



**CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
STRUTTURA TERRITORIALE DI
FORMAZIONE DECENTRATA e
SCUOLA SUPERIORE DELLA
MAGISTRATURA**

***Violenza domestica contro donne e minori:
in famiglia e nei rapporti di prossimità***

La tutela penale contro la violenza domestica

L'aggressione alla libertà sessuale

Sommario: 1. La ricognizione delle fonti normative; 2. L'aggressione sessuale nel codice penale; 3. Gli approdi interpretativi della giurisprudenza di legittimità; 3.1. La condotta vietata dagli atti artt. 609 *bis* e 609 *quater* cod.pen.; 3.2. Il tentativo di violenza sessuale; 3.3. Il consenso; 3.4. in particolare, nei rapporti familiari; 3.5. e nei confronti del minore. L'abuso delle condizioni di inferiorità nella violenza sessuale nei confronti di minori; 3.6. L'abuso di autorità in particolare quella genitoriale; 4. Le modifiche apportate dalla legge n. 119 del 2013; 5. I reati culturalmente motivati nell'ambito della violenza domestica.

1. La ricognizione delle fonti normative

La sempre maggiore sensibilità e consapevolezza della vastità del fenomeno della violenza domestica ha portato gli Stati membri del Consiglio d'Europa alla sottoscrizione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, adottata il 7

aprile 2011 a Istanbul ed entrata in vigore, dopo aver raggiunto il numero minimo di ratifiche richiesto, il 1° agosto 2014¹.

La violenza domestica, inserita nel più ampio contesto della violenza di genere contro le donne, è definita dall'art. 3 lett. b) della Convenzione medesima come: *«tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima»*.

Si tratta del primo strumento internazionale giuridicamente vincolante volto a creare un quadro normativo completo contro qualsiasi forma di violenza. La Convenzione interviene specificamente nell'ambito della violenza domestica, che non colpisce solo le donne, ma anche altri soggetti, ad esempio bambini ed anziani, ai quali altrettanto si applicano le medesime norme di tutela.

Dal punto di vista della materialità dei fatti l'ambito di applicazione include tutte quelle forme di violenza fisica, sessuale o psicologica.

Secondo la formula tipica dei trattati europei sul contrasto di speciali forme di violenza e abuso, come la Convenzione del Consiglio d'Europa contro la tratta di esseri umani e la Convenzione sulla protezione dei minori da abusi e sfruttamento sessuale sottoscritta a Lanzarote, l'architettura della convenzione prevede tre momenti; le disposizioni in materia di **prevenzione** (Capitolo III), quelle relative alla **protezione e il sostegno** delle vittime (Capitolo IV) e, infine, quelle concernenti la **punizione** degli autori delle violazioni (Capitolo VI), a cui si accompagnano una serie di altri impegni, di carattere politico e sociale (Capitolo II) per il contrasto e l'eliminazione della violenza contro le donne e della violenza domestica.

Ed ancora, la Convenzione di Istanbul del 2011, nell'art. 12, Obblighi generali (inserito nel Capitolo III, dedicato alla Prevenzione), dopo aver promosso una serie di interventi sul piano culturale, invita le Parti a vigilare 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 nessuno degli atti di violenza che rientrano nel campo di applicazione della presente Convenzione. Vi sono poi, nel Capitolo V ("Diritto sostanziale"), specifiche clausole convenzionali di interesse penalistico volte ad individuare specifici obblighi di previsione del rilievo penale di condotte costitutive di fattispecie di violenza, ovvero lesive di

¹ L'Italia ha sottoscritto la Convenzione il 27 settembre 2012 e il Parlamento ha autorizzato la ratifica e ha dato esecuzione con la legge n. 77 del 2013.

diritti fondamentali e discriminatorie nel senso precisato dalla Convenzione. Sono le ipotesi di **violenza psicologica** (art. 33), **atti persecutori** (*Stalking*, art. 34), **violenza fisica** (art. 35), **violenza sessuale**, compreso lo stupro (art. 36), **matrimonio forzato** (art. 37), **mutilazioni genitali femminili** (art. 38), **aborto forzato e sterilizzazione forzata** (art. 39), **molestie sessuali** (art. 40), rispetto ai quali gli Stati Parti dovranno inoltre adottare le misure necessarie per perseguire penalmente il favoreggiamento o la complicità intenzionali in ordine alla commissione dei reati contemplati dalla Convenzione stessa, nonché i tentativi intenzionali di commissione dei reati di cui agli articoli 35, 35, 37, 38.a e 39 (art. 41).

Sul versante delle fonti sovranazionali devono, per completezza, qui essere ricordate la Convenzione del Consiglio d'Europa del 25 ottobre 2007 per la protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali, sottoscritta a Lanzarote, ratificata con la legge n. 172 del 2012 che ha apportato modifiche al codice penale; la Direttiva 2004/80/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, relativa all'indennizzo delle vittime di reato, la Direttiva 2011/36/UE del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI; e la Direttiva n. 29 del 25 ottobre 2012, sulle norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, recepita con il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, che ha introdotto modifiche in tema di diritto di informazione della persona offesa; al diritto di accedere ai servizi di assistenza; al diritto di partecipare al procedimento penale e, infine, al diritto di ricevere protezione.

Merita di essere ricordato il nuovo articolo 90-*quater* cod.proc.pen., che fornisce una sorta di criterio generale per stabilire la sussistenza, in capo all'offeso, della "condizione di particolare vulnerabilità", desunta, oltre che dall'età e dall'eventuale stato di infermità o di deficienza psichica, dal tipo di reato e dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede, presupposto applicativo di altre disposizioni in tema di acquisizione della prova (art. 498 comma 4 *ter* e *quater* cod.proc.pen.).

Sul versante nazionale va ricordato il d.l. 14 agosto 2013, n. 93 conv. con modificazione dalla legge 15 ottobre 2013, n. 119 (Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere) che ha apportato modifiche soprattutto sul fronte del trattamento sanzionatorio (centrale l'introduzione della nuova aggravante di cui all'art. 61 numero 11-*quinqies* c.p., le aggravanti di cui ai numeri 5-*ter* e 5-*quater* dell'art. 609-*ter* comma 1 c.p. e quelle di cui al secondo

comma dell'art. 612-*bis* c.p.) e sul versante procedimentale ha modificato l'art. 498 comma 4 *ter* cod.proc.pen. ampliando la possibilità di procedere con l'audizione in forma protetta per le vittime vulnerabili.

2. L'aggressione sessuale nel codice penale

Sul fronte del diritto nazionale, con riguardo allo specifico tema dell'aggressione sessuale, rilevano le disposizioni degli artt. 609 bis comma 1 e 2 cod.pen. (violenza sessuale), art. 609 ter cod.pen. (circostanze aggravanti) e art. 609 quater cod.pen. (atti sessuali con minorenne), che offrono un adeguato ed avanzato grado di tutela, come richiesto dalla convenzione di Istanbul rispetto alla quale lo Stato italiano aveva assunto, con la sottoscrizione, ai sensi dell'art. 5, non solo, l'obbligo generale di astensione da condotte integrative di violenza contro le donne direttamente o indirettamente imputabili agli organi statali, ma anche quello di garantire uno standard normativo idoneo a prevenire, e punire i responsabili (resta parzialmente incompiuto il riconoscimento alle vittime adeguate misure di riparazione per i casi di violenza imputabili a soggetti privati (sentenza Corte Edu Italia/Talpis).

Ed infatti, il Parlamento italiano con la legge di autorizzazione alla ratifica ha dato piena e integrale esecuzione (art. 2) della convenzione che viene allegata, segno evidente che la normativa nazionale, in tema di tutela dell'integrità e libertà sessuale della donna era dotata di un complesso normativo che rispondeva adeguatamente agli obblighi di penalizzazione delle condotte indicate.

