscitivi, ma anche componenti emotive e sentimentali. Proprio per tale ragione, i moventi vengono ricondotti alla teoria dell'autore, piuttosto che a quella del reato. In termini simili anche A. PECORARO-ALBANI, *Il dolo*, Napoli, 1955, pp. 537-539, che definisce il motivo «il lievito della nostra azione». Da qui la sua «natura alogica - sentimento, istinto, tendenza, ecc.» che consente di distinguerlo dal fine, che «resta sempre sotto il controllo della coscienza e della volizione dell'agente, il quale lo pone appunto per soddisfare un certo suo stimolo». La prospettiva indicata nel testo invece è quella di P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., pp. 26-27, che pur riconoscendo la possibilità di distinguere tra motivi collocati in diretta attinenza alla sfera psichica dell'autore, quindi esterni alla teoria del reato, e motivi che, invece, assumono rilevanza al suo interno, li concepisce, sul piano normativo, come una categoria unitaria. I motivi incidono, in tale prospettiva, principalmente sulla commisurazione della pena, operando quale criterio di graduazione della colpevolezza.

[389] Nella ricostruzione di P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., pp. 156-157, gli effettivi dati psichici motivazionali, nella loro diversa rilevanza normativa, tanto sul piano fattuale quanto su quello riferibile direttamente all'autore, vengono valutati nella prospettiva di un giudizio di maggiore o minore rimproverabilità, attraverso il confronto con il grado di motivabilità di un agente modello.

[390] Non va dimenticato che l'ordinamento italiano ha conosciuto l'aggravante della clandestinità di cui all'art. 61, n. 11-*bis*, c.p., dichiarata costituzionalmente illegittima con la sentenza 5–8 luglio 2010, n. 249. La Consulta ha ritenuto tale previsione fondata su una presunzione assoluta di maggiore pericolosità dell'immigrato irregolare, sganciata da qualsiasi valutazione delle circostanze concrete, sia oggettive sia soggettive. In questi termini è stato individuato il contrasto, anzitutto, con l'art. 3 Cost., per l'irragionevole disparità di trattamento basata esclusivamente su condizioni personali e sociali; nonché con l'art. 25 Cost. e con l'art. 27, comma 1, Cost., per la violazione dei principi di materialità e di personalità della responsabilità penale. Per approfondimenti si rimanda a L. MASERA, *Corte costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 1373 ss.; G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., pp. 38-42. Più diffusamente, per i profili di incostituzionalità del diritto penale dell'immigrazione, si rimanda a A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di)*, Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Napoli 2013, pp. 219 ss.; ID., *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sist. pen*., n. 4/2022, pp. 43 ss. L'ordinamento italiano, infatti, conosce una disciplina penale dell'immigrazione nella quale la tutela dei diritti dei migranti assume un ruolo tutt'altro che centrale. In tale contesto sopravvive ancora l'art. 10-*bis* del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo Unico Immigrazione), ossia il cosiddetto reato di "clandestinità", emblema della preminenza delle esigenze di ordine pubblico e sicurezza, neanche troppo velatamente mascherate dietro la tutela del "controllo dei flussi migratori". Ne deriva una normativa che risulta, inoltre, incompatibile con un'efficace strategia di contrasto alla tratta di esseri umani, come evidenziato in F. ROCCHI, *Le ricadute del reato di "clandestinità" nella lotta globale*

dell'ordinamento[391]. Si esclude, in particolare, la rilevanza penale di condotte meramente immorali o disapprovate squisitamente sul piano culturale[392], in assenza di un'offesa a beni giuridici. E ciò vale tanto in senso aggravante quanto attenuante: non è ammissibile una diversa graduazione della pena fondata su parametri etici propri della maggioranza, sganciati dall'offesa concreta[393].

E tornando a quanto già osservato nel capitolo precedente, tali considerazioni risultano applicabili anche alle circostanze aggravanti di genere, in quanto si tratta di misure che presentano una connotazione intrinsecamente soggettiva, nonostante i tentativi di ricondurle a una dimensione oggettiva.

Al di là del riferimento all'odio, che difficilmente trova spazio in un diritto penale del fatto[394], quando la discriminazione viene tipizzata come elemento costitutivo del reato o come circostanza aggravante, la previsione che il fatto sia commesso "come atto di" discriminazione o prevaricazione implica l'introduzione di un elemento significativo che deve necessariamente formare oggetto di dolo, ricadendo quindi nella rappresentazione e nella volontà dell'agente. Tuttavia, in tali ipotesi, la volontà del fatto si intreccia inevitabilmente con il movente, poiché non è possibile rappresentare un atto discriminatorio senza includere, nell'elemento psichico, la ragione stessa del discrimine[395].

---

alla tratta e al traffico di migranti, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale,* cit., pp. 252 ss.

[391] M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., p. 25 non esclude, tuttavia, la compatibilità costituzionale di elementi di natura personalistica, attinenti all'atteggiamento interiore dell'agente, a condizione che essi non si sostituiscano al fatto materiale, ossia all'offesa o al pericolo per il bene giuridico, ma si limitino a integrarlo, e siano altresì formulati in termini sufficientemente determinati.

[392] C. E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, cit., p. 181.

[393] Diversamente P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., pp. 233-243, ritiene che possano incidere sulla misura della colpevolezza, poiché «la "pietra angolare" dell'illecito, con tutto il suo contenuto di materialità ed offensività rispetto al bene giuridico» già posata.

[394] A ben vedere, anche nella prospettiva di chi ammette che elementi attinenti alla dimensione emotiva interna, pur sganciati dalla dannosità sociale del fatto, possano rilevare sul piano della colpevolezza, il motivo d'odio non appare comunque suscettibile di una valutazione in termini di legittimità. Gli stati emotivi e passionali, quali rabbia, gelosia o paura, non dipendono infatti dalla volontà, ma insorgono in modo spontaneo e involontario; sicché, anche a voler prescindere dal fatto che essi attengono al foro interno e presentano evidenti difficoltà probatorie, non potrebbero comunque essere considerati oggetto di rimprovero in senso proprio.

[395] Corte int.le Giustizia, ord. 31 gennaio 2024, in Rivista di Diritto Internazionale, 2024, 3, p. 871, ha chiarito che la nozione di «discriminazione razziale», ai sensi dell'art. 1, par. 1, della Convenzione del 1965, si articola in due elementi: da un lato, una differenza di trattamento fondata su «razza, colore, discendenza, o origine nazionale o etnica»; dall'altro, il fatto che tale differenza abbia «lo scopo o

Si ritiene comunque possibile attribuire alla *Gesinnung* un ruolo coerente con la funzione di integrazione sociale, senza sconfinare in un diritto penale d'autore, collocandola nell'ambito della commisurazione della pena in senso stretto[396]. In tale prospettiva, essa opererebbe entro la cornice edittale e nel rispetto del limite rappresentato dalla colpevolezza per il fatto[397], senza poter giustificare né pene sproporzionate né un impiego della sanzione in chiave esclusivamente preventiva. Può dunque rilevare sia ai fini della modulazione del trattamento sanzionatorio entro le cornici edittali normativamente previste[398], sia in funzione della predisposizione di efficaci strategie di recupero sociale del reo[399].

Non stupisce, d'altronde, che la dottrina più risalente[400], nel tentativo di classificare i motivi, distinguesse tra motivi "buoni" e motivi "cattivi", individuando il criterio di valutazione nella loro conformità ai principi dell'etica e dell'utilità sociale. L'art. 133 c.p. considera il movente "buono" come indice di minore capacità criminale[401], in quanto l'assenza di motivazioni egoistiche e antisociali è generalmente

---

l'effetto di annullare o compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di eguaglianza, dei diritti umani». In termini analoghi si è espressa anche Cass. pen., sez. III, 23 giugno (dep. 14 settembre 2015), n. 36906, *CED Cass. pen.* 2015.

[396] Diversamente, A. PERIN, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie. Legittimità e limiti della sanzione penale dell'offesa alla pari dignità*, Torino 2024, pp. 216-217, pur riconoscendo nell'aggravante dei motivi abietti una forma di «colpa morale», esclude un suo possibile inquadramento nella colpevolezza, collocandola, invece, nel giudizio sulla pericolosità sociale dell'autore.

[397] F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 65-68, sottolinea che il richiamo all'atteggiamento interiore dell'agente può essere sottratto a possibili strumentalizzazioni solo se saldamente ancorato al requisito della necessaria lesività dell'illecito penale, così da evitare che esso assuma rilievo in modo autonomo e sganciato dal fatto.

[398] Rispetto ai motivi abietti, A. CAVALIERE, *Il furore casistico nella recente legislazione penale. In particolare: circostanze e soggettivismo,* in *Penale. Diritto e procedura*, n. 4/2022, p. 577.

[399] S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 163; P. VENEZIANI, Motivi e colpevolezza, cit., pp. 210 ss., sostiene che tutti gli indici di commisurazione della pena costituiscano, in via preliminare, criteri di graduazione della colpevolezza. In tale prospettiva, egli critica la valorizzazione dei motivi nelle ricostruzioni volte a depurare la colpevolezza da componenti retributive, evidenziando come ciò rischi di orientare il sistema verso esigenze esclusivamente special-preventive e, dunque, di consentire una strumentalizzazione del reo oltre il limite della sua responsabilità personale. In generale, sulla funzione bidimensionale della capacità a delinquere, intesa sia in senso retrospettivo-retributivo, sia in chiave prognostico-preventiva, F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, cit., p. 600.

[400] A. MALINVERNI, voce *Motivi (dir. pen.),* cit., p. 294.

[401] Sulla rilevanza dei motivi a delinquere, come ambito nel quale può trovare spazio, in senso favorevole al reo, la motivazione culturale, A. BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale",* p. 28; esprime, invece, perplessità in ordine alla possibilità di una simile valorizzazione *pro reo,* L. MONTICELLI, *Le cultural defenses (esimenti culturali) e i reati "culturalmente orientati",* cit., p. 580.

ritenuta sintomo di una minore inclinazione a delinquere[402]; viceversa, il movente "cattivo" costituisce indice di maggiore capacità criminale e pericolosità[403].

Si tratta di un'impostazione non distante da quella che emerge in relazione ai motivi abietti o futili, ovvero ai motivi di particolare valore morale o sociale. Tuttavia, tanto il motivo "buono" quanto quello "cattivo", nel caso dell'autore culturalmente motivato, pongono il problema della prospettiva da cui devono essere valutati: se quella del soggetto agente oppure quella della cultura di maggioranza[404]. Si ripropone, dunque, una questione analoga a quella già emersa sul piano della tipicità, relativa al rischio di sacrificare le esigenze di oggettività.

In particolare, per i motivi di particolare valore morale o sociale, si fa generalmente riferimento a parametri oggettivi, ossia alla coscienza etica della generalità dei consociati. Un simile approccio, tuttavia, rischia di escludere l'applicazione dell'attenuante nei confronti di soggetti, come gli autori di reati culturalmente motivati, che abbiano agito sulla base di motivi ritenuti positivi all'interno del proprio contesto culturale. È stato osservato, in dottrina, che proprio in questi casi, per realizzare un'effettiva uguaglianza sostanziale[405], non può essere imposto il modello della cultura di maggioranza, anche alla luce del principio di personalità della responsabilità penale, che impone di considerare l'imputato nella sua concreta individualità.

Quando, invece, si considerano i motivi abietti o futili, il problema si ripropone in termini analoghi, ma con una specificità ulteriore[406]: non si tratta di valorizzare un motivo positivo, bensì di individuare un elemento che aggrava la pena in quanto espressivo di quella maggiore rimproverabilità, che deve comunque trovare riscontro in

[402] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 427.
[403] F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, cit., p. 602 sulla natura, intensità e "potenza" propulsiva dei motivi a cui va rapportata la capacità a delinquere.
[404] Così emerge dalla giurisprudenza richiamata in G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 452; nello stesso senso P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., p. 234, fa riferimento ad azioni moralmente nobili secondo la coscienza etica umana o del popolo in un determinato momento storico.
[405] In tal senso si esprime P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., p. 241.
[406] *Ivi*, p. 238.

un dato psichico reale, riferibile al soggetto agente, relativo alla futilità o abiezione del motivo[407].

Questi profili vanno ora messi in relazione con il motivo di genere. Come già osservato, la giurisprudenza non ha incontrato particolari difficoltà nel qualificare, alla luce della lotta alla violenza di genere, il fattore culturale come "motivo cattivo" quando esso presenti connotazioni discriminatorie alla luce dei valori della cultura di maggioranza[408]. È proprio nel rapporto tra i motivi rilevanti ai fini della commisurazione della pena e il fattore culturale, quale possibile lente interpretativa di tali motivi, che si rafforza la qualificazione dell'aggravante di genere come elemento soggettivamente connotato, operante sul piano psichico. Di conseguenza, di fronte a un autore culturalmente motivato che realizzi un fatto riconducibile alla violenza di genere, risulta difficilmente sostenibile che il fattore culturale possa operare come elemento attenuante, ad esempio quale motivo di particolare valore morale o sociale[409].

Resta, piuttosto, da verificare se il fattore culturale possa incidere sul piano della configurabilità stessa della circostanza, ma, come già evidenziato, esso non è idoneo né a escludere la coscienza dell'offesa, né quella dell'antigiuridicità, e analogamente non può incidere sull'interpretazione dell'elemento circostanziale.

Si sottolinea, inoltre, che tutte le circostanze riconducibili solo indirettamente alla cultura dell'agente non trovano spazio in una prospettiva di favore nel bilanciamento con altre circostanze[410]. Si pensi, ad esempio, al legame di parentela o affettività, che proprio in ragione della particolare prossimità giustifica modalità più

---

[407] P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., p. 264; A. PERIN, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie,* cit., pp. 212-213, riporta la sentenza di C. ass. Reggio Emilia, 19 dicembre 2023, n. 4, in cui la Corte "bilancia" l'attenuazione per il motivo culturale con l'aggravamento per i motivi abietti; si rimanda, inoltre, a cap. 3, par. 4.

[408] Si rinvia, inoltre, al cap. 2, par. 3.2, in cui si evidenzia come tali categorie siano state utilizzate dalla giurisprudenza per introdurre elementi riconducibili a componenti emotive o a disuguaglianze strutturali nelle relazioni interpersonali.

[409] A. PERIN, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie,* cit., pp. 210-211, in senso opposto si colloca, invece, la richiesta di archiviazione del Pubblico Ministero, richiamata dall'A., in un caso di maltrattamenti (il c.d. "caso Gozzini"), nel quale è stata ravvisata una carenza dell'elemento soggettivo in capo all'autore, cittadino del Bangladesh, per le condotte realizzate ai danni della moglie. Di fronte al clamore suscitato dalla vicenda nell'opinione pubblica, si è reso necessario un comunicato stampa della Procura, nel quale si è precisato che le conclusioni del P.M. non erano attribuibili all'Ufficio, ribadendo, inoltre, che la Procura «ripudia qualunque forma di relativismo giuridico, non ammette scriminanti estranee al nostro ordinamento ed è sempre stata fermissima nel perseguire la violenza, morale e materiale, da parte di chiunque, a prescindere da ogni riferimento "culturale", nei confronti delle donne».

