

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

ANNA COSTANTINI

Diritto penale e discriminazioni di genere

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

online first

4 ottobre 2024

Diritto penale e discriminazioni di genere

Sommario

1. Genere, discriminazione, diritto penale. – 2. Caratteri e dimensioni di un fenomeno caleidoscopico. – 3. La discriminazione *del diritto penale*: la donna nell'originario assetto del Codice Rocco. – 4. Da un diritto penale *gender-neutral* alla tutela penale *contro* le discriminazioni di genere. – 4.1. Il ruolo del diritto sovranazionale. – 4.2. L'evoluzione del diritto penale italiano in materia di violenza di genere: a) gli interventi sul fronte repressivo. – 4.3. (*segue*) b) ...e sul fronte preventivo. – 5. Il quadro attuale della tutela normativa e giurisprudenziale: la "tipizzazione implicita" della violenza di genere. – 5.1. La violenza sessuale. – 5.2. I reati espressione di violenza domestica. – 5.3. L'intrusione nella sfera privata della vittima: dagli atti persecutori al "*revenge porn*". – 5.4. I reati "culturalmente motivati": in particolare, la tipizzazione del fattore culturale in tema di violenza di genere. – 6. Femminicidio e lesioni personali di genere. L'arma a doppio taglio delle aggravanti incentrate sulla relazione familiare o affettiva. – 7. Le ipotesi "ignorate" dalla legge: *gender hate speech* e discriminazione non violenta. – 8. L'assenza del movente di genere: la giurisprudenza tra attività suppletiva e ambivalenze interpretative. – 8.1. Movente di genere e scriminanti. – 8.2. Movente di genere e fatto tipico. – 8.3. Movente di genere e colpevolezza. – 8.4. Movente di genere e *quantum* della pena. – 9. Riflessioni conclusive: i limiti di plausibilità di un diritto penale antidiscriminatorio "di genere".

Abstract

Il dibattito sul ruolo del diritto penale di fronte alle discriminazioni di genere è spesso polarizzato tra le istanze per un impegno più concreto nella protezione penale della donna e le critiche di un eccesso di interventismo punitivo. Le due prospettive colgono aspetti distinti di un problema complesso: per un verso, il diritto penale non attribuisce esplicito rilievo al fattore discriminatorio di "genere" come requisito fondativo o aggravante della responsabilità penale; per altro verso, sono numerosi gli interventi legislativi che, specialmente negli ultimi decenni, hanno ampliato il livello della tutela penale, tramite l'introduzione di reati criminologicamente legati alla violenza di genere, ovvero l'inasprimento dei livelli sanzionatori di quelli esistenti. Nell'ottica di offrire un contributo alla riflessione, il saggio opera una ricognizione dell'attuale tutela penale contro le violenze e discriminazioni di genere, sul duplice versante normativo e giurisprudenziale; si evidenziano i residui vuoti di tutela e, infine, si riflette criticamente sulle proposte di attribuire esplicito rilievo al c.d. motivo di genere.

The debate on the role of criminal law in addressing gender discrimination is often polarized between calls for a more concrete commitment to the criminal protection of women, and criticisms of excessive punitive interventionism. The two perspectives reflect distinct aspects of a complex issue: on the one

* Ricercatrice di diritto penale, Università degli Studi di Torino. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

hand, criminal law does not explicitly attribute significance to the discriminatory factor of “gender” as a foundational or aggravating element of criminal responsibility; on the other hand, there have been numerous legislative interventions, especially in recent decades, that have expanded the level of criminal protection, through the introduction of crimes closely linked to gender-based violence, or the tightening of sanctions for existing offenses. The essay, thus, examines the current criminal protection against gender violence and discrimination, from both a legislative and jurisprudential perspective; it highlights the remaining gaps in protection and, finally, critically reflects on proposals to explicitly consider the so-called “gender motive”.

1. Genere, discriminazione, diritto penale

Nel dibattito intorno alla configurabilità di un diritto penale antidiscriminatorio, un ambito di riflessione centrale riguarda la tutela contro le discriminazioni c.d. di genere, basate, cioè, sul genere di appartenenza della vittima.