E' interessante rilevare come già prima della riforma dei delitti in materia sessuale con la legge 15 febbraio 1996 n. 96, che ha mutato la collocazione sistematica di tali delitti ed ha portato questi nell'alveo dei delitti contro la persona, la Corte di cassazione aveva contrastato quell'orientamento giurisprudenziale e dottrinale, secondo cui la congiunzione carnale violenta realizzata dal coniuge a danno dell'altro coniuge non ricadeva nella disciplina di cui all'art. 519 cod. pen., rilevandone la erroneità poiché non considerava affatto, o nella debita misura, il rispetto dovuto alla persona quale soggetto autonomo e alla sua libera determinazione, in quanto il rapporto di coniugio non degradava la persona di un coniuge ad oggetto di possesso dell'altro coniuge sicché, qualora esso si riduca a violenza ai fini del possesso del corpo, costituisce un fatto gravemente antigiuridico, e che la violenza carnale compiuta dal marito in danno della moglie non assumeva connotazioni diverse rispetto a quella compiuta da un soggetto estraneo, essendo

escluso che dal matrimonio nascano obblighi di reciproca dedizione sessuale e non potendo configurarsi un diritto all'unione carnale con il coniuge e quello del coniuge un "corpo da possedere" (principio affermato costantemente sin dalla risalente sentenza di questa Corte (Sez. 3, n. 12855 del 16/02/1976, Rv. 136942; Sez. 3, n. 11243 del 16.11.1988, Camerini, Rv. 179753).

All'indomani della modifica legislativa è stato, da subito, ritenuto pacifico che la nuova legge contro la violenza sessuale si applicasse anche nell'ambito del matrimonio e anche nelle situazioni di fatto ad esso equiparabili dove non di rado risiede ancora una squilibrata visione dei diritti. Dunque, si può dire, come osservato da autorevole dottrina, che con tali norme si è superata quella disciplina discriminatoria del codice penale che ricorreva nella diversa disciplina del reato di adulterio a seconda che lo stesso fosse commesso dalla moglie o dal marito, la rilevanza penale della causa d'onore, l'istituto del matrimonio riparatore e la collocazione dei reati sessuali tra i delitti contro la moralità pubblica e il buon costume che facevano sì che il diritto penale fosse stato per anni usato per conservare la società stessa e, all'interno di essa le differenze di genere ed hanno reso il codice penale un codice criminogeno, certamente incapace di contribuire positivamente all'evoluzione dei diritti. Ora la nuova collocazione sistematica delle norme sui reati sessuali; l'introduzione nel codice penale dell'articolo 583-*bis* c.p.; l'introduzione della fattispecie di atti persecutori e la nuova disciplina apportata dalla legge 119 del 2013, dimostrano un chiaro superamento dell'originaria impostazione del codice Rocco.

3. Gli approdi interpretativi della giurisprudenza di legittimità

Quale componente della Terza sezione penale di questa Corte, "competente per materia", ritengo utile, dopo una breve rassegna sulle disposizioni di maggior rilievo in materia, evidenziare lo stato dell'interpretazione delle stesse sviluppato dalla Corte di legittimità, alla luce delle ulteriori novità interpretative nel frattempo intervenute di cui si è già detto, che ci darà modo di verificare come la disciplina dettata dagli artt. 609 *bis*, *ter* e *quater* cod.pen. sia un efficace presidio per la tutela dell'aggressione della libertà sessuale nei rapporti familiari e di prossimità. Situazione che consente di ritenere adempiuti gli obblighi assunti con la convenzione di Istanbul (Capitoli V e VI), quantomeno sotto questo aspetto, obiettivi che non paiono essere pienamente raggiunti in tema di prevenzione da atti di aggressione.

Deve, in primo luogo, registrarsi un sostanziale uniformità di interpretazione giurisprudenziale su taluni nodi della disciplina della aggressione sessuale. Gli approdi della giurisprudenza della Corte di cassazione in questa materia possono dirsi consolidati sulla nozione di atti sessuali, sul tema del consenso nel rapporto sessuale tra soggetti maggiorenni, anche nel contesto di "violenza domestica", il rilievo del dissenso in tale ambito, l'esclusione della rilevanza della scriminante del consenso putativo, sulla ricorrenza dell'abuso delle condizioni di inferiorità psichica,

Allo stesso modo, si registra un orientamento stabile nelle decisioni assunte dalla Corte di cassazione allorché ha affrontato il tema dei c.d. reati culturalmente motivati che, in dipendenza delle trasformazioni sociali e culturali, a seguito del fenomeno migratorio, si è posto all'attenzione dei giudici di legittimità da circa un ventennio, in cui viene in rilievo il tema della "difesa culturale" che, in linea di principio, mette in luce l'antinomia tra ordinamento giuridico e quello consuetudinario culturale dell'autore del reato.

Accantonando, per un attimo il tema dei reati culturalmente motivati, ritengo utile ripercorrere le principali tematiche sopra evidenziate e i nodi interpretativi attraverso l'esposizione casistica delle stesse, come emergenti dalle pronunce del giudice di legittimità.

3.1. La condotta vietata dagli atti artt. 609 *bis* e 609 *quater* cod.pen.

Sotto un primo profilo, gli approdi del giudice di legittimità sulla condotta vietata dall'art. 609 *bis* cod.pen. sono assolutamente pacifici.

Costituisce indirizzo giurisprudenziale consolidato di questa Corte di legittimità quello secondo cui in tema di reati sessuali, la condotta vietata dall'art. 609-*bis* cod. pen. comprende, oltre ad ogni forma di rapporto sessuale, anche qualsiasi atto idoneo, secondo canoni scientifici e culturali, a ledere la libertà sessuale e ricomprende, dunque, oltre ad ogni forma di congiunzione carnale, qualsiasi atto che, risolvendosi in un contatto corporeo, ancorché fugace ed estemporaneo, tra soggetto attivo e soggetto passivo, ovvero in un coinvolgimento della corporeità sessuale di quest'ultimo, sia idoneo e finalizzato a porre in pericolo la libera autodeterminazione della sfera sessuale. Ciò che rileva è natura oggettivamente "sessuale" dell'atto posto in essere con la propria condotta cosciente e volontaria (Sez. 3, n. 21020 del 28/10/2014, P.G. in proc. C., Rv. 263738; Sez. 3, n. 4913 del 22/10/2014, P., Rv. 262470).

Il bene giuridico protetto dall'art. 609-*bis*, cod. pen., è la libertà personale dell'individuo che deve poter compiere atti sessuali in assoluta autonomia e libertà, contro ogni possibile condizionamento, fisico o morale, e contro ogni non consentita e non voluta intrusione nella propria sfera intima, anche se attuata con l'inganno e/o per altri fini (derisione, *ioci causa*). Vanno considerati atti sessuali quelli che siano idonei a compromettere la libera determinazione della sessualità della persona o ad invadere la sfera sessuale con modalità connotate dalla costrizione (violenza, minaccia o abuso di autorità), sostituzione ingannevole di persona, abuso di inferiorità fisica o psichica, in essi potendosi ricomprendere anche quelli insidiosi e rapidi, che riguardino zone erogene su persona non consenziente, zone erogene non necessariamente limitate agli organi genitali "stricto sensu", ma che può riguardare anche quelle altre parti anatomiche, cd. "erogene", che, normalmente e notoriamente, sono oggetto di concupiscenza sessuale.

Parimenti, atti sessuali possono essere anche quelli che coinvolgono parti non direttamente erogene ma che per il contesto in cui sono avvenuti, dimostrino la chiara valenze sessuale. E' stata ritenuta la rilevanza di tutti quegli atti che, in quanto non direttamente indirizzati a zone chiaramente definibili come erogene, possono essere rivolti al soggetto passivo, anche con finalità del tutto diverse, come i baci o gli abbracci, purchè, a seguito di accertamento da parte del giudice del merito, secondo una valutazione che tenga conto della condotta nel suo complesso, del contesto sociale e culturale in cui l'azione è stata realizzata, del contesto relazionale intercorrente tra i soggetti coinvolti e di ogni altro dato fattuale qualificante, rivelino l'incidenza sulla libertà sessuale della persona offesa (Sez. 3, n. 964 del 26/11/2014, R., Rv. 261634).