[410] G. FORNASARI, *Nuove riflessioni sulle categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, cit., p. 40.

gravi di aggressione ai beni giuridici e, dunque, un aumento della pena. In tale contesto, il fattore culturale non può essere valorizzato per escludere la configurabilità dell'aggravante, poiché il disvalore ulteriore permane ed è ragionevole imputarlo all'agente. Il fatto che la cultura dell'agente non elimini tale disvalore non è sufficiente a neutralizzarlo. Non è, pertanto, ammissibile che la cultura o particolari visioni dei rapporti familiari che da essa derivino giustifichi la mancata considerazione di tale disvalore ulteriore solo perché difforme rispetto ai valori della cultura di maggioranza.

Inoltre, che il legislatore abbia inteso evitare che l'aggravante discriminatoria venga svuotata nel bilanciamento con altre circostanze emerge chiaramente dalla struttura normativa, in particolare dal secondo comma dell'art. 604-*ter* c.p. [411] e dagli ultimi commi dell'art. 577-*bis* c.p., che assicurano comunque un minimo edittale elevato. Il confronto con la disciplina dell'omicidio suggerisce, infatti, che la specificità non risieda tanto nell'offesa alla vita, quanto nella sua qualificazione in termini di motivo di genere: l'art. 577, ultimo comma c.p. prevede infatti la possibilità che l'attenuante di cui all'art. 62, n. 1 c.p. sia ritenuta prevalente rispetto alle aggravanti, a differenza di quanto accade nelle ipotesi in cui il legislatore ha inteso rafforzare la risposta sanzionatoria.

3.4. Il riconoscimento del fattore culturale nella determinazione della risposta sanzionatoria

Si è detto, dunque, che la valutazione di inesigibilità incide sulla "motivabilità" del soggetto, in quanto vengono in rilievo circostanze tali da determinare una spinta all'azione criminosa così intensa da neutralizzare, in tutto o in parte, l'efficacia motivante del precetto[412]. In questa prospettiva, è possibile riaffermarne il fondamento costituzionale nel principio di colpevolezza di cui all'art. 27, comma 1, Cost. [413]: la

[411] Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98 c.p., concorrenti con l'aggravante finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente all'aggravante *ex* art. 604-*ter* c.p.

[412] Anche per D. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, cit., p. 276, l'esigibilità del comando costituisce la misura per stabilire fino a che punto il soggetto può avvertire la contrarietà all'obbligo. In S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 710-711, si richiama l'inesigibilità quale possibile categoria attraverso cui attribuire rilevanza al fattore culturale, con riferimento alle fattispecie dolose e purché non vengano in rilievo condotte lesive di diritti umani fondamentali.

[413] Per la giurisprudenza di legittimità, Cass., Sez. Un., 26 novembre 2020, in. 10381, è necessario escludere l'elemento del reato rappresentato dalla colpevolezza qualora sussistano elementi di fatto idonei

responsabilità penale, infatti, non può essere affermata quando il fatto non sia realmente "proprio"[414].

Ed è, dunque, proprio alla luce dei principi costituzionali, che la condotta non si esaurisce nella rigida alternativa esigibilità/inesigibilità o scusabilità/inescusabilità dell'errore, ma può diversamente articolarsi e graduarsi. In tale contesto, la dottrina ha elaborato la categoria delle c.d. situazioni quasi scusanti, per indicare quelle circostanze anormali che, pur non escludendo la colpevolezza, assumono rilievo nella determinazione della sua misura[415]. Così, in assenza di scusanti espressamente tipizzate, che, peraltro, difficilmente riguarderebbero i delitti contro beni fondamentali della persona, il reato resta pienamente configurato, ma la pena è suscettibile di essere modulata.

Tali elementi possono, in tale direzione, svolgere un ruolo significativo nella responsabilità personale[416], quale sede di un giudizio di adeguatezza e ragionevolezza tra fatto e pena, di verifica della coerenza della sanzione rispetto alla sua funzione costituzionale. In questa prospettiva, le specifiche condizioni personali che hanno inciso sul fatto (soggettivamente imputato all'agente e lesivo di un bene giuridico) diventano oggetto di una valutazione orientata alla predisposizione di un percorso di recupero sociale adeguato[417].

---

a dimostrare che la condotta sia stata posta in essere, pur con dolo o colpa, in una situazione motivazionale soggettiva tale da impedire la formulazione di un rimprovero di colpevolezza; solo in tal modo, infatti, il principio di colpevolezza, quale espressione della personalità della responsabilità penale sancita in Costituzione, può dirsi effettivamente rispettato, v. G. FORNASARI, *Sull'applicazione analogica delle cause di esclusione della colpevolezza*, cit,, p. 15. Nello stesso senso, F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 284, osserva che l'assenza di una previsione espressa del principio di inesigibilità in una legge ordinaria non ne esclude il possibile fondamento nei principi costituzionali. Per A. FIORELLA, *voce Responsabilità personale*, cit., pp. 1327 ss., la costituzionalizzazione dell'esigibilità si radica nel principio di umanità della pena di cui all'art. 27, comma 3, Cost., nel senso che esso impone al legislatore di considerare situazioni in cui il comportamento conforme alla norma, pur naturalisticamente possibile e dominabile dal soggetto, risulti umanamente inesigibile. Tuttavia, tale fondamento costituzionale viene individuato con riferimento alle scusanti già previste dall'ordinamento e si rivolge, primariamente, al legislatore.

[414] Anche F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 290.

[415] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pp. 420-421.

[416] G. VASSALLI, voce *Colpevolezza*, cit., p. 16.

[417] Il riferimento è ancora a S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 101 ss. Anche G. DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, in A. BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, cit., p. 157, evidenzia come la risposta sanzionatoria, nella prospettiva della prevenzione, debba confrontarsi con eventuali *deficit* di integrazione e di fruizione sostanziale dei diritti: sotto questo aspetto, assume rilievo anche la valutazione delle opportunità concretamente offerte ai consociati di realizzare le proprie aspettative attraverso l'effettivo esercizio dei diritti civili, economici e sociali.

Si ripropongono, tuttavia, anche sotto questo profilo, i limiti già evidenziati in relazione al ricorso alla categoria dell'inesigibilità. In assenza di un'adeguata previsione normativa e alla luce dei margini di incertezza connessi alla perdurante questione della discrezionalità giudiziale, l'esigibilità non può essere elevata a criterio autonomo di valutazione del mancato comportamento conforme. Essa consente, piuttosto, di valorizzare le condizioni personali e situazionali dell'agente, al fine di apprezzare lo sforzo da questi compiuto alla conoscenza (più che al rispetto) della legge e degli obblighi ad essa connessi, in coerenza con i principi di dignità della persona e ragionevolezza, nonché con la finalità rieducativa della pena[418]. In tal senso, l'esito di tale valutazione s'inserisce nell'area dell'evitabilità dell'errore sulla legge, assumendo rilievo anche quando la pretesa di obbedienza risulti esigibile, purché il fatto esprima in modo credibile il conflitto motivazionale dell'agente[419].

In altri termini, pur potendo condotte quali il c.d. femminicidio o la violenza sessuale collocarsi all'esito di processi motivazionali nei quali la norma culturale, ad esempio in funzione della tutela dell'onore, svolge un ruolo significativo, l'offesa a beni fondamentali della persona non viene toccata da tali valutazioni, né risulta, di conseguenza, integralmente scusata. Essa va, piuttosto, ricondotta alla "scala" della responsabilità personale, articolata in diversi livelli, ciascuno dei quali riflette la necessaria considerazione di fattori e circostanze che, affinché il fatto possa dirsi realmente "proprio", non possono essere trascurati.

E se l'offesa rappresenta uno dei cardini di tale "scala", la valutazione del fattore discriminatorio, tenuto conto delle sue già segnalate frizioni con i principi di personalità della responsabilità penale, di materialità, di laicità e di offensività, non può assumere in questa sede autonoma rilevanza. Non rileva, in tale valutazione, il fatto che la lesione del bene sia motivata da una concezione "arretrata" dei rapporti di genere, o che tale lesione si collochi all'interno di una norma culturale che abbia inciso sul processo di formazione della volontà in modo diverso rispetto ad altre spinte motivazionali, quali, ad esempio, una provocazione o un impulso di gelosia. Ciò che rileva è, piuttosto, il

[418] F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., pp. 285 ss., dal punto di vista politico-criminale, evidenzia in chiave critica come il ricorso alla categoria dell'inesigibilità possa determinare un indebolimento dell'efficacia dell'imperativo penale (rilievo, del resto, già formulato con riferimento alla scusabilità dell'ignoranza della legge prima della sentenza n. 364/1988). In questa prospettiva, l'ampiezza delle condizioni scusanti si porrebbe in rapporto di proporzionalità inversa rispetto all'efficacia general-preventiva della norma penale.
[419] G. FORNASARI, *Nuove riflessioni sulle categorie dogmatiche del diritto penale*, cit., pp. 34-35.

ruolo concretamente svolto dal fattore culturale nel giudizio di inevitabilità della mancata percezione del disvalore normativo del fatto[420].

Persistono, però, significativi dubbi circa l'ancoraggio a criteri concreti di esigibilità idonei a garantire la certezza del diritto. Tuttavia, come autorevole dottrina ha evidenziato, tali parametri non possono comunque prescindere dal richiamo al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.[421], pertanto un punto fermo può essere individuato nel ritenere che i meccanismi dell'inesigibilità possano operare quantomeno quale limite negativo: consentendo, cioè, di evitare l'applicazione di aggravamenti di pena fondati esclusivamente sulla "estraneità" dell'autore culturalmente motivato rispetto alla "normalità" parametrata alla collettività di maggioranza.

È possibile, dunque, individuare tra le "circostanze concomitanti anormali"[422] che possono incidere in tal senso, in particolare, i condizionamenti derivanti dall'educazione e dall'ambiente, diverso da quello della cultura di maggioranza, in cui il soggetto è cresciuto, in riferimento ad una concezione etnica di cultura, nell'accezione restrittiva proposta dalla dottrina più autorevole[423].

Nel diritto vigente, tali situazioni possono trovare riscontro, in favore dell'autore culturalmente motivato, nel riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche[424], in linea con l'esigenza di individualizzare il trattamento sanzionatorio in funzione rieducativa. Anzi, in un sistema ideale, tali elementi dovrebbero trovare adeguata considerazione soprattutto nella personalizzazione del percorso rieducativo del reo, piuttosto che tradursi esclusivamente in un incremento quantitativo della pena detentiva da scontare.

Al contempo, il rischio di tensioni con i principi di uguaglianza e di certezza del diritto può essere quantomeno contenuto attraverso un uso attento degli indicatori di cui all'art. 133 c.p., nel rispetto del principio di proporzione e in funzione preventiva[425].

---

[420] Nuovamente, G. FORNASARI, *Nuove riflessioni sulle categorie dogmatiche del diritto penale*, cit., p. 39.
[421] Il riferimento è alla ricostruzione di G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, nota n. 340 del presente capitolo.
[422] Sono le «*abnormer Beschaffenheit der begleitenden Umstände*» di R. FRANK, *Über den aufbau des schuldbegriffs*, cit., p. 532.
[423] Si rimanda a cap. 1, par. 3.1 - 3.2.
[424] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pp. 447 ss.
[425] C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., pp. 238-239.

Sebbene tali indici attribuiscano al giudice un ampio margine di discrezionalità[426], occorre considerare il rischio di oscillazione tra poli opposti: da un lato, una responsabilizzazione eccessiva dell'autore culturalmente motivato, che trascuri la natura di condizionamento (e non di determinazione) del fattore culturale; dall'altro, il pericolo di scivolare verso forme di diritto penale del nemico, che tendono a qualificare l'autore, specie se straniero, come soggetto intrinsecamente pericoloso[427].

Un'interpretazione costituzionalmente orientata, quale quella che ispira l'approccio multiculturalista qui adottato, consente invece di evitare tali opposti eccessi, mantenendo un equilibrio tra esigenze di responsabilizzazione e rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento.

Dunque, al di là dei motivi a delinquere sui quali si è già avuto modo di soffermarsi, anche le condizioni di vita individuali, familiari e sociali del reo possono concorrere a una determinazione della pena in senso favorevole[428]. In particolare, un rilievo significativo può essere attribuito all'ambiente familiare e affettivo in cui il soggetto è cresciuto, quale contesto nel quale possono essere stati interiorizzati modelli relazionali e schemi comportamentali, anche connotati sul piano dei ruoli di genere.

Per quanto concerne, invece, le cause di esclusione della punibilità in senso stretto, a prescindere dalla loro discussa collocazione sistematica[429], esse devono essere previste in modo espresso e tassativo dal legislatore e, allo stato attuale, non risultano configurabili ipotesi di questo tipo.

A ciò si aggiunge che osterebbe all'introduzione di una specifica causa di esclusione della punibilità, applicabile anche ai casi di violenza di genere, la disciplina contenuta nella Convenzione di Istanbul, nonché le indicazioni della direttiva dell'Unione Europea del 2024, la quale, al considerando 75, invita gli Stati membri ad

---

[426] Sulla positivizzazione di una attenuante "culturalmente connotata" come freno alla discrezionalità giudiziale, nel solco di una precisa scelta politico criminale pluralista, C. GRANDI, *Diritto penale e multiculturalismo*, cit., pp. 283-284.
[427] A. BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, cit., pp. 121-123.
[428] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pp. 428-429; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 240.
[429] G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 453 ss., ove si sostiene la sistematica quadripartita, in cui la punibilità è configurata come il quarto elemento del reato, entro il quale trovano collocazione condizioni ulteriori ed esterne rispetto al fatto tipico, antigiuridico e colpevole. Tali condizioni si fondano su ragioni di opportunità pratica e di convenienza, che inducono l'ordinamento, in determinate ipotesi, a rinunciare all'irrogazione della sanzione.

adottare misure volte a contrastare gli stereotipi di genere dannosi, escludendo che cultura, costumi, religione, tradizione o onore possano essere considerati giustificazione o circostanza attenuante nei reati di violenza contro le donne o di violenza domestica[430]. È stato osservato, tuttavia, che il divieto previsto dalla Convenzione dovrebbe essere interpretato alla luce della nozione di "*justification*", riferibile alla categoria dell'antigiuridicità: esso impedirebbe, dunque, l'introduzione di cause di giustificazione idonee a rendere leciti comportamenti riconducibili alla violenza di genere, mentre resterebbero al di fuori di tale divieto le valutazioni attinenti alla colpevolezza, come, ad esempio, quelle relative all'errore sulla legge, rimesse al giudice[431].