La scelta di riferirsi al “genere” richiama immediatamente un problema di discriminazione: è noto che il termine, quantomeno nell’accezione con cui viene impiegato nel contesto dei c.d. *gender studies*, viene per lo più utilizzato per descrivere la dicotomia maschile-femminile oltre la semplice diversità di sesso biologico e, cioè, guardando alla *differenza di ruolo* o di *status* con cui l’individuo è socialmente e culturalmente connotato *in ragione dell’appartenenza a un sesso*¹. In altre parole, il genere non sarebbe che una costruzione sociale e culturale storicamente contingente, il “rivestimento sociale degli esseri umani appartenenti ai due sessi”². Parlare di “genere”, anziché di “sesso biologico”, consente quindi di porre l’accento su quelle asimmetrie di poteri e ruoli nei rapporti tra uomo e donna – esistenti (e resistenti) sia nella dimensione familiare-affettiva, sia nelle relazioni sociali, politiche ed economiche – in cui si annidano le cause genetiche di molte delle forme di discriminazione contro le persone di sesso femminile³.

E, infatti, la discriminazione di genere è *storicamente* (ma pure: socialmente, culturalmente) discriminazione *contro la donna*, sebbene non lo sia *ontologicamente*, potendo di per sé riferirsi a qualunque forma di discriminazione che si fondi sulla diversità di ruoli tra sessi, a prescindere dalla natura maschile o femminile della vittima.

Così, da un canto, quando si rifletta sui problemi discriminatori che colpiscono le donne, adottare una prospettiva di genere consente, oltre che di scongiurare considerazioni che sarebbero, a loro volta, discriminatorie, di cogliere meglio l’essenza del fenomeno nel suo complesso, da individuarsi non tanto nell’appartenenza biologico-sessuale della vittima, ma nella genesi “strutturale” dei fatti in esame, vale a dire nella diffusione a livello sociale e culturale di radicati pregiudizi di inferiorità, se non di più intensi sentimenti di disprezzo, odio e intolleranza verso il genere femminile. Non a caso, quando si parla di “violenza di genere” – quale *particolare* (e qualificata) *forma di discriminazione* – si ha soli-

1 All’interno della letteratura sul tema, cfr. J. W. Scott, *Gender and the Politics of History*, New York, 1988; S. Piccone Stella, C. Saraceno (a cura di), *Genere. La costruzione sociale del femminile e del maschile*, Bologna, 1996; T. Pitch, *I diritti fondamentali: differenze culturali, disuguaglianze sociali, differenza sessuale*, Torino, 2004.

2 A. Merli, *Violenza di genere e femminicidio*, in *Diritto penale contemporaneo-Rivista trimestrale*, 2015, p. 439.

3 Muove da questa prospettiva, all’interno di un’indagine sui rapporti tra genere e diritto penale, L. Goisis, *Genere e diritto penale. Il crimine d’odio misogino*, in *Questione giustizia*, 2023, pp. 1 ss.; cfr. anche F. Filice, *Diritto penale e genere*, in *Diritto penale uomo*, 2019, pp. 11 ss., che evidenzia la difficoltà del legislatore contemporaneo di affrontare la dimensione culturale dello stereotipo di genere, prediligendo più facili politiche repressive di stampo populistico.

tamente cura di rimarcare la diversità sul piano semantico rispetto alla “violenza contro la donna”, identificandola più propriamente in una “violenza contro la donna *in quanto donna*”.

D’altro canto, il concetto di discriminazione di genere può prestarsi ad abbracciare offese che non riguardano in via esclusiva le donne, pur ancorandosi a stereotipi socio-culturali simili in parte a quelli che circondano queste ultime: si pensi ai fatti discriminatori basati sulla c.d. *identità di genere*, per questa intendendosi l’identificazione soggettiva della persona con un determinato genere, non necessariamente coincidente con il sesso biologico di appartenenza, né per giunta esauribile nel solo binarismo maschio/femmina⁴.

Ciò premesso, riferirsi alla “discriminazione di genere” impone di precisare meglio cosa debba intendersi per “discriminazione”, di cui si sono sinora solo evocate talune delle possibili estrinsecazioni. Il concetto in esame può, infatti, essere impiegato con diverse sfumature di significato.