La libertà sessuale, quale espressione della personalità dell'individuo, trova la sua più alta forma di tutela nella proclamazione della inviolabilità assoluta dei diritti dell'uomo, riconosciuti e garantiti dalla Repubblica in ogni formazione sociale (art. 2, Cost.). La libertà dell'individuo di disporre del proprio corpo a fini sessuali è assoluta e incondizionata e la sua tutela non incontra limiti e/o attenuazione che possono derivare dalla ricerca di un fine ulteriore e diverso dalla semplice consapevolezza di compiere un atto sessuale, fine estraneo alla fattispecie e non richiesto dall'art. 609-*bis*, cod. pen. per qualificare la penale rilevanza della condotta.

Se l'atto è "sessuale" quando è indirizzato verso zone erogene della vittima e risulta idoneo a comprometterne la libera determinazione in ambito sessuale, rimane tale anche nel caso in cui esso sia stato "ispirato da una finalità diversa da quella a sfondo sessuale" (in tal senso, vedi ad esempio Sez. 3, n. 39710, del 21/09/2011, in termini pressoché identici, da ultimo, Cass. 25/01/2018, n. 3684). Dunque, ciò che

viene in rilievo è la natura "sessuale" dell'atto sul piano obiettivo, e ogni ulteriore fine, non vale, comunque, ad escluderlo (Sez. 3, n. 4913 del 22/10/2014, P., Rv. 262470; Sez. 3, n. 21020 del 28/10/2014 P.G.in proc. C., Rv. 263738). Da cui consegue che è necessario e sufficiente che l'imputato sia consapevole della natura "sessuale" dell'atto posto in essere con la propria condotta cosciente e volontaria.

Ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo del reato di violenza sessuale non è necessario che la condotta sia specificamente finalizzata al soddisfacimento del piacere sessuale dell'agente, essendo 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 suscitare lo stimolo, a prescindere dallo scopo perseguito (Sez. 3, n. 3648 del 03/10/2017, T., Rv. 272449)

3.2. Il tentativo di violenza sessuale

Anche il tentativo del delitto di violenza sessuale è configurabile in tutte le ipotesi in cui la condotta violenta o minacciosa non abbia determinato una immediata e concreta intrusione nella sfera sessuale della vittima, poiché l'agente non ha raggiunto le zone intime (genitali o erogene) della vittima ovvero non ha provocato un contatto di quest'ultima con le proprie parti intime, purché la condotta tenuta denoti il requisito soggettivo della intenzione di raggiungere l'appagamento dei propri istinti sessuali e quello oggettivo della idoneità a violare la libertà di autodeterminazione della vittima nella sfera sessuale (Sez. 3, n. 17414 del 18/02/2016. F, Rv. 266900; Sez. 3, n. 32926 dell'11/04/2013, N., Rv. 257273; Sez. 3, n. 45698 del 26/10/2011, T., Rv. 251612; Sez. 3, n. 35875 dell'08/05/2007, B., Rv. 237499).

Ciò che rileva, ai fini dell'integrazione del tentativo di reati a sfondo sessuale, sul piano soggettivo, l'intenzione dell'agente di raggiungere l'appagamento dei propri istinti sessuali e, sul piano oggettivo, l'idoneità della condotta a violare la libertà di autodeterminazione della vittima nella sfera sessuale, anche, eventualmente, ma non necessariamente, attraverso contatti fisici, sia pure di tipo superficiale e/o fugace, non indirizzati verso zone c.d. erogene (Sez. n. 4674 del 22/10/2014, S., Rv. 262472; Sez. 3, n. 21840 del 17/02/2011, L., Rv. 249993).

Se, dunque, non deve ritenersi necessario a fini della configurabilità del tentativo di violenza sessuale il contatto fisico nelle zone erogene, perché in tal caso ricorrerebbe il delitto di violenza sessuale consumata (Sez. 3, n. 17414 del 18/02/2016, F., Rv. 266900), l'indagine dovrà essere necessariamente circoscritta alla verifica della inequivocità della condotta a ledere la libertà sessuale verifica

rispetto alla quale potrà assumere l'eventuale contatto corporeo tra autore del fatto nel contesto della valutazione complessiva dell'azione che deve rivelare l'idoneità a ledere l'altrui libertà sessuale.

3.3. Il consenso

Quanto al profilo consenso al compimento degli atti sessuali, e al correlato rilievo della scriminante del consenso putativo, deve ricordarsi che esso rileva limitatamente alla fattispecie di cui all'art. 609 *bis* comma 1 cod.pen. (violenza sessuale mediante violenza o minaccia o abuso di autorità), mentre nelle ipotesi di cui al comma 2 del medesimo articolo (violenza sessuale con abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica e inganno), il consenso è viziato, di tal chè alcun rilievo può assumere il tema della prova del consenso all'atto sessuale.

Se la libertà sessuale dell'individuo è un diritto inviolabile dell'uomo (art. 2 Cost.), integra l'elemento oggettivo del reato di violenza sessuale non soltanto la condotta invasiva della sfera della libertà ed integrità sessuale altrui realizzata in presenza di una manifestazione di dissenso della vittima, ma anche quella posta in essere in assenza del consenso, non espresso neppure in forma tacita, della persona offesa, come nel caso in cui la stessa non abbia consapevolezza della materialità degli atti compiuti sulla sua persona. (Fattispecie in tema di atti sessuali realizzati nei confronti di una persona dormiente).

Consegue che il consenso deve essere validamente prestato e deve permanere durante tutto l'arco di tempo in cui sono compiuti gli atti sessuali.

Nei rapporti sessuali tra persone maggiorenni il compimento di atti sessuali deve essere sorretto da un consenso che deve sussistere al momento iniziale e deve permanere durante l'intero corso del compimento dell'atto sessuale (Sez. 3, n. 25727 del 24/02/2004. Guzzardi, Rv. 228687), sicchè la manifestazione del dissenso, che può essere anche non esplicita, ma per fatti concludenti chiaramente indicativi della contraria volontà e può intervenire in itinere, esclude la liceità del compimento dell'atto sessuale. In tale ambito è stato ritenuto che integra il reato di violenza sessuale la condotta di colui che prosegue un rapporto sessuale quando il consenso della vittima, originariamente prestato, viene poi meno a causa dello sconfinamento verso forme o modalità di consumazione dalla stessa non condivise.

A fronte della struttura del reato come delineata, l'esimente putativa del consenso dell'avente diritto non è configurabile nel delitto di violenza sessuale, in quanto la mancanza del consenso costituisce requisito esplicito della fattispecie e l'errore sul dissenso si sostanzia, pertanto, in un errore inescusabile sulla legge

penale. (Fattispecie in cui l'imputato aveva desunto dal ritorno del coniuge nella casa familiare anche la sua volontà di riprendere le loro relazioni intime). Rileva unicamente il consenso tacito che deve essere motivato in relazione al caso concreto il cui onere spetta all'imputato per escludere la rilevanza penale del fatto. Solo la prova del consenso esclude il reato.

3.4. in particolare, nei rapporti familiari.

Nei rapporti familiari, con specifico riguardo al reato di violenza sessuale tra coniugi/ex coniugi, non v'è dubbio che il tema del consenso assume connotazioni specifiche che risentono della situazione in cui sono commessi caratterizzata da una relazione affettiva più o meno stabile (spesso coniugo o convivenza).