Inoltre, anche le proposte dottrinali formulate in materia tendono a escludere una *complete defense*[432] quando vengono in rilievo beni personali fondamentali. Emblematica è, in tal senso, la proposta di Cristina De Maglie, la quale prospetta l'introduzione di una causa originaria di non punibilità sul modello dell'art. 649 c.p., relativo ai reati contro il patrimonio commessi tra prossimi congiunti[433]. In tale ricostruzione, la famiglia viene concepita come un micro-ordinamento dotato di una certa autonomia rispetto allo Stato, e la previsione dell'art. 649 costituirebbe un residuo di tale autonomia. Alla base di tali scelte vi sarebbe una logica di pluralità degli ordinamenti, nella quale l'ordinamento statale riconosce e prende atto della specificità di altri sistemi sociali. Analogamente, una volta accertato l'illecito culturalmente motivato, il legislatore potrebbe decidere di non esasperare il conflitto tra gruppi minoritari e società di accoglienza, concedendo un margine di impunità alle minoranze etniche al fine di attenuare le tensioni tra sistemi culturali differenti.

Resta fermo, tuttavia, che sarebbero comunque esclusi dall'ambito di applicazione di una simile causa di non punibilità tutti i comportamenti che comportino la violazione delle c.d. immunità fondamentali. Il diritto alla cultura non potrebbe essere invocato in caso di offesa alla vita, all'incolumità fisica, all'integrità e libertà morale,

---

[430] Si prosegue puntualizzando: «Le misure preventive dovrebbero incoraggiare gli uomini e i ragazzi a fungere da modelli di riferimento positivi a sostegno della parità tra uomini e donne, ma dovrebbero anche mirare a superare gli stereotipi che impediscono agli uomini di ottenere aiuto in situazioni di violenza nei loro confronti. Considerando che fin dalla più tenera età i bambini sono esposti a ruoli di genere che ne plasmano la percezione di sé e ne influenzano le scelte scolastiche e professionali, come le aspettative quanto al ruolo di donna o di uomo da ricoprire nel corso della vita, è fondamentale che gli stereotipi di genere siano affrontati dacché cominciano l'educazione e la cura della prima infanzia».
[431] E. CORN, *Il femminicidio come fattispecie penale*, cit., pp. 99-100.
[432] L. MONTICELLI, *Le "cultural defenses" (esimenti culturali) e i reati "culturalmente orientati",* cit., p. 553.
[433] C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., pp. 253 ss.

alla dignità umana e, più in generale, ogniqualvolta entri in conflitto con i diritti inviolabili della persona, né potrebbe operare quando l'offesa sia realizzata mediante violenza fisica o psicologica. Diversamente, tali limitazioni non varrebbero nei casi in cui l'offesa si realizzi tra soggetti adulti, consenzienti e pienamente capaci[434].

Pur condividendo l'orientamento di quella parte della dottrina che esclude la necessità di introdurre norme *ad hoc*, ritenendo che il fenomeno dei reati culturalmente motivati possa essere adeguatamente affrontato all'interno delle categorie generali del reato, si deve tuttavia osservare che, soprattutto quando tali reati rientrano nell'ambito della violenza di genere, risulta difficile sostenere, anche sotto il profilo della prevenzione generale, l'introduzione di una autonoma causa di impunità o anche solo di attenuazione della pena.

Ciò non solo in ragione della particolare attenzione che l'opinione pubblica riserva al tema della violenza di genere e della sua incidenza sulle scelte legislative, ma anche per la rappresentazione, spesso diffusa, dello straniero come portatore di una cultura intrinsecamente misogina. In tale contesto, una simile opzione non apparirebbe idonea a perseguire una funzione politico-criminale di integrazione sociale, ma rischierebbe piuttosto di collocarsi, in senso opposto, nel solco delle attuali politiche legislative, caratterizzate da una tendenza all'inasprimento sanzionatorio [435].

[434] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 466.

[435] Questa considerazione trova riscontro sia nell'aumento delle pene previste per i reati di violenza di genere, sia nella tipizzazione di specifiche fattispecie incriminatrici volte a tutelare soggetti particolarmente vulnerabili. Si pensi, ad esempio, oltre ai reati relativi alle mutilazioni genitali femminili e ai matrimoni forzati, anche all'impiego di minori nell'accattonaggio. In tali ambiti, infatti, al sopraggiungere di esigenze di tutela di soggetti deboli, l'ordinamento ha scelto di intervenire attraverso la tipizzazione e la criminalizzazione di condotte, pur se riconducibili a contesti culturalmente connotati.

CONCLUSIONI

IL RICONOSCIMENTO DEL FATTORE CULTURALE TRA GRADUAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ PERSONALE E INDIVIDUALIZZAZIONE DELLA RISPOSTA SANZIONATORIA

In chiave conclusiva, il principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2, Cost. non può che assumere un rilievo centrale: esso non opera come fondamento della risposta repressiva, bensì come suo limite, imponendo di verificare se e in quale misura l'intervento punitivo contribuisca effettivamente alla rimozione delle disuguaglianze, anziché risolversi in una mera gestione simbolica delle stesse. Ciò non implica, si ricorda, la creazione o la legittimazione di un diritto penale *ad hoc* per la tutela 'di genere', piuttosto, evidenzia come la Costituzione contenga, tra i suoi principi fondamentali, un parametro di ragionevolezza che, da un lato, funge da limite garantistico alla pretesa punitiva statale[1] e, dall'altro, opera come principio della differenza, assicurando che situazioni diverse siano trattate in modo diverso: è così che il principio di uguaglianza orienta l'intero giudizio di responsabilità personale, calibrandolo sulla specificità del fatto e del suo autore.

La pistola puntata in apertura, dunque, colpisce ora il suo bersaglio[2]: ogni richiamo alla "cultura dell'ordinamento" o alla cultura di maggioranza non può tradursi in una vuota legittimazione dell'intervento penale, sicuramente non nella misura in cui conduca ad esiti distorsivi e privi di effettiva utilità[3]. Al contrario, un diritto penale fondato sui principi di laicità e di personalità della responsabilità penale non turba, ma tutela le condizioni che rendono possibile la convivenza tra persone libere ed eguali[4].

In questa prospettiva, un approccio multiculturalista, letto alla luce dei principi dello Stato costituzionale, non si pone in antitesi con la tutela della donna quale soggetto vulnerabile, esposto a forme di violenza radicate, trasversalmente, in dinamiche sociali e pratiche culturali, al contrario, ne consente una più adeguata

[1] S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 91 ss.
[2] Il riferimento è alla "pistola di Čechov", celebre principio narrativo, secondo cui se ad un certo punto della narrazione compare una pistola, allora quest'ultima, prima della fine del racconto, deve sparare.
[3] F. PALAZZO, *I confini della tutela penale,* cit*.,* pp. 460 ss.; F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pp. 121-123.
[4] D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale,* cit., pp. 89 ss.

comprensione, evitando che la reazione punitiva si orienti verso la mera costruzione del "nemico" della donna vittima[5], favorendo, invece, una lettura penalistica più consapevole del fenomeno.

Proprio le ipotesi di violenza di genere culturalmente motivate, però, si connotano per una peculiarità che non può essere trascurata. Quando sono in gioco diritti fondamentali della persona, non è ammissibile né un ridimensionamento dell'offensività del fatto sulla base del solo fattore culturale[6], né l'esclusione della punibilità giustificata dal mero richiamo al contesto culturale di riferimento. In questo senso, tanto la giurisprudenza di legittimità, ancorata alla teoria dello "sbarramento invalicabile"[7], quanto le esigenze di offensività impongono un punto fermo.

La violenza di genere presenta, tuttavia, una significativa duplicità: da un lato, costituisce una violazione di diritti umani fondamentali; dall'altro, si innesta su pratiche e rappresentazioni sociali storicamente e culturalmente connotate[8], il cui riconoscimento come discriminatorie deriva da un processo evolutivo comune agli ordinamenti giuridici occidentali e non. In questa prospettiva si sovrappongono due dimensioni distinte: quella dell'universalità del bene giuridico tutelato e quella della qualificazione dell'elemento aggravante in termini di discriminazione o di odio.

Si evidenzia nuovamente, sotto questo aspetto, che debba escludersi che il riferimento alla disuguaglianza di genere possa giustificare un autonomo aggravamento della pena in ragione di una pretesa ulteriore offensività del fatto: pur trattandosi di un fenomeno sociale di indubbia gravità, non può ritenersi che la materiale rimozione delle disuguaglianze sia affidabile allo strumento penale[9]. Mentre, dunque, la tutela penale dei diritti fondamentali risulta pienamente coerente con i principi di materialità, offensività ed *extrema ratio*, la costruzione del motivo discriminatorio come elemento di aggravamento presenta profili di tensione con tali principi, rischiando di introdurre valutazioni eccedenti il fatto e di incidere in modo problematico sulla sfera soggettiva.

---

[5] V. MASARONE, *L'attuale posizione della vittima nel diritto penale positivo: verso un diritto penale "per tipo di vittima"?*, cit., pp. 4 ss.
[6] A. BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, cit., pp. 80 ss.
[7] *Ex multiis,* Cass. pen. sez. III, 20 novembre 2019, n. 7590, in *Guida al diritto* 2020, 21, 102; Cass. pen., sez. III, 31 maggio 2017, n. 53135, in *Diritto & Giustizia* 2017; Cass. pen. sez. III, 5 giugno 2015, n. 37364, *CED Cass. pen*. 2016.
[8] *Ex multiis*, A. BARATTA, *El paradigma de género desde la cuestión criminal hacia la cuestión humana*, cit., pp. 117 ss.; E. R. ZAFFARONI, *El discurso feminista y el poder punitivo*, cit., pp. 28 ss.
[9] S. MOCCIA, *La perenne emergenza,* cit., pp. 22 ss.

In questo quadro, lo spazio riservabile al riconoscimento del fattore culturale tradisce la premessa multiculturalista: proprio il carattere discriminatorio di determinate condotte esclude che la cultura possa operare come fattore di giustificazione o di automatica attenuazione della responsabilità, anche alla luce dei vincoli derivanti dal diritto sovranazionale[10].

Ne deriva un ulteriore argomento a favore dell'espunzione dal sistema penale di automatismi fondati sul motivo di genere. Escludere, infatti, in radice ogni rilevanza del fattore culturale priverebbe l'interprete di uno strumento essenziale per comprendere il reato e per realizzare in modo pieno la funzione della pena: tale rischio risulta ancor più accentuato quando il fatto si inserisce in un contesto culturalmente connotato.

Da qui, inoltre, l'esigenza di una rigorosa scomposizione analitica delle fattispecie, che consenta di distinguere i diversi piani rilevanti e di modulare correttamente la risposta sanzionatoria. In questa operazione, è anche il fattore culturale che non può in alcun caso giustificare un aggravamento automatico del trattamento sanzionatorio[11], ma deve essere valutato esclusivamente nei limiti in cui esso incide sulla responsabilità personale, nel rispetto dei principi fondamentali del diritto penale.

Tirando dunque le fila dell'analisi, la scelta di un modello multiculturalista, in ragione della sua maggiore aderenza alla tutela dei diritti fondamentali e allo statuto pluralista della Costituzione italiana, comporta anche l'inidoneità del solo fattore culturale a fondare l'illiceità penale. Ne è dimostrazione la tipizzazione di reati quali le mutilazioni genitali femminili, che esprimono un approccio assimilazionista nei confronti delle culture minoritarie, traducendosi di fatto nella condanna di pratiche percepite come estranee all'ordinamento giuridico, discriminatorie e, dunque, non solo immeritevoli di tutela, ma addirittura da contrastare[12]. Si tratta, infatti, di un giudizio di valore che non trova un adeguato riscontro nella legittimità di un intervento penale differenziato rispetto alla tutela dell'integrità fisica già apprestata. Analoghe criticità emergono con riferimento ai matrimoni forzati e, più in generale, alla disciplina penale

[10] Il riferimento è all'art. 42 della Convenzione di Istanbul e all'art. 11 della Direttiva UE 2024/1385.
[11] A. BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, cit., pp. 77 ss.
[12] C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 41; A. BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale",* cit., p. 10; G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo*, cit., p. 188.

del matrimonio come bene giuridico inteso quale istituzione[13], la quale presenta già di per sé profili problematici in termini di offensività e materialità, che risultano ulteriormente accentuati nei fatti culturalmente motivati.

Ed è proprio per evitare letture meramente valoriali, prive di un solido ancoraggio costituzionale e declinate in termini paternalistici, che si rifiuta il ricorso al consenso dell'avente diritto quale strumento di esclusione dell'illiceità del fatto culturalmente motivato. Una simile impostazione finirebbe, infatti, per creare uno spazio sottratto alla tutela penale, nel quale vittima e autore, appartenenti alla medesima cultura, verrebbero lasciati a sé stessi, oltre a porsi in contrasto con il limite derivante dai diritti fondamentali coinvolti. Tale soluzione non appare percorribile soprattutto alla luce del ruolo primario dell'autodeterminazione nell'impianto costituzionale personalistico: la posizione della persona offesa non viene trascurata, ma riletta alla luce della sua libertà di scelta, nel senso che il titolare del bene giuridico non perde il diritto alla tutela, bensì viene rispettato nella sua capacità di autodeterminarsi, purché essa sia effettiva e consapevole[14].

Alla luce di tale quadro, dunque, nei reati riconducibili alla violenza di genere il fattore culturale non può essere ridotto a criterio distintivo tra "cittadini" e "stranieri" [15],

---

[13] S. MOCCIA, *Qualche riflessione sulla tutela penale della famiglia*, cit., pp. 82-83.

[14] S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., p. 274.

[15] Non appare condivisibile la tesi di D. MICHELETTI, *Contraddittore a C. GRANDI, Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in G. DE FRANCESCO, C. PIEMONTESE, E. VENAFRO (a cura di), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, cit. pp. 375-376, che propone di circoscrivere il problema dell'illecito culturalmente motivato già sul piano della tipicità, mediante una deroga espressa al principio di territorialità di cui all'art. 3 c.p. Secondo tale impostazione, infatti, la legge penale italiana non dovrebbe applicarsi, salvo istanza della persona offesa, ai fatti commessi nel territorio dello Stato da uno straniero ai danni di uno straniero, qualora essi risultino leciti secondo l'ordinamento di appartenenza. Una simile soluzione presenta rilevanti criticità. Essa introduce, infatti, già a livello della tipicità, una differenziazione fondata sullo *status civitatis*, finendo per distinguere tra cittadini e stranieri nella stessa individuazione del fatto penalmente rilevante. Ne deriva il rischio di creare aree di sostanziale disinteresse della tutela penale, nelle quali la protezione dei beni giuridici risulta attenuata in ragione della sola appartenenza soggettiva degli autori e delle vittime. Tale esito non risulta superato neppure dalla precisazione, operata dall'autore, secondo cui la deroga non dovrebbe operare in presenza di lesioni a beni fondamentali della persona, né dalla limitazione ai soli casi in cui l'illecito culturale sia "completamente inidoneo a minare la validità sociale della norma penale". Anche in questa versione attenuata, infatti, la proposta continua a valorizzare lo *status* di cittadinanza quale criterio selettivo, finendo per confondere il reato commesso dallo straniero con il reato culturalmente motivato. In tal modo, il fattore culturale viene impropriamente ricondotto a un dato soggettivo (la cittadinanza), anziché essere collocato, più correttamente, sul piano della responsabilità personale e, in particolare, della percezione dell'illiceità. Più convincente appare, invece, la prospettiva proposta da A. SESSA, *Cittadinanza espansiva, politiche di integrazione e motivazione culturale al reato: profili storico-dommatici e di politica criminale*, in *Ind. pen*., n. 2/2014, pp. 479 ss., che rifiuta ogni logica di differenziazione fondata sulla cittadinanza e valorizza una concezione di "cittadinanza

né può legittimare derive verso un diritto penale del nemico, fondate su di un'assimilazione semplicistica tra reati culturalmente orientati e reati meramente commessi da soggetti stranieri. Una simile impostazione, infatti, omette di considerare le ineliminabili peculiarità di tale categoria, la quale individua più precisamente quelle situazioni in cui il fattore culturale può incidere sulla percezione dell'illiceità del fatto, collocandosi, a riconferma, sul piano della responsabilità personale[16].