In una prima accezione, la discriminazione identifica il trattamento di svantaggio di cui un individuo risulti destinatario sulla base di un criterio distintivo *ingiustificato* (quale, appunto, l’appartenenza a un genere): entro questa prospettiva, la discriminazione di genere può quindi più specificamente descriversi – prendendo in prestito una definizione elaborata a livello sovranazionale per la discriminazione razziale – come “ogni limitazione, esclusione, restrizione o preferenza” *basata sul genere*, “che abbia lo *scopo* o l’*effetto* di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l’esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica” (così recita, sostituendo al genere “la razza, il colore, l’ascendenza o l’origine nazionale o etnica”, l’art. 1 della *Convenzione internazionale sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale*, adottata dalle Nazioni Unite a New York nel 1965⁵).

In un secondo significato, la discriminazione investe più specificamente il piano delle motivazioni della condotta, indicando cioè il movente *pregiudiziale* (c.d. *bias motivation*) dell’atto pregiudizievole: in quest’ottica, sono discriminatori i comportamenti motivati da sentimenti di odio, intolleranza o disprezzo, ovvero da una percezione di superiorità verso la vittima, in ragione dell’appartenenza a un determinato gruppo (etnico, religioso, ecc.) o di un certo carattere della persona (relativo ad es. all’orientamento sessuale o, appunto, all’appartenenza di genere).

I due modelli definitivi consentono, quindi, di circoscrivere distinte tipologie di discriminazione, pur potendo in taluni casi intersecarsi (in relazione a fatti discriminatori sia negli effetti, o negli scopi, sia nelle motivazioni dell’agire). La distinzione si trasporta, inevitabilmente, nel campo visivo del diritto penale, ove venga in discussione il tema della criminalizzazione di condotte discriminatorie. Sul piano tecnico-giuridico, infatti, si delineano in corrispondenza due possibili modelli di incriminazione del “reato discriminatorio”, a seconda di come si valorizzi l’elemento della discriminazione nella descrizione del “tipo criminoso”: nell’un caso, quale potenziale *effetto* della condotta (ovvero quale *fine* da questa perseguito, se configurato come oggetto di dolo specifico), nell’altro quale *motivo* della stessa⁶. Il secondo paradigma è quello che, nel linguaggio penalistico, viene riassunto dalla categoria dei

⁴ Gli incerti contorni definitivi della nozione di “identità di genere”, nonché, più in generale, la complessità dei rapporti tra i concetti di “sesso” e “genere” hanno recentemente assunto centralità nel quadro del dibattito sull’approvazione del c.d. D.d.l. Zan: per approfondire, si rimanda al saggio di I. Fanlo Cortés, *Il DDL Zan e il nodo dell’identità di genere*, in questa *Rivista*, 2021, pp. 11 ss.

⁵ La definizione è riprodotta a livello interno dall’art. 43 del T.U. immigrazione (d.lgs. n. 15 luglio 1998 n. 286).

⁶ Per un’analoga distinzione, guardata con riferimento all’odio (come si è visto, concetto che spesso si accompagna alla discriminazione o la connota) nella struttura dei reati di parola, v. A. Spina, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in *Criminalia*, 2016, pp. 589 ss. Sulla distinzione penalistica tra fine (che qualifica il dolo specifico) e motivo (normalmente irrilevante, se non all’interno di circostanze) cfr. Veneziani, *Motivi e colpevolezza*, Torino,

c.d. *bias motivated crimes* o, più frequentemente – con scelta lessicale che si propone di valorizzare la compenetrazione tra movente pregiudiziale e sentimenti di odio –, da quella dei c.d. *hate crimes*⁷.

Dalla descrizione delineata consegue anche un diverso articolarsi della riflessione sul ruolo del diritto penale antidiscriminatorio, cioè, sugli spazi e i limiti dello strumento punitivo nel contrasto alle une e alle altre ipotesi di discriminazione: da un lato, si tratta di giustificare l'intervento penale rispetto a fatti il cui disvalore può integralmente esaurirsi nell'effetto o scopo discriminatorio, di cui occorre individuare lo specifico interesse leso, di norma ricostruito alla luce dei valori di dignità e uguaglianza⁸; dall'altro, si pone il problema di assegnare autonomo rilievo al "motivo discriminatorio", riconoscendone la capacità di qualificare in termini di maggior disvalore condotte che, per lo più, sono già di per sé connotate sul piano offensivo (ad esempio, perché lesive della vita o dell'integrità fisica: v. *infra*).