La giurisprudenza della Corte di cassazione ha in più occasioni affermato che ai fini della configurabilità del reato di violenza sessuale, è sufficiente qualsiasi forma di costringimento psico-fisico idoneo ad incidere sull'altrui libertà di autodeterminazione, senza che rilevi in contrario né l'esistenza di un rapporto di coppia coniugale o para-coniugale tra le parti, e né la circostanza che la donna non si opponga palesemente ai rapporti sessuali, subendoli, laddove risulti la prova che l'agente, per le violenze e minacce poste in essere nei riguardi della vittima in un contesto di sopraffazione ed umiliazione, abbia la consapevolezza di un rifiuto implicito da parte di quest'ultima al compimento di atti sessuali (Sez. 3, n. 39865 del 17/02/2015, Rv. 264788). Si tratta, all'evidenza, di una posizione rigorosa che trova giustificazione sulla asimmetria delle parti che normalmente è presente in tali vicende (connotate spesso da una situazione di dipendenza economica della donna che la costringe a sopportare gli atti di aggressione sessuale compiuti nel contesto familiare).

Infatti, oltre alla costrizione fisica, rispetto alla quale non vi sono dubbi interpretativi di sorta, la condotta può essere commessa con violenza e minaccia e l'idoneità della violenza o della minaccia a coartare la volontà della vittima, nei reati di violenza sessuale, va esaminata non secondo criteri astratti aprioristici, ma tenendo conto, in concreto, di ogni circostanza oggettiva e soggettiva. Anche una semplice minaccia o intimidazione psicologica, attuata in situazioni particolari tali da influire negativamente sul processo mentale di libera determinazione della vittima, può esser sufficiente ad integrare, senza neppure necessità di protrazione nel corso della successiva fase della condotta tipica dei reati in esame, gli estremi della violenza (Sez. 3, n. 14085 del 24/01/2013, R., Rv. 255022; Sez. 3, n. 1911 del 22/12/1999, Gubbi, Rv. 215695).

Al riguardo la giurisprudenza di legittimità ha affermato, con indirizzo ermeneutico che può dirsi consolidato, all'indomani della riforma dei delitti contro la libertà sessuale di cui alla legge 15 febbraio 1996, n. 66, che il reato può essere commesso con distinte condotte – quelle di costrizione mediante violenza, minaccia e abuso di autorità, e quelle mediante induzione -, e che le diverse condotte con cui può estrinsecarsi il reato di cui all'art. 609-*bis* cod.pen. non sono equivalenti o sovrapponibili, ma configurano diverse modalità del fatto (Sez. 3, n. 42977 del 08/07/2015, G., Rv. 265061; Sez. 3, n. 40919 del 13/10/2010, M., Rv. 248704).

Accanto alla condotta di costrizione mediante violenza, minaccia e abuso di autorità, si affianca quella, diversa, della violenza sessuale commessa con induzione mediante abuso dell'inferiorità psichica dove l'induzione si configura per "l'opera di persuasione mediante la quale il soggetto passivo viene convinto a compiere o subire l'atto sessuale", mentre per abuso, "consiste nel doloso sfruttamento della menomazione della vittima e si verifica quando le richiamate condizioni sono strumentalizzate per accedere alla sfera intima della persona che, versando in uno stato di difficoltà, viene ridotta ad un mezzo per l'altrui soddisfacimento sessuale" (Sez. 3, n. 38787 del 23/06/2015, P., Rv. 264698; Sez. 3, n. 16899 del 27/11/2014, I, Rv. 263344; Sez. 3, n. 20766 del 14/04/2010, T., Rv. 247655; Sez. 3, n. 4114 del 15/2/1997, Pennese, Rv. 207328).

In questi casi, il consenso è viziato e dunque il tema del consenso perde rilievo in ragione della situazione descritta, che non consente di attribuire valore di scriminante della condotta realizzata mediante abuso e del reato.

3.5. e nei confronti del minore. L'abuso delle condizioni di inferiorità nella violenza sessuale nei confronti di minori

La questione assume particolare rilievo nei casi di condotte di violenza sessuale nei confronti di minori connotate da abuso della condizione di inferiorità psichica di cui all'art. 609 *bis* comma 2 cod.pen.

A tal fine è utile, brevemente, ripercorrere la giurisprudenza di legittimità che si è formata sulla violenza sessuale per induzione con abuso dell'inferiorità fisica o psichica sulla configurazione dell'induzione punibile mediante abuso dell'inferiorità medesima.

Come è noto, la fattispecie di violenza sessuale "per induzione", prevista dall'art. 609-*bis* comma 2 n. 1 cod. pen., è incentrata sull'induzione all'atto sessuale di soggetto mediante abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica. Tale condotta si distingue nettamente dalla fattispecie di violenza sessuale mediante

violenza o minaccia o per costrizione mediante abuso di autorità di cui al comma 1 della stessa norma, sul rilievo che la fattispecie di cui al comma 2 n. 1 è caratterizzata dalla induzione che si realizza quando con un'opera di persuasione sottile, quanto subdola, l'agente spinge o istiga il soggetto, che versi nella ricordata situazione di inferiorità fisica o psichica, ad aderire ad atti sessuali che, altrimenti, non avrebbe compiuto.

Sin dalle prime pronunce all'indomani della legge del 1996, era stato sottolineato come l'induzione punibile, attuata mediante l'abuso, non si configurasse come attività di persuasione, ma come "vera e propria sopraffazione nei confronti della vittima, la quale non è in grado di aderire perché convinta, ma soggiace al volere del soggetto attivo, ridotta a strumento di soddisfazione delle sue voglie" (Sez. 3, n. 4426 del 13/5/1997, Masu, Rv. 208453, successive conformi Sez. 3, n. 20766 del 14/04/2010, T., Rv. 247654; Sez. 3, n. 32513 del 19.6.2002, P., Rv. 223101). Quanto all'abuso, è stato ribadito che lo stesso consiste nel doloso sfruttamento da parte dell'autore del reato, delle condizioni di menomazione della vittima, che viene strumentalizzata con l'obiettivo di accedere alla sua sfera intima a fini di soddisfacimento degli impulsi sessuali (cfr., tra le altre, sez.4, n. 40795 del 3/10/2008, Cecere, Rv. 241326; sez. 3, n. 2646 del 27/1/2004, Laffy, Rv. 227029). In conclusione, indurre ad un atto sessuale mediante abuso delle condizioni di inferiorità psichica altro non è che approfittare delle condizioni di inferiorità psichica e l'abuso si verifica quando le condizioni di inferiorità vengono strumentalizzate per accedere alla sfera intima della sessualità della persona, che a causa della sua vulnerabilità connessa all'infermità psichica, viene ad essere utilizzata quale mezzo per soddisfare le voglie sessuali dell'autore del comportamento di induzione.

Quanto al profilo della ricorrenza dell'inferiorità psichica, al di fuori dalla ricorrenza di situazione correlate a patologie cliniche, questa Corte, già in passato, aveva avuto modo di affermare che la condizione di inferiorità psichica può prescindere da fenomeni di patologia mentale ed essere connessa ad un limitato processo evolutivo mentale e culturale (Sez. 3, n. 38261 del 17/10/2007, Fronteddu, Rv.237826).

Più recentemente, ponendosi in continuità con il precedente arresto, la Corte di Cassazione ha approfondito il tema e, pur sotto il profilo del rapporto tra l'art. 609-*bis* comma 2 n. 1 e il 609-*quater* cod.pen. nel caso di vittima minore di età, ha affermato che l'abuso delle condizioni di inferiorità psichica è configurabile nel caso di vittima che, in ragione della sua età minore e condizioni familiari (privo di figure genitoriali di riferimento) diventa un vero e proprio strumento di piacere nelle mani dell'agente, che può piegarla alle proprie voglie sessuali attraverso una condotta subdola e persuasiva esplicabile anche mediante forme di sopraffazione approfittatrici

della fragile personalità della vittima, senza la necessità di porre in essere condotte di tipo intimidatorio e/o costringitivo (Sez. 3, n. 17383 del 16/12/2014, O, Rv. 263350).