Pur condividendo, alla luce della teoria finalistica dell'azione, che l'oggetto del dolo comprenda anche l'evento giuridico[17], nei reati che incidono su diritti fondamentali della persona, il cui carattere offensivo è di immediata percezione, il fattore culturale non sembra incidere sulla rappresentazione degli elementi di fatto e del loro significato rispetto agli interessi tutelati dalla norma. Esso rileva, piuttosto, nella distinta sfera della coscienza dell'illiceità, ossia nella valutazione del disvalore giuridico della condotta, estranea alla dimensione oggettiva del fatto tipico[18].

Parimenti, non appare praticabile il ricorso alle cause di giustificazione, la cui funzione è quella di comporre conflitti sociali[19]. In particolare, non è configurabile la scriminante dell'esercizio del diritto qualora l'autore culturalmente motivato agisca in modo abusivo e in violazione dei diritti umani, non potendo ritenersi prevalenti, nel bilanciamento dei beni coinvolti e a fronte della lesione di diritti fondamentali, né un preteso diritto alla cultura né una libertà religiosa così esercitata[20]. È in questa prospettiva che si giustifica l'esclusione di tali questioni dal piano dell'antigiuridicità, non certo perché si intenda negare il contrasto con l'ordinamento di pratiche culturali oppressive (si pensi, ad esempio, allo *jus corrigendi*), né tantomeno però perché le si intenda giustificare.

Non potendo, inoltre, il fattore culturale fungere da fondamento neanche di un valore di azione idoneo a giustificare una situazione quasi scriminante, esso può eventualmente rilevare nei limiti di una scriminante putativa, configurando un errore su una causa di giustificazione. Si tratta, tuttavia, di un errore che, avendo ad oggetto

espansiva", intesa come strumento per la costruzione di una "globalizzazione dei diritti", ossia di un nucleo di diritti fondamentali validi per tutti, indipendentemente dall'appartenenza nazionale.

[16] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit. pp. 39 ss.

[17] C. FIORE, *Ciò che è vivo è ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, cit., pp. 283 ss.

[18] M. GALLO, *Il dolo*, cit., pp. 175-176.

[19] C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., pp. 53 ss.

[20] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 375; C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali*, cit., p. 273; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 209.

l'antigiuridicità del fatto, incide sulla valutazione di liceità della condotta, e dunque risulta assimilabile a un errore su norme di diritto *ex* art. 5 c.p.[21], secondo la rilettura offerta dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 364/1988.

Il punto centrale di tale pronuncia della Consulta, si ricorda, riguarda il rapporto tra individuo e Stato: se il cittadino ha il dovere di conoscere la legge *ex* art. 54 Cost., lo Stato è tenuto a renderla accessibile e comprensibile; diversamente, quando tale conoscenza risulti umanamente impossibile, deve ritenersi venir meno la pretesa punitiva[22].

La stessa Corte costituzionale, infatti, non esclude che situazioni squisitamente soggettive di non colpevole mancata socializzazione dell'agente possano incidere sulla concreta possibilità di conoscenza della norma, fino a rendere scusabile l'ignoranza della legge. In questa prospettiva, con riferimento all'autore culturalmente motivato, non pienamente inserito nel tessuto sociale, la responsabilità personale, pur non dovendo essere esclusa, in ragione dell'oggettiva offensività del fatto (anche a prescindere da eventuali aggravanti connesse al movente discriminatorio), può tuttavia essere graduata sulla base di valutazioni di carattere soggettivo.

In tale prospettiva, il principio di reciprocità che regola il rapporto Stato-consociati, di reciproca diligenza[23], inteso come equilibrio tra il dovere dello Stato di rendere conoscibili le norme e quello dell'individuo di conoscerle, può risultare inciso dalla variabile culturale. In presenza di un differente retroterra culturale, infatti, tali doveri non vengono meno, ma la comprensione del disvalore penale può risultare parzialmente alterata o non pienamente allineata ai parametri della cultura giuridica dominante. Sulla base di tale ricostruzione, è possibile modulare la risposta sanzionatoria, affinché la responsabilità penale venga affermata in presenza di un fatto realmente "proprio" dell'autore[24].

Diviene, dunque, la responsabilità personale la sede entro cui declinare le peculiarità dell'autore culturalmente motivato, consentendo di tenere in adeguata

[21] *Ex multiis,* C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., pp. 464-465.
[22] D. PULITANÒ, voce *Ignoranza (dir. pen.),* cit., p. 36; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 170.
[23] D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, cit., pp. 713-714.
[24] A. FIORELLA, *voce Responsabilità personale*, cit., pp. 1327 ss.; F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 53 ss.

considerazione i fattori di vulnerabilità individuale, che incidono sulla personalizzazione dell'illecito.

L'incidenza del fattore culturale, dunque, se adeguatamente accertata nel corso del processo e puntualmente valorizzata nella motivazione, consente di far emergere gli ostacoli che incidono sul percorso di integrazione nel tessuto sociale. Si rimarca che ciò non implica, in presenza di fatti caratterizzati da elevata offensività, alcuna rinuncia alla punibilità; comporta, piuttosto, la necessità di orientare il trattamento sanzionatorio in modo proporzionato alle specificità culturali del caso concreto e al contesto personale e sociale dell'autore, evitando al contempo indebiti aggravamenti fondati su giudizi di disvalore nei confronti di culture non condivise e talvolta aprioristicamente stigmatizzate.

La concezione normativa della colpevolezza, infatti, consegna una categoria intrinsecamente graduabile[25], che consente di affrontare la questione non soltanto in termini di esclusione totale della responsabilità, ma anche di attenuazione o modulazione del giudizio ad essa relativo[26]. In tal senso, il principio di uguaglianza sostanziale impone di considerare tutti gli elementi rilevanti ai fini dell'individualizzazione del trattamento sanzionatorio: è in questa prospettiva che si colloca la categoria delle situazioni "quasi scusanti"[27], funzionale proprio alla personalizzazione dell'illecito[28].

Resta fermo che i reati riconducibili alla violenza di genere integrano fatti offensivi di diritti fondamentali della persona, pur presentando le relative fattispecie una significativa variabilità quanto al grado di offensività (si pensi, ad esempio, all'ampiezza del concetto di atti sessuali). Ciò non esclude, quindi, che la risposta sanzionatoria possa essere modulata anche in relazione al concreto grado di lesione del bene giuridico: in alcune ipotesi potrà giustificarsi un'attenuazione della pena, in altre ciò non sarà possibile. In ogni caso, i principi richiamati, incentrati sul ruolo dell'offesa

[25] D. SANTAMARIA, voce *Colpevolezza*, in *Enc. Dir*., VII 1960, pp. 655 ss.; F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pp. 419 – 420.
[26] analogamente, Bernardi, Il fattore culturale, pp. 59 -60.
[27] G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo*, cit., pp. 199-200; come F. SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato*, cit., pp. 103 ss. valorizza il profilo dell'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione per la creazione della categoria delle quasi scriminanti graduando l'antigiuridicità, così i profili attinenti all'autore in sede di responsabilità personale diventano profili di possibile declinazione di cause scusanti normativamente previste.
[28] F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 51 ss.

quale cardine della responsabilità personale, impongono di evitare aggravamenti fondati sul mero fattore culturale, che finirebbero per tradursi in una indebita "colpevolizzazione" dell'identità culturale dell'autore.

Tale impostazione si inserisce, infatti, nel superamento di una concezione della colpevolezza intesa esclusivamente come rimproverabilità per il fatto antigiuridico, a favore di una più ampia nozione di responsabilità personale, fondata sia sul titolo di imputazione soggettiva sia sul disvalore sociale del fatto[29].

Ed è senza sacrificare la rispondenza all'irriducibile carattere offensivo dei delitti di genere, che il principio di uguaglianza opera anche nella valutazione di quanto fosse esigibile, da parte del soggetto, la percezione del disvalore giuridico del fatto. Tale valutazione può riguardare la conoscenza della legge, la percezione dell'illiceità o anche l'eventuale presenza di un conflitto di doveri idoneo a incidere sul processo motivazionale. Si tratta, in ogni caso, di dinamiche connesse ai processi di socializzazione dell'individuo, rilevanti ai fini della responsabilità.

In questa prospettiva, appare condivisibile l'orientamento dottrinale che valorizza la categoria dell'esigibilità quale strumento idoneo a soddisfare esigenze di giustizia sostanziale[30], senza sacrificare i principi di legalità con cui si pone astrattamente in frizione o, quanto meno, adottando presidi teorici che evitino derive arbitrarie. Ancora alla luce del principio di uguaglianza e dell'esigenza di evitare una prevalenza indiscriminata delle pretese della collettività sull'individuo, quali criteri guida del giudizio di esigibilità[31], la ricostruzione proposta da tale autorevole dottrina consente di offrire una risposta che, da un lato, non comprometta la tutela dei beni giuridici fondamentali e, dall'altro, non deroghi ai principi cardine della responsabilità personale, radicati nei valori costituzionali.

Per tali ragioni si condivide la soluzione che colloca la valutazione di esigibilità non già come scusante extralegale, fondata sull'inesigibilità di un comportamento lecito in ragione della cultura di provenienza, bensì nell'ambito del giudizio di evitabilità

[29] S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 91 ss.
[30] G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., pp. 121 ss.; *contra*, A. BARATTA, *Antinomie e conflitti di coscienza*, cit., pp. 115 ss.
[31] G. FORNASARI, *op. ult. cit*., p. 378.

dell'ignoranza della legge[32]. In questa prospettiva, l'esigibilità incide sulla valutazione dello sforzo compiuto dal soggetto per rappresentarsi i valori dell'ordinamento e la lesione ad essi arrecata mediante la propria condotta.

Nella misura in cui il conflitto in cui versa l'agente, tale da inibire o rendere difficoltoso tale sforzo, sia ragionevolmente riconducibile all'incidenza della cultura di provenienza, non appare irragionevole richiamare i criteri elaborati dalla giurisprudenza in tema di evitabilità dell'errore sul precetto. Ciò vale tanto sotto il profilo oggettivo, relativo alla natura della regola culturale incidente sulla condotta (ad esempio, se di matrice religiosa ovvero giuridica e formalmente sanzionata), quanto sotto il profilo soggettivo, concernente le caratteristiche dell'autore concreto (quale il grado di integrazione nella comunità di accoglienza e l'intensità dei legami con quella di provenienza). Un simile ancoraggio consente di ridurre, almeno in parte, l'indeterminatezza che caratterizza la figura dell'autore culturalmente motivato e, conseguentemente, di delimitare l'ambito entro cui tale indagine può ritenersi ammissibile[33].

In questa prospettiva, *de iure condito*, oltre che attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 133 c.p., sarebbe possibile attribuire rilievo al fattore culturale, facendolo emergere mediante il richiamo a situazioni quasi scusanti nell'ambito delle attenuanti generiche[34]. Ciò consente di modulare in senso favorevole

[32] G. FORNASARI, *Nuove riflessioni sulle categorie dogmatiche del diritto penale*, pp. 34-35; ID., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., pp. 207 ss.

[33] Tale impostazione richiama il modello di accertamento in tre fasi della *cultural defense* proposto da C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., pp. 117 ss., che richiede, in primo luogo, l'indagine sui motivi che hanno indotto il soggetto ad agire; in secondo luogo, la verifica che la giustificazione addotta sia riconducibile a «una base culturale stabilizzata e su un retroterra ben consolidato di usi del gruppo a cui appartiene l'imputato». Senz'altro si conviene sull'utilità dei primi due passaggi nel vagliare l'effettiva sussistenza di un delitto culturalmente motivato; più problematica appare, invece, la terza fase del test, nella quale la cultura dell'agente viene posta a confronto con quella "dominante", richiedendosi che il divario tra le due risulti «oggettivamente apprezzabile» ai fini della qualificazione del fatto come cultural offense. Chi scrive ritiene che un'eventuale *cultural defense* debba rimanere ancorata al piano della colpevolezza, senza trasformarsi in una comparazione tra sistemi culturali. Il criterio fondato sulla "distanza culturale", pur non privo di una funzione selettiva, suscita alcune perplessità, soprattutto con riguardo alla difficoltà di accertamento e all'indeterminatezza dei parametri sulla base dei quali tale distanza dovrebbe essere valutata. In particolare, con riferimento alla discriminazione di genere, è stato osservato che si tratta di un fenomeno trasversale alle diverse culture, in quanto radicato in dinamiche sociali diffuse. In questa prospettiva, la stessa giustificazione o tolleranza di condotte espressive di tali assetti pone interrogativi circa la reale "distanza" rispetto a ordinamenti, come quello italiano, nei quali istituti quali la causa d'onore sono venuti meno solo molti anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione.

[34] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pp. 420-421.

al reo un comportamento che non esprime una piena antisocialità, ma che si inserisce in un percorso di integrazione ancora incompiuto.

Anche sotto questo profilo, tuttavia, il riferimento al movente discriminatorio e di odio di genere appare problematico, in quanto sposta l'attenzione sulla dimensione interiore dell'agente, rischiando di introdurre elementi difficilmente oggettivabili, nonchè di porsi in contraddizione con un sistema fondato sul diritto penale del fatto. Il movente discriminatorio può, al più, rilevare nell'ambito della commisurazione della pena in senso stretto[35] o incidere nella predisposizione di strategie di recupero sociale del reo, ma non è idoneo a giustificare, si ribadisce, di per sé, né un'autonoma incriminazione né un aggravamento sanzionatorio.

L'affermato carattere "oggettivo" del fattore della discriminazione o dell'odio di genere rischia, inoltre, di tradursi in una vera e propria "truffa delle etichette", suscettibile di incidere in modo problematico sul sistema penale. Il richiamo, di forte impatto, alla tutela dei diritti umani e all'uguaglianza di genere, valori indiscutibilmente centrali, finisce, infatti, per essere impiegato come schermo argomentativo, al fine di giustificare indebite deroghe alle garanzie fondamentali del diritto penale. In questa prospettiva, l'enfasi posta sulla dimensione discriminatoria della condotta, proprio in quanto evocativa di violazioni gravi e socialmente riprovevoli, tende a spostare il baricentro della valutazione sulla sfera motivazionale e interiore dell'agente, sottraendola ai presidi propri dello Stato sociale di diritto, i quali richiederebbero, invece, un'attenta considerazione dei profili differenziali dell'autore, ivi compresi quelli di natura culturale. A ciò si aggiunga che la stessa nozione di "discriminazione" si presenta come culturalmente connotata, imponendo una valutazione che, pur assumendo carattere apparentemente oggettivo, risulta inevitabilmente influenzata da parametri culturali dominanti.