Come si vedrà, entrambe le prospettive descritte non sono espressamente sviluppate dal diritto penale italiano con specifico riguardo alla discriminazione di genere: salvo limitate eccezioni, infatti, il legislatore non ha attribuito esplicito rilievo al genere nella costruzione delle norme penali, pur non mancando un armamentario di fattispecie che consentono di reprimere specifiche forme di offesa in cui tipicamente si manifestano i fenomeni di violenza e odio contro le donne (v. *infra*).

La scelta di *neutralità rispetto al genere* nella formulazione delle disposizioni incriminatrici rappresenta un portato tipico del paradigma classico del diritto penale: si tratta, infatti, di un corollario del principio di uguaglianza formale, che preclude l'ingresso di forme di tutela diversificate "per tipi di vittima" o "per tipi d'autore", quale sarebbe una disciplina che si fondi sulla selezione dei fatti punibili in ragione del genere di appartenenza del soggetto attivo o passivo del reato⁹.

L'idea di una tutela penale antidiscriminatoria in relazione al genere implica, pertanto, il rove-

2000, *passim*.

- 7 Sui crimini d'odio, nella letteratura italiana, v. *ex multis* A. Spena, *La parola(-)odio*, cit., pp. 577 ss.; L. Goisis, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli, 2019; L. D'Amico, *Le forme dell'odio. Un possibile bilanciamento tra irrilevanza penale e repressione*, in *Legislazione penale*, 2020, pp. 1 ss.; S. Prandi, *L'uguaglianza violata. Uno studio sull'atto discriminatorio nel sistema penale*, Torino, 2024.
- 8 Nella dottrina italiana, la riflessione si è sviluppata in particolare con riferimento al bene giuridico tutelato dei delitti in tema di discriminazione razziale, nel 2018 confluiti nei "delitti contro l'uguaglianza" (artt. 604bis e 604ter): oltre agli Autori citati nella nota precedente, cfr. G. De Francesco, *Commento al D.l. 26/4/1993, conv. con modif. dalla L. 25/6/1993, n. 205*, in *Legislazione penale*, 1994, pp. 174 ss.; L. Picotti, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in S. Riondato (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006, pp. 117 ss.; C. Visconti, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in *Ius17*, 2009, pp. 191 ss.; A. Tesaro, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013; Id., *La propaganda razzista tra tutela della dignità umana e danno ad altri*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2016, pp. 961 ss.; G. Puglisi, *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'eguaglianza, tra aporie strutturali ed alternative alla pena detentiva*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, pp. 1325 ss.; F. Bacco, *Tra sentimenti ed eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, Torino, 2018, pp. 160 ss.; P. Caroli, *Art. 604-bis e Art. 604ter*, in T. Padovani (a cura di), *Codice Penale*, VII ed., Milano, pp. 4147, ss.; M. Pelissero, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, in *Diritto penale processo*, 2020, pp. 1017 ss.; A. Vallini, *Criminalizzare l'hate speech per scongiurare la collective violence? Ipotesi di lavoro intorno al reato di "propaganda razzista"*, in *Studi sulla questione criminale*, 2020, pp. 33 ss.; F. Palazzo, *La nuova frontiera della tutela penale dell'eguaglianza*, in *Sistema penale*, 2021.
- 9 Da tempo, a dire il vero, è in corso un graduale passaggio dall'oggettività del diritto penale classico – che si traduceva nella "spersonalizzazione" del reato in relazione al soggetto passivo e nella centralità della funzione critico-selettiva del bene giuridico – a una sempre maggiore soggettivizzazione e individualizzazione della tutela, sia rispetto agli autori, sia rispetto alle vittime: sul punto, cfr. M. Venturoli, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015.

sciamento del tradizionale approccio neutrale del diritto penale. Ciò è auspicato da quanti sostengono la necessità di introdurre esplicite differenziazioni della tutela punitiva, invocando l'uguaglianza sostanziale quale principio di legittimazione di discriminazioni in positivo o "alla rovescia", dirette a contrastare fenomeni criminosi che riflettono la generalizzata situazione di svantaggio di una categoria di persone all'interno della società¹⁰. Tale prospettiva, peraltro, può risultare problematica, rivelando profili di tensione non solo con il principio di uguaglianza formale, ma anche con quelli di offensività e di colpevolezza (v. *infra*)¹¹.