Così ricostruito il quadro normativo, è stato ritenuto che la condizione di inferiorità richiesta dall'articolo 609-*bis* cod.pen. non possa essere dedotta semplicemente dalla condizione di minore infraquattordicenne della parte offesa, dovendo, al contrario, sussistere il *quid pluris* richiesto dalla norma incriminatrice, ovvero l'induzione mediante abuso dell'inferiorità fisica o psichica, essendo punibili soltanto le condotte consistenti nell'induzione all'atto sessuale mediante abuso del suddetto stato di inferiorità, sì che, pur sussistendo un consenso della vittima a detto atto, esso è tuttavia viziato dalla condizione di inferiorità e dalla strumentalizzazione di detta condizione (Sez. 3, n. 33761 del 09/05/2007, Venturini, Rv. 237398).

Non di meno, la minore età della vittima ben può concorrere a qualificare "l'abuso" nei termini di cui sopra, allorché con un'opera di persuasione subdola, anche con corresponsione con piccole somme di denaro e/o altre regalie, induca ad aderire al compimento di atti sessuali e/o a subirli, così da strumentalizzare ed abusare della menomata situazione in cui la vittima minore versa.

Invero, ciò che connota la fattispecie di cui all'art. 609-*bis* comma 2 n. 1 cod.pen. è la condotta di induzione che si realizza mediante l'opera di persuasione e mediante l'abuso che si verifica quando le condizioni di menomazione, siano esse conseguenti a inferiorità psichica accertata che a minore età accompagnata da una situazione individuale e familiare, sono strumentalizzate per accedere alla sfera intima della persona che, versando in situazione di difficoltà, viene ad essere ridotta al rango di un mezzo per il soddisfacimento della sessualità altrui. E' chiaro che, poi, consegue la verifica se l'agente abbia avuto la consapevolezza non soltanto delle minorate condizioni del soggetto passivo ma anche di abusarne per fini sessuali.

E' stato così affermato il principio secondo cui la condizione di inferiorità psichica di cui all'art. 609-*bis* comma 2 n. 1 cod.pen. può prescindere da fenomeni di patologia mentale ed essere connessa ad un limitato processo evolutivo mentale e culturale ovvero a minore età accompagnata da una situazione individuale e familiare che rendano vulnerabile la vittima che diviene mero strumento per il soddisfacimento sessuale altrui (Sez. 3, n. 52041 del 11/10/2016, Rv. 268615).

3.6. L'abuso di autorità in particolare quella genitoriale.

I nodi interpretativi non possono dirsi risolti senza affrontare il rapporto tra l'art. 609 comma 1 cod.pen. nel caso di condotta commessa con abuso di autorità, in

particolare di quella genitoriale, e l'art. 609 *quater* comma 1 n. 2 cod.pen., significando che il bene giuridico del reato di atti sessuali con minorenne non è la libertà di autodeterminazione dello stesso, non potendo egli esprimere alcun consenso, ma l'integrità fisio-psichica del medesimo nella prospettiva di un corretto sviluppo della propria sessualità (Sez. 3, n. 23205 del 11/04/2018, Rv. 272790).

Si tratta di stabilire se l'espressione "abuso di autorità" che costituisce, unitamente alla "violenza" o alla "minaccia", una delle modalità di consumazione del reato previsto dall'art. 609 *bis*, cod. pen. includa o meno e la violenza sessuale commessa abusando della potestà di genitore o di altra potestà privata e ciò in quanto le due fattispecie (art. 609 *bis* comma 1 e 609 *quater* cod.pen.) hanno il medesimo trattamento sanzionatorio ed è escluso il concorso tra i due reati come espressamente indicato all'art. 609 *quater* comma 1 cod.pen.

Sul punto una pronuncia di questa Corte, non recente, nel ricostruire i rapporti tra il 609 *bis* comma 1 cod.pen. e l'art. 609 *quater* comma 1 n. 2 cod.pen. (Sez. 3, n. 2681 del 11/10/2011, R., Rv. 251885) ha ricordato che, accanto alla fattispecie di cui al comma 1 dell'art. 609 *bis* cod.pen. (Violenza sessuale) che punisce la condotta di violenza sessuale commessa con violenza, minaccia e abuso di autorità, il legislatore ha affiancato la fattispecie di cui all'art. 609 *quater* cod.pen. (Atti sessuali con minorenne), che esclude dalla punibilità espressamente le ipotesi di cui all'art. 609 *bis* cod.pen. ("al di fuori dai casi previsti in detto articolo"), ed è integrata da atti sessuali compiuti, senza costrizione, con un minorenne, il cui consenso è però "viziato" dalla circostanza che questo non ha compiuto quattordici anni, ovvero non ha compiuto gli anni sedici quando il colpevole sia l'ascendente, l'educatore, ecc.. In questi casi il differenziale di maturità sessuale che "viziosa" e invalida il consenso del minore in presenza di una gamma di rapporti vari (di parentela, educazione o istruzione, cura, vigilanza, o semplice convivenza).

Secondo la ricostruzione operata dalla citata sentenza, dato per acclarato che le predette fattispecie penali hanno identico trattamento sanzionatorio, e non possono concorrere tra loro, la Corte di legittimità ha ritenuto che commette il (solo) delitto di cui all'art. 609 *bis* comma 1 e 2 cod.pen. chi compie l'atto sessuale nei confronti di soggetto minorenne (nel quale caso ricorreranno con le aggravanti di cui all'art. 609 *ter* cod.pen.) in mancanza di consenso (perché la persona offesa è stata costretta con violenza, minaccia o abuso di autorità) o se il consenso è viziato (perché è stato indotto con abuso delle condizioni di inferiorità della persona offesa, ovvero con ingannevole sostituzione di persona), senza possibilità di applicare l'art. 609 *quater* c.p. a titolo di concorso. Commette invece il reato di cui all'art. 609 *quater* cod.pen. chi compie atti sessuali con minorenne infraquattordicenne e infrasedicenne qualora

il fatto sia stato commesso dai soggetti qualificati da una posizione di sovraordinazione, tra i quali il genitore in quanto il legislatore presume invalido, e quindi giuridicamente mancante, il consenso del minorenne infraquattordicenne (comma 1, n. 1) al rapporto sessuale in generale, quello del minorenne infrasedicenne (comma 1, n. 2) al rapporto sessuale con soggetti qualificati da una posizione di sovraordinazione, tra i quali il genitore, anche adottivo.

La sentenza conclude, sulla scorta dell'argomento sistematico, che l'abuso di autorità dell'art. 609 *bis* cod.pen. non può avere per oggetto anche la potestà genitoriale perché, altrimenti, non si potrebbe logicamente distinguere l'ipotesi di rapporto sessuale con abuso di autorità di cui all'art. 609 *bis* c.p., comma 1, dall'ipotesi di rapporto sessuale con abuso di potere parentale o tutorio previsto dall'art. 609 *quater* comma 2 cod.pen., a norma del quale, al di fuori dei casi previsti dall'art. 609 *bis*, l'ascendente, il genitore, anche adottivo (...), che, con l'abuso dei poteri connessi alla sua posizione, compie atti sessuali con persona minore che ha compiuto gli anni sedici, è punito con la reclusione da tre a sei anni.

Tale interpretazione dei rapporti tra le due fattispecie normative che aveva condotto all'interpretazione della condizione di abuso quale abuso connesso a posizioni autoritative di tipo pubblicistico, è stata superata dalla più recente giurisprudenza che ha pacificamente riconosciuto l'abuso di autorità anche connesse a situazioni di tipo privatistico (datore di lavoro, incaricato di pubblico servizio).