Ciò non significa, naturalmente, che pratiche discriminatorie possano trovare spazio o giustificazione: nella misura in cui si traducono in violazioni di diritti fondamentali, restano in ogni caso inammissibili e penalmente perseguibili. Tuttavia, non può trascurarsi come la mera punizione di un'ideologia, per quanto riprovevole, non sia di per sé sufficiente a fondare la legittimità dell'intervento penale.

---

[35] A. CAVALIERE, *Il furore casistico nella recente legislazione penale*, cit., p. 577; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 163.

In questa prospettiva, l'inasprimento sanzionatorio fondato su tali elementi appare di limitata efficacia anche sul piano politico-criminale, poiché non incide sulle cause profonde della violenza di genere. Il mero aumento della pena, infatti, difficilmente rappresenta lo strumento più idoneo a prevenire il fenomeno: tali finalità, si ricorda, vanno perseguite sul piano extrapenale, mediante adeguate politiche sociali e culturali. Il diritto penale può infatti inserirsi solo in via complementare in una simile strategia integrata, evitando che ideologie di parte, svincolate dai principi costituzionali, incidano sulla struttura e sulle finalità della risposta sanzionatoria.

Ne consegue che, così come le politiche di integrazione e di educazione all'uguaglianza di genere[36], così come gli strumenti di tutela *post delictum* della donna, devono tener conto delle differenze culturali presenti nella società, secondo la prospettiva del femminismo intersezionale[37], anche la risposta penale, che interviene quando tali strumenti si rivelano inefficaci, dovrebbe essere in grado di considerare le specificità dei soggetti intercettati dal sistema punitivo[38], evitando approcci semplificatori e meramente simbolici.

[36] Sull'esigenza di eliminare i fattori socio-culturali che alimentano le esclusioni sociali, sia quelle fondate sul genere sia quelle legate all'appartenenza a minoranze culturali, e sulla possibilità che correnti multiculturaliste e femministe possano individuare in ciò un «comune terreno di rivendicazioni», F. ABBONDANTE, *Multiculturalismo e dimensione di genere: una difficile convivenza tra differenza e uguaglianza,* in F. ABBONDANTE, S. PRISCO (a cura di), *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza,* cit., pp. 40-41.

[37] Si rimanda alle riflessioni di P. HILL COLLINS, *Intersezionalità come teoria critica della società*, cit.; A. DAVIS, *Women, race & class*, cit.; B. HOOKS, *Feminist Theory: From Margin to Center*, cit., *passim*.

[38] Rievocando la selettività del potere punitivo, efficacemente illustrata in E. R. ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute*, cit., pp. 277 ss.; in termini analoghi anche S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 107.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Il reato di femminicidio presentato dal Governo: le ragioni della nostra contrarietà*, in *Sist., pen.,* 28 maggio 2025;

ABBIATE T., CARLINO V., MILANI G., *La sfida dell'eguaglianza di genere e della tutela dei diritti delle donne nell'Africa subsahariana francofona. Brevi note dalle Corti costituzionali di Madagascar, Senegal e Congo*, in *Federalismi.it*, n. 33/2022, pp. 243-257;

ABBONDANTE F., *Multiculturalismo e dimensione di genere: una difficile convivenza tra differenza e uguaglianza,* in ABBONDANTE F., PRISCO S. (a cura di), *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza,* Napoli 2015, pp. 3 ss.;

AGRÒ A.S., *Commento all'art. 3, comma 1*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna 1975, pp. 123 ss.;

AL-HIBRI A. Y., *Il femminismo patriarcale dell'Occidente giova alle donne del Terzo Mondo e delle minoranze?,* in COHEN J., HOWARD M., NUSSBAUM M. C. (a cura di), *Diritti delle donne e multiculturalismo,* (ed it. a cura di BESUSSI A., FACCHI A.), Milano 2007*,* pp. 41 ss.;

ALBEGGIANI F., *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Milano 1995;

ALICINO F., *La libertà religiosa e il divieto di indossare simboli confessionali visibili negli istituti di istruzione obbligatoria*, in *DPCE Online*, 65(3)/2024, pp. 2145 ss.;

ALONSO A.S., FRAGA UTGES V., *Femicidio: un recorrido por su construcción sociojurídica*, in ÁLVAREZ J. T., ALONSO A. S. (a cura di), *Géneros e interseccionalidad. Un análisis crítico de la parte especial del Derecho Penal*, Buenos Aires 2022, pp. 113 ss.;

ÁLVAREZ J. T.,

- *Crímenes de odio contra las disidencias sexuales: concepto, orígenes, marco jurídico nacional e internacional*, in *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, n.1/2018, pp. 69-97;

- *Delitos agravados por las motivaciones del autor: la prueba del odio a la orientación sexual, identidad de género o su expresión*, in *Revista de derecho penal y procesal penal*, n. 8/2020, pp. 9 ss.;

ALVAZZI DEL FRATE A., *When the Victim Is a Woman*, in *Global Burden of Armed Violence: Lethal Encounters*, GD (Geneva Declaration) Secretariat, 2011, pp. 113 – 144;
ALVAZZI DEL FRATE A., NOWAK M., *Il femminicidio da una prospettiva globale*, in *Rassegna italiana di criminologia*, n. 3/2013, pp. 187 – 199;
ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983;
ANITHA S., GILL A., *Coercion, Consent and the Forced Marriage Debate in the UK*, in *Feminist Legal Studies 17 (2)*, 2009, pp. 175 ss.;
APOSTOLI A., *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2019;
AZZARITI G., *Multiculturalismo e Costituzione* in *Quest. Giust*., n. 1/2017, pp. 120 ss.;
BADALAMENTI V., *Ancora sul reato di femminicidio: limiti e prospettive di un diritto penale basato sul genere*, in *Dir. pen. cont*., n. 4/2025, pp. 131 ss.;
BALBI G.,

- voce *Violenza sessuale*, in *Enc. Giur. Treccani (Vol. Agg. VII),* 1999, pp. 1 -25;
- *Legem et iustitiam facere. La giurisprudenza e il delitto di violenza sessuale*, in *La legislazione penale*, 23 novembre 2023;

BARATTA A.,

- *Antinomie e conflitti di coscienza*: *contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milano 1963;
- *Criminologia critica e riforma penale. Osservazioni conclusive sul dibattito «Il codice Rocco cinquant'anni dopo» e risposta a Marinucci*, in *Quest. Crim.*, n. 3/1981, pp. 349 – 390;
- *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1985, pp. 442 ss.;
- *El paradigma de género desde la cuestión criminal hacia la cuestión humana*, in RUIZ A. E.C. (a cura di), *Identidad femenina y discurso jurìdico*, Buenos Aires 2000, pp. 99 ss.;
- *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Milano 2019;

BARBERA A., *Commento all'art. 2 della Costituzione*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione italiana*, Bologna 1975, pp. 50 ss.;

BARTOLI R., *Il tornante del femminicidio: si compirà il passaggio dal populismo al sadismo penale?,* in *Sist. pen.,* 15 luglio 2025;

BASILE F.,

- *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili: Legge 9 gennaio 2006, n. 7*, in *Dir. pen. proc.*, giugno 2006, pp. 680 ss.;
- *Panorama di giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, febbraio 2008;
- *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano 2010;
- *Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati*, in *Polít. crim*. vol. 6, n. 12/2011, pp. 339 – 386;
- *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis cp*., in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, 2013 e in *Dir. pen. cont.,* n. 4/2013, pp. 311- 324;
- *I reati cd. «culturalmente motivati» commessi dagli immigrati: (possibili) soluzioni giurisprudenziali*, in *Quest. Giust.,* n. 1/2017, pp. 126-135;
- *Quanto conta la "cultura"? La Cassazione torna sui reati c.d. culturalmente motivati*, in *Giur it.,* 2018, pp. 2244 ss.;
- *La tutela delle donne dalla violenza dell'uomo: dal Codice Rocco... al Codice Rosso*, in *Diritto penale e uomo*, n. 11/2019, pp. 78 ss.;

BASILICO A., VILLADA J., *Código Penal de la Nación Argentina. Comentado. Anotado. Concordado*, Buenos Aires 2019;

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* (a cura di G. D. PISAPIA), Milano 1974;

BEGUINOT G., *I reati contro la sfera sessuale della persona al tempo di internet*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* n. 3/2023, pp. 1002 ss.;

BERNARDI A.,

- *Modelli penali e società multiculturale*, Torino 2006;

- *L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale"*, in *Politica del diritto*, 2007, pp. 3 ss.;
- *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino 2010;

BERNASCONI C., *Dalla vittimologia al vittimocentrismo: cosa resta della tradizione reocentrica?,* in *Criminalia*, 2021;

BETTIOL G.,

- *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1971, pp. 10 ss.;
- *Diritto penale*, Palermo 1982;

BIRNBAUM J. M. F., *Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*, in *Archiv des Criminalrechts*, 1834, pp. 149 ss.;

BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino 1990;

BONFANTI A., *Matrimoni forzati, infantili e precoci e tutela dei diritti umani in Europa: considerazioni di diritto internazionale privato*, in *GenIUS*, n. 2/2020, pp. 35 ss.;

BONINI S., *Sulla tutela penale di vittime fragili. Questioni sospese in materia di atti persecutori e di femminicidio (dopo il D. L. 93/2013). A margine un'apertura della Cassazione in tema di Mobbing e lesioni personali*, in *Ind. pen.,* n. 2/2014, pp. 667 - 699;

BORDIEU P., *Il dominio maschile*, Milano 1998;

BORGOGNO R., *Il delitto di violenza sessuale* in COPPI F. (a cura di), *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Torino 2007, pp. 81-153;

BRICOLA F.,

- *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano 1960;
- *Teoria generale del reato*, in *Novissimo digesto italiano*, 1974;
- *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. Crim.,* n. 1/1980, pp. 191 ss.;
- *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in CANESTRARI S., MELCHIONDA A. (a cura di), *Scritti di diritto penale di Franco Bricola*, vol. 1 tomo 2, Milano 1997, pp. 1477 – 1555;

BRUNELLI D.,

- *Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale*, in COPPI F. (a cura di), *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Torino 2007, pp. 37-78;

- *Divagazioni sulle "dimensioni parallele" della responsabilità penale, tra ansie di giustizia, spinte moralistiche e colpevolezza normativa*, in *Dir. pen. cont*., n. 2/2017, pp. 4 ss.;

BRUNELLI G., *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili*, in BERNARDI A., PASTORE B., PUGIOTTO A. (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, pp. 203 ss.;

BRUNETTI P., *Diritto penale del nemico: una lettura critica dei presupposti filosofici*, in *Penale Diritto e Procedura,* 29 maggio 2020;

BUOMPADRE J. E.,

- *Violencia de género, femicidio y derecho penal*, Córdoba 2013;

- *¿Es necesario acreditar en el proceso la posición de dominio o actitud machista en casos de violencia de género? Especial referencia al delito de femicidio*, in *pensamientopenal.com.ar*, 20 agosto 2013;

- *Legítima defensa y violencia de género. La mujer imputada en situaciones extremas de violencia de género invertida*, in *Revista Pensamiento Penal*, n. 214/2022;

CABIATI E., *Violenze e percorsi di aiuto tra culture diverse: multiculturalismo e interculturalità nella prospettiva del social work*, in LAMANUZZI M., MAZZUCATO C. (a cura di), *Violenza contro le donne: forme "visibili" e "invisibili" di un fenomeno globale. Strategie interdisciplinari di prevenzione,* pp. 117 ss.;

CABRERA A. M., *Felicitas Guerrero. "La mujer más hermosa de la República",* Buenos Aires 1998;

CADOPPI A.,

- *Riflessioni critiche intorno alla nuova legge sulla violenza sessuale (l. n. 66/1996),* in *Crit. dir.*, n. 2-3/1996, pp. 127-147;

- *Commento art. 609 bis*, in CADOPPI A. (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 2006, pp. 439 ss.;

- *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in FIANDACA G., FRANCOLINI G. (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale,* Torino 2008, pp. 83 ss.;
- (a cura di), *Prostituzione e diritto penale. Problemi e prospettive*, Roma 2014;
- *Un bacio è solo un bacio" Alla ricerca di una più appropriata tipizzazione dei reati sessuali*, in BRUNELLI D., CANESTRARI S., BASILE F. (a cura di), *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino 2015, pp. 433 ss.;
- *"Too much criminal law". Per una drastica riduzione della criminalizzazione*, in *Discrimen,* 21 dicembre 2022;
- *Il "reato penale" Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli 2022;
- *Violenza sessuale: breve commento al testo proposto dalla Senatrice Bongiorno. Luci ed ombre di una riforma affrettata e parziale*, in *Sist. pen*., 26 gennaio 2026;

CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo II, Milano 2023;

CAGGIA F., *Tradizione e laicità nella circolazione dei modelli giuridici: il caso delle mutilazioni genitali femminili*, in *Forum costituzionale, 2010;*

CAMPBELL J. C., *Beating of Wives: A Cross-Cultural Perspective*, in *Victimology*, 1985 (10), pp. 174 – 185;

CANESTRARI S., in *Tavola rotonda. Laicità dello Stato, confessioni religiose e multiculturalismo. Interventi di AA.VV.,* in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica,* n. 2/2006, pp. 325 ss.;

CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna 2017;

CANESTRARI S., FAENZA F., *Paternalismo penale e libertà individuale: incerti equilibri e nuove prospettive nella tutela della persona*, in CADOPPI A. (a cura di), *Laicità, valori e Diritto Penale. The moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano 2010, pp. 167 ss.;

CANTARELLA E.,

- *L'ambiguo malanno: condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Milano 2013;

- *Gli inganni di Pandora. L'origine delle discriminazioni di genere nella Grecia antica*, Milano 2019;

CARTABIA M.*, L'universalità dei diritti umani nell'età dei nuovi diritti*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3/2009, pp. 537 – 568;

CATERINI M., *Reati culturali: politiche criminali e prassi applicative tra Italia e Germania*, in *Politica del diritto*, n. 1/2020, pp. 117-138;

CAVALIERE A.,

- *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in GIOSTRA G., INSOLERA G., *Costituzione, diritto e processo penale*, Milano 1998, pp. 133 – 174;
- *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale: contributo ad una sistematica teleologica,* Napoli 2000;
- *Diritto penale "del nemico" e "di lotta",* in GAMBERINI A., ORLANDI R. (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna 2007;
- *Può la 'sicurezza' costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?,* HASSEMER W., KEMPF E., MOCCIA S. (a cura di), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München 2009, pp. 111 ss.;
- *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in ROSI E., ROCCHI F. (a cura di)*, Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Napoli 2013, pp. 219 ss.;
- *Introduzione ad uno studio sul paternalismo in diritto penale*, in *Arch. Pen*., n. 3/2017, pp. 421-440;
- *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sist. pen.,* n. 4/2022, pp. 43 ss.;
- *'Diritti' anziché 'beni giuridici' e 'principi' in diritto penale?*, in *Sist. pen.*, 16 ottobre 2023;