Nelle pagine che seguono, si procederà a esaminare l'assetto di tutela penale attualmente offerto contro i fatti che presentano i connotati della discriminazione di genere, al fine di capire se le esigenze di protezione in gioco trovino già una risposta adeguata o se, al contrario, sia auspicabile un complessivo ripensamento del sistema vigente. Nel procedere in questa direzione, peraltro, non limiteremo rigorosamente lo sguardo a solo uno dei paradigmi di offesa discriminatoria prima delineati: va detto, tuttavia, che sono le offese *bias-motivated* ad acquisire interesse preminente, in quanto capaci di intercettare quei fatti che, per la loro gravità e per l'allarme sociale che sollevano, richiamano intuitivamente una maggiore attenzione da parte del diritto penale.

2. Caratteri e dimensioni di un fenomeno caleidoscopico

Per valutare l'esistenza di un effettivo bisogno di tutela penale, non si può che partire dal confronto con l'entità reale del problema cui si intende dare risposta. Pertanto, ancor prima di esaminare i dati normativi e giurisprudenziali rilevanti, è opportuno soffermarsi a tratteggiare con mano più ferma i contorni del fenomeno di cui si sta parlando, sinora solo genericamente evocato nei suoi caratteri essenziali.

Dalle ampie premesse definitorie adottate, si comprende bene che sotto l'ombrello della "discriminazione di genere" possano trovare spazio comportamenti tra loro estremamente eterogenei, accomunati dalla circostanza di indirizzarsi contro la donna "in quanto donna", secondo le diverse accezioni poc'anzi richiamate. Vi possono rientrare: (i) i c.d. femminicidi o femicidi (intesi, in senso stretto, come omicidi di donne con movente di genere¹²); (ii) la "violenza di genere" (non letale), ossia diverse

10 Si veda ad es. L. Goisis, *Genere e diritto penale*, cit. Sulla discriminazione come violazione del principio dell'eguale valore delle differenze, v. L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari, 2018, pp. 3 ss. Evidenzia come la discriminazione leda il "rapporto di riconoscimento dell'altro", che attiene alla dignità umana nella sua dimensione interpersonale M. Pelissero, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, cit., p. 1020.

11 A. Perin, *Giustizia egualitaria e cultura della colpevolezza: la sanzione del «motivo di genere» nel diritto penale cileno*, in *Diritto penale contemporaneo-Rivista trimestrale*, 2022, pp. 29 ss.

12 In un'accezione più ampia, il "femminicidio" indica qualsiasi aggressione, anche non letale, da parte dell'uomo ai danni di una donna per motivazioni riconducibili alla discriminazione di genere (cfr. Spinelli, *Femminicidio, dalla denuncia sociale al riconoscimento giuridico internazionale*, Milano, 2008), mentre il "femicidio" individuerrebbe in senso più ristretto l'uccisione della donna in quanto donna. Sul punto v. A. Merli, *Violenza di genere e femminicidio*, cit., pp. 444 ss. e 452 ss.; F. Macrì, *Femicidio e tutela penale di genere*, Torino, 2017, pp. 1 ss. In questo scritto utilizzeremo i due termini come sinonimi, secondo il senso che entrambi rivestono nel linguaggio comune. Proseguendo le precisazioni terminologiche, dal femminicidio va distinto, pur potendo in parte coincidere, il c.d. uxoricidio (uccisione della moglie da parte del marito), nonché il c.d. ginocidio o gendercidio (*gynocide* o *gendercide*), che indica un'oppressione genocida – dunque perpetrata su vasta scala – del genere femminile (a proposito, può richiamarsi il recente dibattito sull'introduzione nel diritto penale internazionale del "femminicidio di massa" tra i crimini contro l'umanità).

possibili forme di violenza (fisica, sessuale, psicologica, emotiva, economica, ecc.), ugualmente connotate sul piano della motivazione ad agire; (iii) la comunicazione o diffusione di idee di odio o di disprezzo verso le donne (c.d. *gender hate speech*); (iv) gli atti con effetto o scopo discriminatorio, ancorché privi di connotazione violenta¹³.

Si tratta di estrinsecazioni che, pur nutrendosi delle comuni radici di una cultura patriarcale o comunque maschilista, presentano tra loro evidenti tratti di disomogeneità, non solo per il diverso livello di gravità, ma anche per la tipologia di contesto in cui generalmente si manifestano, oltre che per il concreto atteggiarsi del fattore discriminatorio. Peraltro, anche la definizione dei singoli fenotipi criminologici sconta significative incertezze.