Osservo, che non vi sono ragioni interpretative di ostacolo per ritenere configurabile l'abuso di autorità genitoriale nelle situazioni nelle quali esso si sia concretamente manifestato con condotte integranti "abuso", sicchè, accertato in fatto la condotta di abuso, non mi pare potersi dubitare che possa trovare applicazione la norma di cui all'art. 609 *bis* comma 1 cod.proc.pen. anche nel caso di abuso della "autorità genitoriale".

A margine della ricostruzione dei rapporti tra 609 *bis* e 609 *quater* cod.pen. deve farsi cenno di una recente pronuncia che ha affermato che per l'integrazione della fattispecie di cui all'art. 609 *quater* comma 1 n. 1 e 2 cod.pen., che rende penalmente rilevanti gli atti sessuali con persona infraquattordicenne, da chiunque commessi, e quelli con persona infrasedicenne laddove "il colpevole sia il genitore", con conseguente procedibilità d'ufficio ai sensi dell'art. 609-*septies*, comma terzo, n. 2), cod. pen., non è necessario che quest'ultimo sia l'autore materiale della condotta, essendo sufficiente anche solo che lo stesso rivesta il ruolo di concorrente (Sez. 3, n. n. 45749 del 28/06/2017, S., Rv. 271445), principi che si pongono in linea con quanto reiteratamente espresso dalla giurisprudenza di legittimità secondo cui, in tema di reati contro la libertà sessuale, la posizione di garanzia verso i propri figli, costituita

dall'art. 147 cod. civ. in capo al genitore, comporta l'obbligo per costui di tutelare la vita, l'incolumità e la moralità sessuale dei minori contro altrui aggressioni; ne consegue che risponde del reato di violenza sessuale in danno del figlio minore, commesso da terzi, il genitore che, consapevole del fatto, non si attivi per impedirlo ed anzi consenta il protrarsi degli abusi. (Fattispecie in cui il genitore aveva tollerato che la figlia quindicenne subisse abusi da parte del futuro sposo, con loro convivente, nonostante il rifiuto e le proteste della minore) (Sez. 3, n. 40663 del 23/09/2015, P.G. in proc. Z., Rv. 267594).

4. Le modifiche apportate dalla legge n. 119 del 2013

La legge n. 119 del 2013, Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, ha apportato rilevanti modifiche soprattutto sul fronte del trattamento sanzionatorio con l'introduzione della nuova aggravante di cui all'art. 61 numero 11-*quinqüies* c.p., e le aggravanti di cui ai numeri 5-*ter* e 5-*quater* dell'art. 609-*ter* comma 1 cod.pen., e nell'art. 612 *bis* comma 2 cod.pen.

Nell'ambito di queste assume rilievo, a delineare i confini dei rapporti familiari, l'introdotta circostanza aggravante di cui all'art. 609 *ter* comma 5 *quater* cod.pen. che prevede l'aumento di pena nei confronti di persona della quale il colpevole sia il coniuge, anche separato o divorziato, ovvero a colui che alla stessa persona è o è stato legale relazione affettiva, anche senza convivenza, che completa che si aggiunge a quella del comma 5 del medesimo articolo per la quale l'aumento di pena consegue nel caso di violenza sessuale nei confronti di minore degli anni diciotto del quale il colpevole sia l'ascendente, il genitore anche adottivo, il tutore.

Nell'introdotta aggravante rileva la situazione di "relazione affettiva", anche senza convivenza, in presenza della quale il soggetto che commette la violenza sessuale è soggetto ad un aggravamento di pena. Nel reato di violenza sessuale, dunque, l'aumento di pena è previsto sia quando il colpevole sia il coniuge, anche separato o divorziato, ovvero colui che è o è stato legato da relazione affettiva senza convivenza, mentre, si registra un disallineamento della disciplina normativa che nel caso di stalking, ai sensi dell'art. 612- *bis* comma 2 cod.pen., l'aggravamento di pena consegue nel caso di relazione di affettiva senza ulteriore specificazione.

Segnalo che, con una recente pronuncia, peraltro con riferimento all'ipotesi di cui all'art. 612 *bis* cod.pen., ha affermato che per "relazione affettiva" non s'intende necessariamente la sola stabile condivisione della vita comune, ma anche

il legame connotato da un reciproco rapporto di fiducia, tale da ingenerare nella vittima aspettative di tutela e protezione (Sez. 3, n. 11920 del 09/01/2018, B., Rv. 272383).

Sul versante della circostanza aggravante di cui all'art. 61 n. 11 -*quinqies* cod.pen. segnalo la pronuncia Sez. 1, n. 12328 del 02/03/2017, che ha affermato che "la circostanza aggravante dell'essere stato il delitto commesso alla presenza del minore, nelle ipotesi previste dall'art. 61, n. 11-*quinqies* cod. pen., è configurabile tutte le volte che il minore degli anni diciotto percepisca la commissione del reato, anche quando la sua presenza non sia visibile all'autore del reato, se questi, tuttavia, ne abbia la consapevolezza ovvero avrebbe dovuto averla usando l'ordinaria diligenza" e quella Sez. 6, n. 55833 del 18/10/2017, Rv. 271670, secondo cui ai fini della configurabilità della circostanza aggravante dell'essere stato il delitto commesso alla presenza del minore, prevista dall'art. 61, n. 11-*quinqies*, cod. pen., non è necessario che il reato sia commesso alla presenza del minore, esposto alla percezione della condotta illecita, abbia la maturità psico-fisica necessaria per comprendere la portata offensiva o lesiva degli atti commessi in sua presenza. (Fattispecie relativa al delitto di maltrattamenti in famiglia posti in essere alla presenza di un minore di pochi mesi di vita).

Infine, a completamento della disciplina normativa nel caso di aggressione sessuale nei rapporti familiari, deve ricordarsi l'art. 609 *septies* cod.proc.pen. che regola la condizione di procedibilità e, accanto alla previsione generale della procedibilità a querela della persona offesa, prevede, al comma 4 diverse ipotesi di procedibilità d'ufficio.

Al comma 4 n. 1, è prevista la procedibilità d'ufficio nel caso di persona che al momento del fatto non ha compiuto gli anni diciotto (per effetto della legge 6 febbraio 2006, n. 38, art. 7 che aveva sostituito alle parole «anni quattordici» con l'attuale «anni diciotto»).

L'art. 609 *septies* comma 4 n. 2 cod.pen. prevedeva, poi, la procedibilità d'ufficio "se il fatto è commesso dal genitore, anche adottivo, o dal di lui convivente, dal tutore, ovvero da altra persona cui il minore è affidato per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia". La legge 6 febbraio 2006, n. 38, art. 7 comma 1, lett. b), ha riformulato tale numero, estendendo la procedibilità d'ufficio anche nei confronti dell'ascendente e di chi abbia con il minore una relazione di convivenza.

Il legislatore ha, evidentemente, inteso rafforzare la tutela dei minori per i reati di abuso sessuale commessi in loro danno, allargando le ipotesi di procedibilità

di ufficio.

Già sotto il vigore della disciplina precedente, la giurisprudenza riteneva che "ratio" della disposizione prescindesse dal rapporto di consanguineità e andasse individuata nella condizione di soggezione in cui viene a trovarsi il minore (soggetto passivo) nei confronti dell'agente e nei maggiori "obblighi" a carico di determinati soggetti in ragione del loro ruolo o dei rapporti con il minore. La legge del 2006 ha allargato la procedibilità dei reati anche nei confronti dell'ascendente e di chi abbia con il minore una relazione di convivenza.

Tanto premesso, non c'è dubbio alcuno che il riferimento alla "condizione" di convivenza, che determina la procedibilità d'ufficio, debba essere intesa in senso rigoroso, trattandosi di eccezione alla regola generale della procedibilità a querela dei reati di violenza sessuale.