CECCANTI S., *Uguaglianza e differenza: la difficile cittadinanza delle donne*, in *federalismi.it,* 20 marzo 2024;

CERRATO M., *Matrimoni forzati, matrimoni precoci e libertà matrimoniale del minore: nota sul nuovo art. 558 bis c.p.,* in *Il diritto ecclesiastico*, n. 3-4/2018, pp. 623 ss.;

CHÁVEZ VALLEJO G., *El control costitucional de la justicia indígena en el estado plurinacional. Especificidades, particularidades, dilemas y desafíos*, Ciutad de Mexico 2018;

CIMINELLI M.L., *Le "ragioni culturali" delle mutilazioni genitali femminili: note critiche sulla definizione di MGF dell'Oms/Who*, in *La Ricerca Folklorica*, n. 46/2002, pp. 39-50;

COHEN A.K., *Delinquent boys: the culture of the gang*, New York 1955;

COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La circoncisione: profili bioetici*, 25 settembre 1998;

CONSULICH F., *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti,* Torino 2018;

CONTIERI E., *Dialettica del bene giuridico: per il recupero di una prospettiva costituzionalmente orientata*, Pisa 2019;

CONWAY J. K., BOURQUE S. C., SCOTT J.W., *El concepto de género*, in M. LAMAS (a cura di)*, El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*, Mexico 1996, pp. 41-52;

COPPI F., *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia 1979;

CORCOY BIDASOLO M., *Garantismo e diritto penale: perseguimento dei reati e diritti fondamentali*, in *Critica del diritto,* n. 2/2024, pp. 381 ss.;

CORN E.,

- *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia, comparazione, prospettive*, Napoli 2017;
- *Il reato di femminicidio nel codice penale italiano: cronaca di una controversia annunciata*, in *Sist. pen*., 12 dicembre 2025;

COSTA P., *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo,* Madrid 2014, pp. 27 ss.;

CRENSHAW K., *On Intersectionality: Essential Writings*, New York 2017;

CURRERI S., *Lezioni sui diritti fondamentali*, Milano 2018;

D'AMATO S., *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di finalità di discriminazione e odio etnico, nazionale, razziale o religioso*, in *Critica del diritto*, n. 4/2006, pp. 384 ss.;

D'ARIENZO M., *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, vol. 33, n. 1/2004, pp. 208 ss.;
DALIA A.A., voce *Ratto (dir. vig.),* in *Enc. Dir.* [XXXVIII, 1987], pp. 743 ss.;

DANNA D*., I confini dell'azione pubblica: matrimoni forzati e combinati, in Athenea Digital*, n. 13(2)/2013, pp. 65- 81;

DAVIS A., *Women, race & class*, New York 1981;

DE FRANCESCO G., *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, in BERNARDI A. (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Milano 2006, pp. 137 ss.;

DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa 2010;

DE SIMONE G., *Le forme di tutela della vittima*, in VENAFRO E., PIEMONTESE C. (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino 2004, pp. 55 ss.;

DEL RÍO AYALA A. C., SPINA M. P., GONZALEZ IGARTÚA M. N., *El derecho a defenderse del femicidio. La legítima defensa en contextos de violencia doméstica*, in *Revista del Centro de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral* vol. 6, n. 17/2016, pp. 51 ss.;

DEL TUFO V., *Profili critici della vittimo-dommatica: comportamento della vittima e delitto di truffa*, Napoli 1990;

DI CORLETO J., *Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas*, in *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Lexis Nexis*, n. 5/2006;

DI IORIO T., *Segni sul corpo e ferite nell'anima. Manipolazione degli organi genitali dei minori e diritti violati*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 25/2016, pp. 75 – 103;

DI GIOVINE O.,

- *I recenti interventi legislativi in materia di violenza contro le donne (perché il "dilemma del femminismo" è anche il "dilemma del diritto penale"),* in *Arch. Pen*., n.1/2017, pp. 299-320;

- *Multiculturalismo e violenza contro le donne*, in *Arch. Pen*. vol. 70, n. 1/2018, pp. 115-142;
- *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, in *La legislazione penale*, 13 maggio 2019;

DI NICOLA TRAVAGLINI P.,

- *Il diritto penale non è un diritto per le donne: il caso della legittima difesa*, in Questione Giustizia, n. 4/2022, pp. 77 ss.;
- *Il femminicidio esiste ed è un delitto di potere*, in *Sist. pen.*, n. 5/2025, pp. 5 ss.;
- *Chi tace acconsente? Il crepuscolo dell'uomo cacciatore e della donna preda*, in *Sist. pen*., n. 1/2026, pp. 115 ss.;

DI NICOLA TRAVAGLINI P., MENDITTO F., *Il nuovo Codice rosso: il contrasto alla violenza di genere e ai danni delle donne nel diritto sovranazionale e interno. Commento aggiornato alla L. n. 168/2023 e alla direttiva UE del 2024*, Milano 2024;

DINI A. E., *Ammonimento del questore e violenza di genere: un anello debole nella catena protettiva?,* in *Sist. pen*., n. 10/2022, pp. 75 ss.;

DIRECCÌON NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACÌON JURIDICA (edito da), *Anteproyecto de Código Penal de la Nación, Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación* (Decreto PEN 678/12), Pres. E. R. ZAFFARONI, Buenos Aires 2014;

DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano 2012;

DOLCE R., *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, Milano 1957;

DONINI M.,

- *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano 1991;
- *'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.*, n. 4/2008, pp. 1546-1593;
- *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., n. 3/2018, pp. 1577 ss.;

- *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Sist. pen*., 7 settembre 2020;
- *Perché non introdurre un reato di femminicidio che c'è già*, in *Sist. Pen*, 18 marzo 2025;

DOVA M.,

- *Giustizia umana e giustizia dei codici. Giudicare l'omicidio del tiranno domestico",* in PECORELLA C. (a cura di), *La legittima difesa delle donne. Una lettura oltre pregiudizi e stereotipi*, Milano 2022, pp. 193 ss.;
- *La riforma Cartabia e il contrasto alla violenza contro le donne*, in *Sist. pen*., 6 marzo 2024;

DUNDES RENTELN A., *The cultural defense*, Oxford 2004;

DUPETIT M., *El femicidio y las decisiones Judiciales. Reflexiones sobre el fallo "M., N. M." de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires*, in *Revista De Derecho Penal Y Criminología*, n. 10/2022, pp. 52 – 57;

DURKHEIM E., *Le regole del metodo sociologico*, Milano 1963;

ESER A., *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altra? Riflessioni sui rapporti tra bene giuridico e vittima del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1997, pp. 1061-1084;

FACCHI A.,

- *L'escissione: un caso giudiziario*, in *Soc. dir*., n. 1/1992, pp. 115 ss.;
- *Donne, culture e diritto: aspetti dell'immigrazione femminile in Europa*, in *Immigrati, diritti e conflitti: saggi sul pluralismo normativo*, Bologna 1999;
- *I diritti nell'Europa multiculturale: pluralismo normativo e immigrazione*, Roma-Bari 2008;
- *A partire dall'eguaglianza: un percorso nel pensiero femminista sul diritto*, in *International Journal of Gender Studies* vol.1, n.1/2012, pp. 118 ss.;

FATEH-MOGHADAM B., R*eligiös-weltanschauliche Neutralität und Geschlechterordnung: Strafrechtliche Burqa-Verbote zwischen Paternalismus und Moralismus,* in *Center for Religion and Modernity*, 2013;

FEINBERG J.,

- *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. I, *Harm to Others*, New York 1987;

- *The Moral Limits of the Criminal Law,* vol. II, *Offense to Others*, New York 1988;
- *The Moral Limits of the Criminal Law, vol. 3, Harm to Self*, New York 1989;

FERLA L., *Violenza contro le donne e società multiculturali. Questioni di tutela della persona nella prospettiva del diritto penale*, in LAMANUZZI M., MAZZUCATO C. (a cura di), *Violenza contro le donne: forme "visibili" e "invisibili" di un fenomeno globale. Strategie interdisciplinari di prevenzione*, Torino 2025, pp. 79 ss.;

FERRAJOLI L.,

- *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1989;
- *L'America, la conquista, il diritto. L'idea di sovranità nel mondo moderno*, in *Meridiana*, n. 15/1992, pp. 17-52;
- *La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza,* in *Democrazia e diritto,* 1993, pp. 49 ss;
- *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazi*a, vol. II, Roma-Bari 2007;
- *L'abuso del diritto nella società della paura*, in MOCCIA S., CAVALIERE A. (a cura di), *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali,* Napoli 2016, p. 99 ss.;
- *Manifesto per l'uguaglianza*, Bari-Roma 2019;

FIANDACA G.,

- *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* n. 1/1982, pp. 42 ss.;
- *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: 'prima lettura' della sentenza n. 364/1988.* in *Foro it.,* 1988, I, pp. 1385 ss.,
- *I reati sessuali nel pensiero di Francesco Carrara: un onorevole compromesso fra audacia illuministica e rispetto della tradizione,* in *Riv. dir. proc. pen.,* n. 3/1988, pp. 903 ss.;
- *Problemi e prospettive attuali di una nuova codificazione penale*, in *Foro it.* vol. 117, 1994, pp. 1 ss.;
- *La rilevanza penale del «bacio» tra anatomia e cultura,* in *Foro it*., vol. 121, n. 9/1998, pp. 505 – 509;
- voce *Violenza sessuale*, in *Enc. dir. agg., IV*, 2000, pp. 1153 ss.;

- *Riflessioni intorno ad alcuni punti problematici della teoria finalistica dell'azione*, in MOCCIA S., *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica,* Napoli 2007*,* pp. 237 ss.;
- *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia* 2013, pp. 95 – 121;
- *Sul bene giuridico: un consuntivo critico*, Torino 2014;
- *Cari professori di diritto penale, è ora di protestare contro il delitto di femminicidio*, in *Il Foglio,* 13 marzo 2025;

FIANDACA G., MUSCO E.,

- *Diritto penale*. *Parte generale*, Bologna 2019;
- *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, vol. II, tomo I, Torino 2020;

FIGUEROA A. M., *El derecho de género, violencia contra las mujeres y trata de persona,* Buenos Aires 2017;

FILICE F., *Diritto penale e genere*, in *Diritto Penale e Uomo*, n. 9/2019, pp. 11 ss.;

FIORE C.,

- *Il reato impossibile*, Napoli 1959;
- *Ciò che è vivo è ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in MOCCIA S. (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli 2007, pp. 283 ss.;

FIORE C., FIORE S., *Diritto penale*. *Parte generale*, Milano 2023;

FIORELLA A., voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir*., XXXIX, Milano, 1988, pp. 1289 ss.;

FONDAROLI D., *Diritto penale, vittimizzazione e "protagonismo" della vittima*, in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza* vol. VIII, n. 1/2014, pp. 74 – 80;

FORNASARI G.,

- *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova 1990;
- *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, in BERNARDI A., PASTORE B., PUGIOTTO A. (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano 2008, pp. 179 ss.;

- *Nuove riflessioni sulle categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in *La Magistratura*, 2010, pp. 24-46;
- *Sull'applicazione analogica delle cause di esclusione della colpevolezza*, in *Ind. Pen*., 3/2025;

FORZATI F., *Genesi e fenomenologia dell'illecito securitario postmoderno fra involuzioni potestative e regressioni al premoderno*, Napoli 2020;

FOURNIER P., *The Ghettoisation of Difference in Canada: "Rape by Culture" and the Danger of a "Cultural Defence*" *in Criminal Law Trials*, in *Manitoba Law Journal*, 2002, pp. 81 ss.;

FRANK R., *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in *Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen*, Gießen, 1907, pp. 519 ss.;

FREDMAN S., KUOSMANEN J., CAMPBELL M., *Transformative Equality: Making the Sustainable Development Goals Work for Women*, in *Ethics & International Affairs*, 2016;

GALLO M.,

- *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano 1951;
- *Il dolo: oggetto e accertamento*, Milano 1953;

GALVAN V., *Stigmate identitarie: riflessioni a margine della sentenza di primo grado del Tribunale di Pordenone sul reato di mutilazioni genitali femminili,* in *Arch. Pen*., n. 1/2025;

GAMBARDELLA M., *La piaga endemica. Recenti proposte di legge in materia di violenza sessuale, freezing e femminicidio*, in *Cass. pen*., n. 12/2025, pp. 3782 – 3797;

GAMBERINI A., INSOLERA G., *Conflitto sociale, nuovo codice penale e processo di valorizzazione*, in *Quest. Crim.*, n. 2/1981, pp. 281 – 288;

GARISTO F., *La Cassazione torna a occuparsi di violenza economica, con riguardo al mancato pagamento delle spese straordinarie*, in *Sist. pen.*, 19 agosto 2025;

GATTA G. L.,

- *Islam, abbigliamento religioso, diritto e processo penale: brevi note a margine di due casi giurisprudenziali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, giugno 2009;

- *Sul disegno di legge in tema di violenza sessuale e consenso ("riconoscibile"): alcune riflessioni, per superare lo stallo al Senato*, in *Sit. Pen*., 8 gennaio 2026;
- *Femminicidio o omicidio se il marito tenta di uccidere la moglie dopo aver scoperto che si prostituisce? Note a margine del caso di Ventimiglia (GIP Trib. Imperia, ord. 12 gennaio 2026, Giud. Botti),* in *Sist. pen*., n. 1/2026, pp. 195 ss.;

GIANFORMAGGIO L., *Eguaglianza, donne e diritto*, (a cura di FACCHI A., FARALLI C., PITCH T.), Bologna 2005;

GIGLIOLI P.P., RAVAIOLI P*., Bisogna davvero dimenticare il concetto di cultura? Replica ai colleghi antropologi*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, n. 2/2004;

GOISIS L.,

- *Crimini d'odio: discriminazioni e giustizia penale,* Napoli 2019;
- *Genere e diritto penale. Il crimine d'odio misogino*, in *Questione giustizia*, n. 4/2022, pp. 44 ss.;

GRANDI C.,

- *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in DE FRANCESCO G., PIEMONTESE C., VENAFRO E. (a cura di), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino 2007;
- *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo,* in *Ind. Pen*., n. 1/2007, pp. 246 – 287;
- *Una dubbia decisione in tema di maltrattamenti in famiglia motivati dal fattore culturale*, in *Dir. pen. proc.*, n. 4/2008, pp. 501 ss.;
- *I reati contro la famiglia e contro la persona culturalmente motivati: teoria ed evoluzione della prassi*, in *Arch. pen*., n. 3/2022 (*Web*);

GRAZIOSI M., *Infirmitas sexus. La donna nell'immaginario penalistico*, in *Democrazia e diritto*, n. 2/1993, pp. 99-143;

GRECO E. S., SALERNO V., *Le nuove competenze del Prefetto previste dalla legge 24 novembre 2023, n. 168,* in *Rivista dell'associazione italiana degli avvocati per la famiglia e per i minori,* n. 1/2025, pp. 85 ss.;

GROSSO C. F., *L'errore sulle scriminanti*, Milano 1961;