Emblematico in tal senso è il caso dei femminicidi¹⁴. Il fenomeno ha una portata senz'altro allarmante, come ancora le drammatiche cronache degli ultimi mesi fanno percepire. Se si guarda alle statistiche ufficiali, si osserva che, in Italia, le donne uccise nel solo 2023 sono state 120: l'andamento, in realtà, è in lieve diminuzione rispetto agli anni precedenti (erano ad esempio 141 nel 2018), sebbene il dato vada letto alla luce della decrescita del numero complessivo di omicidi, di cui ha beneficiato maggiormente, in percentuale, la popolazione di genere maschile¹⁵. Come noto, non tutti gli omicidi con vittima femminile sono "femminicidi", presentano cioè specificità tali da suggerirne una considerazione criminologica separata rispetto agli omicidi con vittima maschile: deve trattarsi, si è detto, dell'uccisione di donne "per il fatto di essere donne", qualificati in relazione al movente misogino o, comunque, discriminatorio. Tale attributo, per lo più, connota omicidi commessi nel quadro di preesistenti relazioni affettive e/o familiari, al culmine di reazioni emotive innescate da sentimenti di gelosia e possesso, i quali si tramutano nell'incapacità di accettare un rifiuto, un allontanamento della donna o semplici rivendicazioni di autonomia nelle scelte di vita; autori di tali omicidi sono, solitamente, attuali o ex mariti, fidanzati, conviventi, o altri famigliari (ad esempio, un padre che uccida la figlia, per l'incapacità di accettare il di lei rifiuto a un matrimonio combinato o all'ordine di adeguarsi a dettami di comportamento di matrice religiosa o culturale). In effetti, proprio il contesto (*lato sensu*) familiare è quello in cui si conta il maggior numero di omicidi a vittima femminile: prendendo sempre come periodo di riferimento l'ultimo anno, dei 120 omicidi di donne richiamati, 97 risultano realizzati in ambito domestico, 63 dal partner o dall'ex partner della vittima¹⁶. Ciò pare dimostrare la matrice discriminatoria di molti omicidi che colpiscono le donne; sarebbe erroneo, però, trarne conclusioni assolutizzanti, ritenendo che il dato citato possa rivelare con precisione aritmetica il numero di "femmi-

13 Sull'indeterminatezza del concetto di "atto discriminatorio", nel contesto dei delitti contro l'uguaglianza, si veda il contributo di S. Prandi, *Il diritto penale antidiscriminatorio "esplicito": i delitti contro l'uguaglianza*, in questo speciale della *Rivista*.

14 Il tema dell'opportunità o meno di introdurre un "reato di femminicidio" è stato affrontato in alcuni recenti lavori monografici: E. Corn, *Il femminicidio come fattispecie penale: storia, comparazione, prospettive*, Napoli, 2017, F. Macrì, *Femicidio e tutela penale di genere*, cit., 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. Si veda anche, per un interessante raffronto con l'ordinamento cileno, il contributo di A. Perin, *Giustizia egualitaria e cultura della colpevolezza*, cit., pp. 17 ss.

15 Per le statistiche aggiornate si vedano i report periodici pubblicati sul sito del Ministero dell'Interno: <https://www.interno.gov.it/it/stampa-e-comunicazione/dati-e-statistiche/omicidi-volontari-e-violenza-genere>. Per un'analisi dei dati in prospettiva diacronica si veda lo studio Istat: <https://www.istat.it/it/violenza-sulle-donne/il-fenomeno/omicidi-di-donne>. In tema, cfr. anche I. Merzagora, *Il femminicidio e l'idealismo perverso*, in *Sistema penale*, 2021, pp. 1 ss.

16 Fonte: Ministero dell'Interno, *Servizio Analisi Criminale*, report settimanale al 31 dicembre 2023. L'entità del fenomeno è segnalata anche dal dato che, nonostante in termini assoluti siano più numerosi gli omicidi di uomini rispetto a quelli di donne (nel 2023 sono 210 contro 120), in ambito familiare o affettivo la proporzione è invertita: (97 su 146 complessivi in ambito familiare/domestico e addirittura 63 su 68 per mano di partner/ex partner maschile).

nicidi”: esso può peccare sia per eccesso, laddove includa anche omicidi in ipotesi commessi per motivi diversi da quello discriminatorio; sia per difetto, perché il movente misogino ben può connotare omicidi che prescindono dall’esistenza di una precedente relazione tra autore e soggetto passivo del reato (si ponga il caso dell’uccisione di una prostituta da parte di un cliente occasionale).