La tecnica legislativa del n. 2 del comma 4 prevede un elenco di soggetti che determinano la procedibilità d'ufficio del reato da costoro commesso: l'ascendente, il genitore, anche adottivo, il di lui convivente, il tutore o altra persona cui il minore è affidato per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia "o" che abbia con esso una relazione di convivenza. Dopo l'elenco specifico delle figure "genitoriali" e delle persone a carico dei quali vi sono maggiori "obblighi" in ragione del loro ruolo o dei rapporti con il minore, il legislatore, con la disgiuntiva "o", ha individuato la categoria di coloro che "abbiano con il minore una relazione di convivenza", categoria residua ma accumulata dall'essere il soggetto autore del fatto "convivente" con la vittima, di tal chè esso può ricomprendere altri soggetti "conviventi" con il minore, tra cui deve essere ricompreso anche il fratello convivente della minore persona offesa (Sez. 3, n. 47467 del 13/07/2018, P., non mass.)

5. I reati culturalmente motivati nell'ambito della violenza domestica.

Tema di stretta attualità, a fronte delle trasformazioni della società in dipendenza dei fenomeni migratori con conseguente innesto di diverse culture nel tessuto sociale, è quello dei c.d. reati culturalmente motivati e dell'ambito, eventuale, dell'idoneità della "difesa culturale" a esonerare l'imputato dalla responsabilità penale per un fatto integrante nell'ordinamento dello stato di accoglienza come reato.

L'evidente complessità del tema, anche in ragione delle innumerevoli implicazioni di natura diversa, sociologica, antropologica e, per quel che qui maggiormente rileva, giuridica, richiederebbe ben maggiore spazio, non di meno può essere utile vedere come la giurisprudenza della Corte di cassazione ha, corso degli

ultimi due decenni, risolto l'antinomia norma giuridica e norma del gruppo culturale con la prima confliggente.

Con il termine reati culturalmente motivati si intende «un comportamento realizzato da un soggetto appartenente ad un gruppo culturale di minoranza, che è considerato reato dall'ordinamento giuridico del gruppo culturale di maggioranza. Questo stesso comportamento tuttavia, all'interno del gruppo culturale del soggetto agente è connotato, o accettato come comportamento normale, o approvato, o addirittura incoraggiato o imposto» (definizione tratta da "Immigrazione e reati culturalmente motivati" di Fabio Basile).

Fino ad un passato non lontano, l'omogeneità etnica del nostro sistema e la conseguente monoculturalità del nostro tessuto sociale rendeva i reati commessi per motivi culturali oggetto di studio comparatistico, ora non è più così e il tema si è recentemente posto all'attenzione della Corte di cassazione.

Negli studi comparatistici, sono stati enucleati due atteggiamenti degli ordinamenti giuridici di fronte ai reati culturalmente motivati: il modello *assimilazionista - integrazionista* alla francese e il modello *multiculturalista* all'inglese.

Secondo il primo modello, la diversa cultura di appartenenza non assume alcuna rilevanza giuridica per l'ordinamento accogliente ed è ispirato alla assoluta uguaglianza formale di fronte alla legge, mostrando la neutralità dello Stato alle differenze culturali. Il secondo modello, invece, tende valorizzare le specificità identitarie delle minoranze, e dunque a rispettare o quantomeno tollerare nei limiti del possibile le condotte 'culturalmente motivate' ancorché distoniche rispetto ai costumi dominanti.

Nell'orizzonte nazionale, giova ricordare che non esistono istituti di parte generale specificatamente previsti per attenuare o elidere le conseguenze penali cui dovrebbe incorrere il soggetto attivo dei reati c.d. "culturali". E ciò in linea con le ragioni di carattere storico del codice Rocco che riflettono una unità etnica, in un contesto ben lontano dalla multiculturalità delle società moderne.

Tuttavia, in tempi più recenti si registra un'inversione di tendenza nel senso dell'introduzione nel codice penale di fattispecie normative in cui viene in rilievo proprio la condotta culturalmente motivata che viene punita. Tale è il caso della previsione del reato di pratiche di mutilazioni degli organi genitali femminili di cui all'art. 583-*bis* cod.pen. e in altro ambito l'art. 600-*octies* cod.pen., reato di impiego di minori nell'accattonaggio.

Accantonando la tematica dal punto di vista comparatistico, come osservato dai più autorevoli studiosi del tema (F. Basile, M. De Maglie) deve evidenziarsi come

le differenze culturali possono discendere non solo dalla nazionalità, ma anche dall'appartenenza religiosa e non solo, e che, anzi tutto, ciò che rileva, nell'ambito del diritto penale, sono solo le appartenenze culturali del "gruppo" e non già dei singoli, e ciò per evitare di dover considerare culturalmente motivato ogni comportamento influenzato da qualsivoglia particolarità del modo di vivere e di pensare dell'autore o che dipenda dall'appartenenza a un micro- gruppo *lato sensu* culturale.

Fatta questa premessa la Corte di cassazione si è occupata del tema a partire dalla fine degli anni '90.

In ordine di tempo, la Sezione sesta della Corte di cassazione, in tema di maltrattamenti aveva l'escluso la scriminante del consenso dell'avente diritto, affermato sulla base di richiami culturali, Scrivono i giudici nella pronuncia, che "Dette sub-culture, infatti, ove vigenti, si porrebbero in assoluto contrasto con i principi che stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano, in particolare con la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo sanciti dall'art. 2 Cost., i quali trovano specifica considerazione in materia di diritto di famiglia negli articoli 29 - 31 Cost. Fattispecie in cui la scriminante del consenso dell'avente diritto era stata fondata sull'origine albanese dell'imputato e delle persone offese per le quali varrebbe un concetto dei rapporti familiari diverso da quello vigente nel nostro ordinamento" (Sez. 6, n.3398 del 20/10/1999, Bajrami, Rv. 215158), principi ribaditi costantemente in successive decisioni nelle quali si è sottolineato che l'elemento soggettivo del reato può essere escluso dalla circostanza che il reo sia di religione musulmana e rivendichi, perciò, particolari potestà in ordine al proprio nucleo familiare, in quanto si tratta di concezioni che si pongono in assoluto contrasto con le norme che stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano, considerato che la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali, cui è certamente da ascrivere la famiglia (art.2 Cost.), nonché il principio di eguaglianza e di pari dignità sociale (art.3, comma 1 e 2 Cost.) costituiscono uno «sbarramento invalicabile» contro l'introduzione di diritto o di fatto nella società civile di consuetudini, prassi o costumi con esso assolutamente incompatibili (Sez. 6, n. 55, del 08/11/2002, Khouider, Rv. 223192).

La presa di posizione è netta: attraverso il riferimento allo sbarramento invalicabile costituito dai principi della Costituzione si chiude qualunque discussione del tema da cui l'irrelevanza penale della difesa culturale.

Nell'ultimo decennio la Corte di cassazione ha mantenuto fermo il principio della prevalenza dei beni tutelati dalla Costituzione quale limite alla scriminante dell'esercizio del diritto su basi culturali, ma senza il richiamo al "limite invalicabile".

Così la pronuncia Sez. 3, n. 14960 del 29/01/2015, EH, Rv. 263122 che aveva escluso la riconoscibilità delle cause di giustificazione, nella specie l'esercizio del diritto, nei confronti dello straniero imputato di un delitto contro la persona o contro la famiglia (nella specie: maltrattamenti in famiglia, violenza sessuale, violazione degli obblighi di assistenza familiare), neppure in forma putativa, correlata a facoltà asseritamente riconosciute dall'ordinamento dello Stato di provenienza, qualora tale diritto debba ritenersi oggettivamente incompatibile con le regole dell'ordinamento italiano, in cui l'agente ha scelto di vivere, attesa l'esigenza di valorizzare - in linea con l'art. 3 Cost. - la centralità della persona umana, quale principio in grado di armonizzare le culture individuali rispondenti a culture diverse, e di consentire quindi l'instaurazione di una società civile multietnica.