GROSSO E., *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in BERNARDI A. (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena,* Milano 2006, pp. 109 ss.;

GUSIS G., *Análisis de la criminalización selectiva de mujeres en función de estereotipos de género. A propósito del caso Cristina Vázquez*, in GUSIS G., FARB L. (a cura di), *Poder Patriarcal y Poder Penal*. Buenos Aires 2020, pp. 149 – 174;

HABERMAS J., *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto,* in RIGAMONTI G. (trad. it. a cura di), *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento,* Milano 2003, pp. 63 – 110;

HASSEMER W.,

- *Theorie und soziologie des Verbrechens. Ansatze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt am Main 1980;
- *Spunti per una discussione sul tema «Bene giuridico e riforma della parte speciale»*, in STILE A. (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli 1985;
- *Viefalt und Wandel eines interkulturellen Strafrechts*, in O. HÖFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?,* 1999*,* pp. 157 – 180;
- *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, n.12/2007, pp. 57-69;

HENN E. V., *International Human Rights Law and Structural Discrimination. The example of Violence against Women*, Berlino 2018;

HILGENDORF E., *Strafrecht und Interkulturalität: Plädoyer für eine kulturelle Sensibilisierung der deutschen Strafrechtsdogmatik*, in *JuristenZeitung*, n. 3/2009, pp. 139-144;

HILL COLLINS P., *Intersezionalità come teoria critica della società* (trad. it. a cura di MATURI P.), a cura di CORBISIERO F., NOCENZI M, Torino 2022;

HÖFFE O., *Globalizzazione e diritto penale*, Torino 2001 (trad. it *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Frankfurt am Main 1999;

HOOKS B., *Feminist Theory: From Margin to Center*, Boston, 1984

HÖRNLE T.,

- *Kultur, Religion, Strafrecht - Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft*, München, 2014;
- *Hijab, Niqab, Burka. Die Probleme mit sittsamer Bekleidung,* in *Leviathan* vol. 45, n.1/2017, pp. 8-20;

IEVOLELLA A., *Coppia marocchina in Italia: lui tiranneggia la moglie. Condannato, nonostante la 'cultura' d'origine,* in *Diritto & Giustizia*, 13 aprile 2015;

IGLESIAS SKULJ A., *Violencia de género en América Latina: aproximaciones desde la criminología feminista*, in *Delito y Sociedad,* n. 35/2013, pp. 84 ss;

JAKOBS G.,

- *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin 1991;
- *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, United States 2019;

JOHNSON A., *Article 17 Right to a positive cultural context*, in *The Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa: a commentary*, Pretoria 2023, 357 ss.;

KLUCKHOHN C., L.KROEBER A., *Il concetto di cultura*, Bologna 1972;

KUKATHAS C., *Distinguished Lecture in Public Affairs: Is Feminism Bad for Multiculturalism?,* in *Public Affairs Quarterly* vol. 15, n. 2/2001, pp. 83 – 98;

KYMLIKA W.,

- *Interpreting Group Rights*, in *The Good Society* vol. 6, n. 2/1996, pp. 8 ss.;
- *La cittadinanza multiculturale,* Bologna 1999;
- *Compiacimenti liberali*, in COHEN J., HOWARD M., NUSSBAUM M. C. (a cura di), *Diritti delle donne e multiculturalismo,* Milano 2007, pp. 29 – 32;

LA MONACA G., AUSANIA F., SCASSELLATI SFORZOLINI G., *Le mutilazioni genitali femminili. Aspetti socio antropologici, giuridici e medico legali e contributo casistico,* in *Riv. it. med. leg.*, n. 3-4/2004, pp. 641 ss.;

LA ROSA E., *Uso" ed "abuso" del simbolo religioso: profili di responsabilità penale,* in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale*, 2008, pp. 732 ss.;

LAGARDE M., *Del femicidio al feminicidio*, in *Desde el jardín de Freud*, n. 6/2006, pp. 216-225;

LAMBELET COLEMAN D., *Individualizing Justice through Multiculturalism: The Liberals' Dilemma*, in *Columbia Law Review* vol. 96, n. 5/1996, pp. 1093 -1167;

LAMPE E.J., *Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis*, in STRATENWERTH G., KAUFMANN A., HIRSCH J.H., JAKOBS G., LOOS F. (a cura di), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York 1974, pp. 151 ss.;

LAMRABET A., *Donne e Islam. Le questioni controverse* (trad. it. a cura di BORRILLO S.), Roma 2025;

LANDOLFI C., *Declinazioni del populismo e ricadute sul diritto penale. Un caso emblematico: le riforme della legittima difesa*, Pisa 2023;

LANZA E., *Il matrimonio forzato tra problemi definitori e obblighi di penalizzazione*, in *Ind. Pen*., n. 2/2016 pp. 294 ss.;

LANZI A., *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano 1983;

LINTON R., *The study of man*, New York 1936;

LOMBROSO C., FERRERO G., *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, Torino-Roma, 1893;

LOSAPPIO G., *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in *Ind. Pen.,* n. 1/2007, pp. 51 ss.;

MACKINNON C., *Le donne sono umane?,* Bari 2012;

MACRÌ F., *Femicidio e tutela penale di genere*, Torino 2017;

MALINVERNI A., voce *Motivi (dir. pen.),* XXVII, in *Enc dir*., 1977, pp. 287 ss.;

MANCINI L., *«Prevenire, contrastare e punire le pratiche di mutilazione genitale femminile». Un'analisi sociologica della legge n. 7/2006*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2/2017, pp. 399 ss.;

MANES V.,

- *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino 2005;
- *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2019, pp. 86 – 100;

MANNA A., *La donna nel diritto penale*, in *Ind. pen*., n. 3/2005, pp. 851 ss.;

MANTOVANI F.,

- voce *Esercizio del diritto*, *Enc. Dir.,* XV, 1966, pp. 627 ss.;
- *Principio di realtà e scienze criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1981, pp. 857 – 893;
- *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*., n. 2/2007, pp. 470 ss.;
- *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, Milano 2022;

MANTOVANI F., FLORA G., *Diritto penale. Parte generale*, Milano 2023;

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano vol. 1*, Torino 1950;

MARINUCCI G.,

- *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*, 1983, pp. 1190-1240;
- voce *Antigiuridicità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, 1987, pp. 172 ss.;

MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2019;

MASARONE V.,

- *L'attuale posizione della vittima nel diritto penale positivo: verso un diritto penale "per tipo di vittima"?*, in *Arch. Pen.,* n. 3/2017;
- *Tutela della vittima e funzione della pena*, in *Dir. pen. proc.,* n. 3/2018, pp. 397 – 406;
- *'Reati culturalmente orientati' contro donne e minori: opzioni politico-criminali e scelte normative*, in *Diritto e giustizia minorile*, n. 1-2/2021, pp. 35 – 49;
- *Violenza contro le donne: la deriva emergenziale e simbolica dell'intervento penale fino alla proposta del 'femminicidio' come autonoma fattispecie di reato*, in *Penale Diritto e Procedura*, n. 3/2025, pp. 561 ss.;

MASERA L.,

- *Corte costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 1373 ss.;
- *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino 2018;

MASSARO A.,

- *L'incidenza del fattore culturale sul sistema penale tra scelte politico-criminali ed implicazioni dogmatiche*, in *Dir. pen. proc., n.* 10/2014*,* pp. 89-122;
- *Il malinteso della donna come vittima vulnerabile: il diritto penale di fronte ai gender-based crimes*, in *GenIUS online*, 3 gennaio 2025;
- *La Direttiva UE 2024/1385 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica: il possibile impatto sull'ordinamento italiano*, in *Sist. pen*., n. 3/2025, pp. 107 ss.;
- *Dal "divorzio all'italiana" al femminicidio: il cambio di passo del diritto penale di fronte alle questioni di genere*, in *Penale Diritto e Porcedura,* 7 novembre 2025;

MAUGERI A. M., *Le "aggravanti" nei confronti degli uomini autori di "violenza di genere" nella disciplina spagnola: possibile strategia politico criminale o strumento di una politica della "sicurezza" discriminatoria?*, in *Jura Gentium*, 2016;

MAYER M.E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Berslau 1908;

MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino 2017;

MCDOWELL L., *La definición del género*, in ÁVILA SANTAMARÍA R., SALGADO J., VALLADARES L. (a cura di), *El género en el derecho*, pp. 5 ss.;

MEJÍA GUERRERO L. P., *La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, in *Revista IIDH*, n. 56/2012, pp. 189 ss.;

MERLI A.,

- *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema, le fonti, le tecniche di tutela penale*, Napoli 2006;
- *Violenza di genere e femminicidio. Le norme penali di contrasto e la legge n. 119 del 2013 (c.d. legge sul femminicidio*), Napoli 2015;

MERTON R. K.,

- *Social Structure and Anomie*, in *American Sociological Revie*w vol. 3, n. 5/1938, pp. 672-682;
- *Teoria e struttura sociale. Vol. II. Studi sulla struttura sociale e culturale*, Bologna 2000;

MICHELETTI D., *Contraddittore a C. Grandi, Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in DE FRANCESCO G., PIEMONTESE C., VENAFRO E. (a cura di), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, pp. 372 ss.;

MILL J. S., *Saggio sulla libertà* (trad. it. a cura di MAGISTRETTI S.), Milano, 1991;

MIR PUIG S., *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius puniendi*, in *Estudios penales y criminológicos*, n.14/1989-1990, pp. 203-216;

MOCCIA S.,

- *Carpzov e Grozio: dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli 1979;
- *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1989, pp. 1006 – 1024;
- *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992;
- *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 1995;
- *La promessa non mantenuta: ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001;
- *Qualche riflessione sulla tutela penale della famiglia*, in PERLINGIERI P., GIOVA S. (a cura di), *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, Napoli 2019, pp. 71 ss.;
- *Le teorie penali pure nel pensiero tedesco: tra Illuminismo e Idealismo*, Napoli 2023;

MOHANTY C. T., RUSSO A., TORRES L. (a cura di), *Third World Women and the Politics of Feminism*, Bloomington 1991;

MONGILLO V., *Diritto penale e ingegneria simbolica: i limiti della proposta di un nuovo delitto di femminicidio e le esigenze di tutela effettiva*, in *Sist. pen*., 12 giugno 2025;

MONTICELLI L., *Le "cultural defenses" (esimenti culturali) e i reati "culturalmente orientati". Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in *Ind. pen*., 2003, pp. 535 – 585;

MOROZZO DELLA ROCCA P., voce *Immigrazione e modelli familiari*, in *Enc. Dir., I Tematici IV*, 2022, pp. 629 ss.;

MOZAFFARI M. H.*, OIC declaration on human rights: changing the name or a paradigm change?,* Dicembre 2020;
MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano 1974;

MUZZICA R., LONGOBARDO C.*, I reati culturalmente orientati: una triplice prospettiva criminologica,* in *Rassegna Italiana di Criminologia*, n. 1/2015, pp. 47-57;

NUSSBAUM M. C.,

- *Un invito a non semplificare*, in COHEN J., HOWARD M., NUSSBAUM M. C. (a cura di), *Diritti delle donne e multiculturalismo,* Milano 2007, pp. 117-129;
- *Hiding from Humanity: disgust, shame, and the law*, Princeton-Oxford 2004;

NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, Padova 1972;

OKIN S.M.,

- *Feminism and Multiculturalism: Some Tensions*, in *Ethics*, vol. 108, n. 4/1998, pp. 661-684;
- *Il multiculturalismo è un male per le donne?,* in COHEN J., HOWARD M., NUSSBAUM M. C. (a cura di), *Diritti delle donne e multiculturalismo,* Milano 2007, pp. 3 ss.;

OLIVITO E., *Donne e diritto nella temperie multiculturalista*, in ABBONDANTE F., PRISCO S. (a cura di), *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza,* Napoli 2015, pp. 159 ss.

OLSEN F., *El sexo del derecho*, in RUIZ A. E. C. (a cura di)*, Identidad femenina y discurso jurídico*, Buenos Aires, 2000, pp. 137 ss.;

OSCE/ODIHR, *Hate crime laws. A practical guide*, Warsaw 2016;

PADOVANI T.,

- *In tema di coscienza dell'offesa e teoria del dolo*, in *Cass. pen*., 3/1979, pp. 320 ss.;

- *L'ignoranza della legge penale e la declaratoria di incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.* in *Leg. Pen*., 1989, pp. 449 ss.;
- *Violenza carnale e tutela della libertà*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., n. 4/1989, pp. 1301-1312;
- *Pre-Art. 609-bis c.p. Art. 1 l. 15 febbraio 1996, n. 66*, in CADOPPI A. (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova 2006, pp. 415 ss;

PADOVANI T., STORTONI L., *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna 1991;

PALAZZO F. C.,

- *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1992, pp. 453 – 482;
- *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in GIOSTRA G., INSOLERA G. (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale* 1998;
- *Laicità del diritto penale e democrazia "sostanziale",* in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2010, pp. 437 – 453;

PALERMO P., *Parità coniugale e famiglia multiculturale in Italia*, in *Dir. fam*., n. 4/2012, pp. 1866 ss.;

PALIERO C. E.,

- *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1992, pp. 849 – 922;
- *La maschera e il volto. Percezione sociale del crimine ed "effetti penali" dei media*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2006, pp. 467 – 538;
- *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, pp.95 – 117;
- *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure",* in CAVALIERE A., LONGOBARDO C., MASARONE V., SCHIAFFO F., SESSA A. (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica: scritti in onore di Sergio Moccia,* Napoli 2016, pp. 177 ss.;

PAONESSA C., *La diffusione di contenuti illeciti online. Obblighi di incriminazione e contrasto del "deepfake" nella direttiva (UE) 2024/1385*, in *Criminalia*, 10 giugno 2025;

PARISI F.,

- *Colpevolezza attenuata in un caso dubbio di motivazione culturale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., n. 3/2008, pp. 1447 ss.;
- *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, Torino 2018;

PAROLARI P.,

- *Reati culturalmente motivati. Una nuova sfida del multiculturalismo ai diritti fondamentali*, in *Ragion pratica*, n.2/2008, pp. 529 ss.;
- *La violenza contro le donne come questione (trans)culturale. Osservazioni sulla Convenzione di Istanbul*, in *D&Q*, n. 14/2014, pp. 859 ss.;

PASQUINELLI C., *Identità di genere e prezzo della sposa. Antropologia delle mutilazioni dei genitali femminili*, in *La Ricerca Folklorica*, n. 44/ 2001, pp. 5 -21;

PATEMAN C., *Críticas feministas a la dicotomía público/privado*, in ÁVILA SANTAMARÍA R., SALGADO J., VALLADARES L. (a cura di), *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Quito 2009, pp. 37 ss.;

PATERNITI C., *La famiglia nel diritto penale*, Catania 1967;

PAVARINI M., *Criminalità e pena nella società multiculturale*, in BERNARDI A. (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Milano 2006, pp. 165 ss.;

PECORARO ALBANI A., voce *Atti di libidine violenti*, in *Enc. Dir*., IV, 1959, pp. 7 ss.;

PECORELLA C.,

- *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., n. 2/2011, pp. 838-866;
- *La legittima difesa delle donne: una lettura del diritto penale oltre pregiudizi e stereotipi*, Milano-Udine 2022;

PELISSERO M.*, Il disegno di legge sul femminicidio: una proposta di puro populismo penale che distoglie dalle vere questioni culturali di genere*, in *Dir. pen. proc.*, n. 5/2025, pp. 557 ss.;

PEPÈ G.,

- *I matrimoni forzati presto previsti come reato anche in Italia?,* in *Dir. pen. cont*., 20 maggio 2019;

- *Matrimoni forzati e "prezzo della sposa": la cassazione ribadisce l'irrilevanza di tradizioni e culture lesive della libertà individuale*, in *Sist. pen*., 15 febbraio 2022;

PERIN A., *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie. Legittimità e limiti della sanzione penale dell'offesa alla pari dignità*, Torino 2024;

PIQUÉ M.L., *Donde manda capitán, no manda marinera. Las mujeres ante la acción penal pública en los casos de violencia de género*, in CARDINALI G., DE LA FUENTE J. (a cura di), *Género y Derecho Penal*, Santa Fe 2021, pp. 85 ss.;

PISAPIA G.D., *Delitti contro la famiglia*, Torino 1953;

PITCH T.,

- *Responsabilità limitate: attori, conflitti, giustizia penale*, Milano 1989;
- *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Milano 1998;
- *Il trattamento giuridico delle mutilazioni genitali femminili*, in *Questione Giustizia*, n. 3/2001, pp. 502 ss.;
- *Per un buon uso di diritto e diritti,* in *Studi sulla questione criminale*, n. 2/2010, pp. 27 ss.;
- *A proposito di "Le donne sono umane?" Di Catharine Mackinnon*, in *Sociologia del diritto*, n. 3/2012, pp. 161 ss.;
- *Il malinteso della vittima*, Torino 2022;
- *Libertà femminile, diritto, diritti, politica*, in *Frontiere della psicoanalisi*, n. 2/2022, pp. 343 ss.;

POGGI F., *Violenza di genere e Convenzione di Istanbul: un'analisi concettuale*, in *Diritti umani e diritto internazionale,* n. 1/2017, pp. 51-76;

POLI P.F., *Aggravante dei motivi abietti e reati culturalmente motivati, Nota a Cass. pen., sez. II, 18.2.2010, n. 6587 (caso Hina Saleem)*, in *Dir. pen. cont*., 17 novembre 2010;

POLITT K., *La cultura di chi?,* in COHEN J., HOWARD M., NUSSBAUM M. C. (a cura di), *Diritti delle donne e multiculturalismo,* Milano 2007, pp.25 ss.;

PROVERA A., *Carezze o violenze? La Cassazione affronta il problema dei reati sessuali a presunto orientamento culturale* in *Dir. pen. proc*., 2018, 1429 ss.;

PUGIOTTO A.,

- *L'odierno protagonismo della vittima. In dialogo con Tamar Pitch*, in *Discrimen*, 20 febbraio 2019, pp. 117 ss.;
- *La mimosa all'occhiello del populismo penale*, in *Sist. pen*., 2 aprile 2025;

PULITANÒ D.,

- *Spunti critici in tema di vilipendio della religione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,*1969, pp. 193 – 243;
- voce *Ignoranza (dir. pen.),* in *Enc. dir*., XX, 1970, pp. 23 ss.;
- *Il principio di colpevolezza e il progetto di riforma penale*, in *Jus*, n. 1-2/1974, pp. 499 ss.;
- *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano 1976;
- *La teoria del bene giuridico fra codice e Costituzione*, in *Quest. Crim.,* n.1/1981, pp. 111- 122;
- *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 686 ss.,
- *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, pp. 123 ss.
- *Femminicidio ed ergastolo*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 3/2025;

PUSATERI V., *La circoncisione maschile cd. rituale non integra - se eseguita per motivi culturali che determinano l'ignoranza inevitabile della legge penale - il reato di esercizio abusivo della professione medica*, in *Dir. pen. cont*., 22 marzo 2012;

RANDAZZO A., *Reato di mutilazioni genitali femminili e perdita automatica della potestà genitoriale (Profili costituzionali),* in *Consulta OnLine*, 17 marzo 2014;

RICCARDI G.*, Omofobia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, in *Dir. pen. cont*., 30 settembre 2013;

RISICATO L., Error aetatis *e principio di colpevolezza: un perseverare diabolicum?,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., n. 2/2000, pp. 584 ss.;

ROCCHI F., Le ricadute del reato di "clandestinità" nella lotta globale alla tratta e al traffico di migranti, in ROSI E., ROCCHI F. (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Napoli 2013, pp. 245 ss.;

ROCCO A., *Relazione sul libro II*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, pt. II, Roma 1929;

ROIATI A., *La legge sul femminicidio e le modifiche apportate alla fattispecie dei maltrattamenti: tra istanze di tutela, aporie interpretative ed esiti paradossali*, in *Sist. pen.,* 26 febbraio 2026;

ROMAGNOLI U., *Commento all'art.3 comma 2 della Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione italiana*, Bologna 1975, pp. 162 ss.;

ROMANO B., *I delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano 2013;

ROMANO B., MARANDOLA A. (a cura di), *Codice rosso. Commento alla l. 19 luglio 2019 n. 69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, Pisa 2020;
ROMANO M., *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2007, pp. 493 ss.

ROSONI I., voce *Violenza (dir. intermedio)*, in *Enc. dir.,* vol. XLVI, 1993, pp. 843 ss.;

ROXIN C.,

- *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1/1984, pp. 16 ss.;
- *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale* (a cura di MOCCIA S.), Napoli 1996;
- *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, (a cura di MOCCIA S.), Napoli 2009;

ROXIN C., GRECO L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. *Band I,* München 2020;

RUGGIU I.,

- *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti culturali*, Milano 2012;
- *La risoluzione ONU del 2012 per l'eliminazione delle mutilazioni genitali femminili*, in *Forum di quaderni costituzionali*, n. 4/2014;
- *Il giudice antropologo e il test culturale*, in *Questione giustizia*, n. 1/2017;
- *The "Cultural Test" as Cultural Expertise: Evolution of a Legal–Anthropological Tool for Judges*, in *Laws, MDPI* vol. 8, n. 3/2019;
- *Culture and the Judiciary. The Anthropologist Judge*, London 2019;

- *Il "test culturale" come strumento per risolvere i conflitti del multiculturalismo*, in *Revista general de derecho público comparado*, n. 32/2022;

RUSCAZIO M. C., *Matrimoni "forzati" tra religione e diritto*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1/2007;

RUSSELL D. E. H., HARMES R. A., *Femicide in Global Perspective*, New York – Londra 2001;

RUSSELL D. E. H., RADFORD J. (a cura di), *Femicide: The politics of woman killing*, New York 1992;

SANTAMARIA D.,

- voce *Colpevolezza*, in *Enc. Dir*., VII 1960, pp. 646 ss.;
- *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli 1961;

SANTORO C., *La tutela penale dei soggetti vulnerabili nell'Italia multiculturale tra simbolicità e ineffettività*, in ABBONDANTE F., PRISCO S. (a cura di), *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza,* Napoli 2015, pp. 123 ss.;

SBARRO A., *Il delitto di "costrizione o induzione al matrimonio" ex art. 558-bis c.p.: alcune riflessioni critiche*, in *Leg. Pen*., 22 febbraio 2022;

SBRACCIA A., *Pericolosi e funzionali, gli stranieri nel pensiero socio-criminologico*, in CURI F., MARTELLONI F., SBRACCIA A., VALENTINI E., *I migranti sul sentiero del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici*, Torino 2020, pp. 3-48;

SCALIA V., *Cultura, relazioni e danno. La criminalità dei colletti bianchi*, in *Diritto penale e uomo*, 11/2021;

SCARANO L., *La non esigibilità nel diritto penale*, Napoli 1948;

SCHIAFFO F.,

- *Le situazioni "quasi scriminanti" nella sistematica teleologica del reato: contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli 1998;
- *Le minime ragioni della legislazione penale simbolica: la criminalità mediata*, in *Crit. dir*., n. 1-3/2010, pp. 127 ss.;
- *Non solo criminalizzazione: il conflitto culturale secondario e la vittimizzazione delle donne migranti*, in DI STASI A., CADIN R., IERMANO A., ZAMBRANO V. (a

cura di), *Donne migranti e violenza di genere nel contesto giuridico internazionale ed europeo*, Napoli 2023, pp. 779 ss.;

SCHÜNEMANN B., *Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus: eine Sisyphus-Arbeit*?, in VON HIRSCH A., NEUMANN U., SEELMANN K. (a cura di), *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, Baden-Baden 2010, pp. 221 ss.;

SCIUTTERI D., *Reati culturalmente motivati e ignorantia legis a margine della prima sentenza di legittimità sulle mutilazioni genitali femminili*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 7/2022, pp. 49 ss.;

SCUDIERI L., *Dalla Cultural Defense al "test culturale": luci e (soprattutto) ombre del dibattito italiano*, in *Sociologia del diritto*, n. 1/2018, pp. 125-154;

SEGATO R., *Qué es un feminicidio. Nolas para un debate emergente*, in *Mora. Revista del Instito Interdisciplinario de Estudios de Género,* n. 12/2006, pp. 2 ss.;

SELLIN T., *Culture Conflict and Crime*, in *American Journal of Sociology*, vol. 44, n. 1/1938, pp. 97 – 103;

SESSA A., *Cittadinanza espansiva, politiche di integrazione e motivazione culturale al reato: profili storico-dommatici e di politica criminale*, in *Ind. pen*., n. 2/2014, pp. 469 - 504;

SORGATO A., *La "variabile culturale" non scrimina la lesione di diritti inviolabili né inficia l'attendibilità della parte lesa*, in *IUS Penale*, 11 giugno 2020;

SMAUS G., *Io sono io. Per una criminologia critica femminista (*ed. a cura di FEST J., PALI B., TRENZ H. J.), Roma 2024;

STORTONI L., *L'introduzione nel sistema penale italiano dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., n. 4/1988, pp. 1313 ss.;

SUTHERLAND E. H.,

- *White-Collar Criminality*, in *American Sociological Review* vol. 5, n.1/1940, pp. 1-12;
- *Principles Of Criminology*, Philadelphia, 1947;

SYKES G. M., MATZA D., *Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency*, in *American Sociological Review* vol. 22, n. 6/1957, pp. 664-670;

TAYLOR C., *La politica del riconoscimento*, in RIGAMONTI G. (trad. it. a cura di), *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano 2003, pp. 9 – 62;

TIANI E., *L'ignoranza delle modalità obbligatorie per l'interruzione volontaria della gravidanza costituisce ignoranza inescusabile della legge penale (art. 5 c.p.),* in *Dir. pen. cont.*, 3 febbraio 2012;

TOLEDO P., *Femicidio*, in DI CORLETO J. (a cura di), *Género y justicia penal*, Buenos Aires 2017, pp. 237 ss.;

TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna 2008

UFEM, *Femicidios no íntimos en Argentina. Análisis de sentencias condenatorias por hechos en contextos no íntimos calificados como femicidios (artículo 80 inciso 11 del código penal),* Buenos Aires 2024;

VALENTE V., *4 P di Contrasto alla violenza di Genere: Prevenzione, Protezione, Procedimento contro i colpevoli e Politiche integrate*, in *La Camera Blu. Rivista Di Studi Di Genere*, n. 21/2019;

VALENTINO A., *La sentenza sul caso S. A. S. c. Francia della Corte Europea dei diritti dell'uomo: principio di laicità e divieto assoluto di coprirsi il volto in pubblico*, in *Osservatorio AIC*, ottobre 2014;

VALERIUS B*., Kultur und Strafrecht*, Berlino 2011;

VASSALLI G., voce *Colpevolezza*, in *Enc. Giur. Treccani*, v. 6, 1988, pp. 1 ss.;

VENEZIANI P., *Motivi e colpevolezza*, Torino 2000;

VIGANÒ F.,

- *Stato di necessità e conflitti di doveri: contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano 2000;
- *Diritto penale e diritti della persona*, in *Sist. pen*., 8 marzo 2023;
- *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale: un primo bilancio,* in CASSETTI L., FABRIZZI F., MORRONE A., SAVASTANO F., STERPA A. (a cura di), *Studi in memoria di Beniamino Caravita,* vol. I, Napoli 2024, pp. 1113-1140;

VILLAVICENCIO TERREROS F. A., *Diversidad cultural y derecho penal*, Lima 2017;

VIRGILIO M.,

- *Le violenze maschili contro le donne. Tra impunità e populismo penale punitivo*, in S. SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere. Temi e questioni*, Napoli 2020, pp. 117 ss.;
- *Nominare il femminicidio. Non in nostro nome*, in *Studi sulla questione criminale online*, 10 marzo 2025;

VOLPP L., *(Mis)Identifying Culture: Asian Women and the "Cultural Defense,"* in *Harvard. Women's LawJournal* vol. 17, n. 93/1994, pp. 57 ss.;

WALLACH SCOTT J., *Gender and the Politics of History*, New York 1988;

WESSELS J., BEULKE W., SATZGER H., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg 2024;

WHO. DIVISION OF FAMILY HEALTH, *Female genital mutilation: report of a WHO technical working group,* Geneva, 17-19 luglio 1995;

WOHLERS W., *Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione da una prospettiva europea continentale e da una angloamericana,* in FIANDACA G., FRANCOLINI G. (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino 2008, pp. 125 ss.;

ZAFFARONI E. R.,

- *Alla ricerca delle pene perdute: delegittimazione e dommatica giuridico-penale*, (trad. it. a cura di SEMINARA G.), Napoli 1994*;*
- *La muyer y el poder punitivo*, in *Revista Boliviana de Ciencias Penales*, n. 4/1995, pp. 149 – 160;
- *El discurso feminista y el poder punitivo*, in BIRGIN H. (a cura di), *El género del derecho penal*. *Las trampas del poder punitivo*, Buenos Aires 2000;
- *Culpabilidad por la vulnerabilidad*, in *Nueva Doctrina Pena*l, 2003, pp. 325-340;
- *Observaciones sobre la delincuencia por odio en el derecho penal argentino*, in VALDÉS C. G., MARISCAL DE GANTE M., CUERDA RIEZU A. R., MARTÍNEZ ESCAMILLA M., ALCÁCER GUIRAO R., (a cura di), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, vol. 2, 2008, pp. 1735 ss.;

- *Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal*, in ESPINOSA GALLEGOS-ANDA C., CAICEDO TAPIA D. (a cura di), *Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales*, Quito, 2009, pp. 99 -121;
- *Lineamientos de derecho penal*, Buenos Aires 2022;

ZAFFARONI E. R., ESPINA N., *Emoción violenta y culpabilidad disminuida*, Buenos Aires 2020;

ZAFFARONI E. R., SLOKAR A., ALAGIA A., *Derecho Penal. Parte general,* Buenos Aires 2022;

ZANETTI G., *Argomenti normativi in tema di escissione*, in BERNARDI A., PASTORE B., PUGIOTTO A. (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi,* pp. 231 ss.