In questa pronuncia i giudici della Corte hanno osservato che 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'unicità del tessuto sociale - e quindi con l'unicità dell'ordinamento giuridico - l'ipotesi della convivenza in un unico contesto civile di culture tra loro configgenti.

La soluzione costituzionalmente orientata, in relazione alla disposizione dell'art. 3 Cost., che in unico contesto normativo attribuisce a tutti i cittadini pari dignità sociale e posizione di uguaglianza nei confronti della legge, senza distinzione, in particolare, di sesso, di razza, di lingua, di religione, e impegna la Repubblica a rimuovere gli ostacoli di ordine sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana, è quella opposta, quella che armonizza i comportamenti individuali rispondenti alla varietà delle culture in base al principio unificatore della centralità della persona umana, quale denominatore minimo comune per l'instaurazione di una società civile.

In questo quadro concettuale si profila, come essenziale per la stessa sopravvivenza della società multietnica, l'obbligo giuridico di chiunque vi si inserisce di verificare preventivamente la compatibilità dei propri comportamenti con i principi che la regolano e quindi della liceità di essi in relazione all'ordinamento giuridico che la disciplina, non essendo di conseguenza riconoscibile una posizione di buona fede in chi, pur nella consapevolezza di essersi trasferito in un paese diverso e in una società in cui convivono culture e costumi differenti dai propri, presume di avere il diritto - non riconosciuto da alcuna norma di diritto internazionale - di proseguire in condotte che, seppure ritenute culturalmente accettabili e quindi lecite secondo le leggi vigenti nel paese di provenienza, risultano oggettivamente incompatibili con le regole proprie della compagine sociale in cui ha scelto di vivere. In tali condotte non è pertanto configurabile una scriminante, anche solo putativa, fondata sull'esercizio

di un presunto diritto escluso in linea di principio dall'ordinamento e quindi neppure l'eccesso colposo nella scriminante stessa (Sez. 6, 26/04/2011 n. 26153).

Ed ancora, sulla stessa linea interpretativa, si colloca anche la pronuncia Sez. 3, n. 37364 del 05/06/2015, B., Rv. 265187, di poco successiva nella quale è stato ribadito che il delitto di cui all'art. 609-*bis* cod. pen. è integrato ogni qual volta sia lesa la libertà dell'individuo di poter compiere atti sessuali in assoluta autonomia, senza condizionamenti di ordine fisico o morale; con la conseguenza che non hanno diritto di cittadinanza, nella valutazione della condotta criminosa, eventuali giustificazioni dedotte in nome di presunti limiti o diversità culturali nella concezione del rapporto coniugale, posto che le stesse porterebbero al sovvertimento del principio dell'obbligatorietà della legge penale e all'affievolimento della tutela di un diritto assoluto e inviolabile dell'uomo quale è la libertà sessuale. Di due anni successiva è la pronuncia resa il 22 novembre 2017, n. 53135, (Sez. 3, n. 53135 del 31/05/2017 Rv. 272112) che ha respinto il ricorso avverso una sentenza di condanna per il delitto di atti sessuali con minorenne a danno di una minore di sedici anni consenziente (art. 609 *quater* co. 1 n. 2 c.p.): la ragazza conviveva more uxorio con l'autore in virtù di un matrimonio celebrato con rito rom e la pronuncia del 31 maggio 2018, n. 24594, non mass., nella motivazione della quale si ribadisce che la scriminante putativa dell'esercizio di un diritto (ovverosia il diritto che, secondo l'imputato di origini albanesi, la sua cultura d'origine gli riconoscerebbe, di pretendere rapporti sessuali dalla moglie) non può trovare riconoscimento nell'ordinamento giuridico dello Stato di accoglienza trattandosi di preteso diritto incompatibile con le regole dell'ordinamento italiano, in cui il soggetto ha scelto di vivere, attesa l'esigenza preminente di valorizzazione dei diritti fondamentali della persona garanti e tutelati dall'art. 3 Cost.

Da ultimo, merita di essere segnalata la pronuncia della Terza Sezione della Corte, assunta all'udienza del 29 gennaio 2018, n. 29613, non massimata, che ha annullato una sentenza di assoluzione di un padre di origini albanesi che compiva ripetutamente atti sessuali sul figlioletto di soli cinque anni.

Il Tribunale e la Corte d'appello avevano assolto l'imputato accogliendo la tesi difensiva secondo la quale tali comportamenti (palpeggiamenti nelle parti intime e "succhiotti" al pene), nella cultura d'origine dell'imputato, non avrebbero alcuna valenza sessuale, non sarebbero manifestazione di concupiscenza, ma esprimerebbero, in forma ludica, solo sentimenti di amore e di orgoglio paterno per il figlio maschio.

Questa pronuncia merita una particolare attenzione perché traccia il percorso da seguire nella valutazione della valutazione del carattere culturalmente motivato della condotta di reato.

La Corte di Cassazione ha annullato con rinvio la doppia pronuncia di assoluzione e dopo avere rammentato che il diritto penale «risente fortemente del periodo storico e della evoluzione della "cultura" e della sensibilità diffuse, e ribadito il limite sbarramento derivante dal bene giudici offeso (la libertà sessuale/ l'integrità fisio-psichica del minore nella prospettiva di un corretto sviluppo della propria sessualità), ha individuato, per il giudice del rinvio, il percorso da seguire, nel quale assume particolare rilievo, in primo luogo, la ponderazione del bene giuridico offeso e del grado di offesa del medesimo, in secondo luogo la natura della norma culturale a cui aderisce il soggetto, del carattere vincolante di tale norma culturale (se rispettata in modo omogeneo da tutti i membri della collettività a cui appartiene nonché il grado di integrazione del medesimo nel contesto sociale del paese ospitante. Infine, assume anche rilievo il il profilo "probatorio" dei reati culturalmente motivati rileva giacché "mere dichiarazioni difensive degli imputati e dei loro congiunti, e da una documentazione prodotta dalle parti non riscontrata né fornita di ufficialità (nota della prefettura di Vlore che riferirebbe della esistenza di una tradizione per cui un padre manifesta affetto per il proprio figlio, accarezzandolo nelle parti intime esprimendo, così la gloria della prosperità e continuità della generazione)" non sono di per sé idonei a qualificare la condotta come culturalmente imposta dal gruppo di appartenenza del soggetto.

Dunque, quando oggetto di giudizio sono reati che ledono i diritti fondamentali dell'uomo (quali l'integrità fisica, la libertà sessuale), non v'è ingresso, nel sistema penale, alla valutazione delle diversità culturali quali limiti al fatto di rilevanza penale nell'ordinamento giuridico. Anche in questa recente pronuncia viene riaffermato lo "sbarramento invalicabile" dei diritti inviolabili dell'uomo nei seguenti termini: "nessun sistema penale potrà mai abdicare, in ragione del rispetto di tradizioni culturali, religiose o sociali del cittadino o dello straniero, alla punizione di fatti che colpiscano o mettano in pericolo beni di maggiore rilevanza (quali i diritti inviolabili dell'uomo garantiti e i beni a essi collegati tutelati dalle fattispecie penali), che costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione, di diritto e di fatto, nella società civile, di consuetudini, prassi, costumi che tali diritti inviolabili della persona, cittadino o straniero, pongano in pericolo o danneggino".

Al termine dell'esegesi della giurisprudenza di legittimità, e nella prospettiva comparativa, il diritto vivente mostra adesione al modello assimilazionista, ben espresso dal richiamo allo sbarramento invalicabile dei principi costituzionali.

In tali casi, la "difesa culturale" viene, 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 della Costituzione, e inidonea a esonerare l'imputato dalla responsabilità e ciò in quanto la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo costituisce un limite anche per chi ha scelto di stabilirsi in questo paese.

In conclusione, è bene ricordare che 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.

Roma, 22 novembre 2018

Emanuela Gai
Consigliere della Corte di Cassazione