Si aggiunge la difficoltà di cogliere con nettezza l’essenza empirica del “carattere discriminatorio” degli omicidi con vittima femminile, alla cui genesi motivazionale, nella realtà, concorrono componenti diverse, tra loro variamente combinate e spesso difficilmente distinguibili: non sempre le ragioni vanno ricercate nell’adesione a una vera e propria “sottocultura di discriminazione di genere e di sostegno alla violenza”, potendo talora incidere problemi di dipendenza affettiva dalla partner (con connessa incapacità di tollerarne il rifiuto), ovvero veri e propri disturbi psicopatologici¹⁷.

Le medesime considerazioni si ripropongono quando, allargando l’obiettivo, ci si misuri con il più ampio fenomeno della c.d. “violenza di genere”, inclusiva anche delle sue manifestazioni non letali: secondo una definizione di matrice sovranazionale, si tratta di qualunque “violenza diretta contro una persona a causa del suo genere, della sua identità di genere o della sua espressione di genere o che colpisce in modo sproporzionato le persone di un particolare genere” (così il Considerando 17 della Direttiva 2012/29/UE). Sempre nelle fonti europee e internazionali, la violenza di genere viene considerata una forma di discriminazione, nonché una violazione delle libertà fondamentali della vittima; essa può estrinsecarsi in varie forme: oltre alla violenza fisica, rilevano anche quelle sessuale, emotiva, psicologica ed economica. Sono vari, quindi, i comportamenti considerati come possibili “spie” di violenza di genere: tra questi, “la violenza nelle relazioni strette, la violenza sessuale (compresi lo stupro, l’aggressione sessuale e le molestie sessuali), la tratta di esseri umani, la schiavitù e varie forme di pratiche dannose, quali i matrimoni forzati, la mutilazione genitale femminile e i cosiddetti «reati d’onore»”¹⁸.

Anche in quest’ambito, le indagini statistiche mostrano uno spaccato ben poco rassicurante: secondo uno studio Istat del 2014, il 31,5% delle donne tra i 16 e i 70 anni (pari a 6 milioni e 788 mila persone) avrebbe subito nel corso della vita una forma di violenza fisica o sessuale, mentre il 21,5% (pari a 2 milioni e 151 mila donne) sarebbe stato vittima di atti persecutori da parte di un ex partner¹⁹. Re-

17 I. Merzagora, *Il femminicidio e l’idealismo perverso*, cit., passim.

18 Cfr. ancora il Considerando 17 della Direttiva. La definizione è mutuata da altre elaborate in precedenza in ambito internazionale, sebbene in queste ultime il riferimento al genere sia unilateralmente declinato rispetto alla donna. In particolare, la raccomandazione n. 19/1992 del Comitato CEDAW definisce per la prima volta la “violenza basata sul genere” come “violenza che si dirige verso la donna perché è una donna o che colpisce le donne in modo sproporzionato rispetto agli uomini” (par. 6). A livello europeo, un importante sforzo definitorio è contenuto nella Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, sottoscritta a Istanbul l’11 maggio 2011 e ratificata dall’Italia con L. n. 77 del 2013 (di cui si evidenzierà *infra* la rilevanza soprattutto per gli obblighi di incriminazione contenuti): compare qui anzitutto una nozione ampia di “violenza contro le donne” [art. 3, lett. a)], intesa come violazione dei diritti umani e come forma di discriminazione contro le donne che include “tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica, che nella vita privata”; viene, poi, ulteriormente precisato il più ristretto concetto di “violenza contro le donne basata sul genere”, che include “qualsiasi violenza diretta contro una donna in quanto tale, o che colpisce le donne in modo sproporzionato” [lett. d)], mentre il “genere” viene riferito ai “ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini” [lett. c)]; molto estesa, infine, è anche la nozione di “violenza domestica” [lett. b)], cui si riconducono le ipotesi di violenza realizzate non solo tra familiari o conviventi, ma anche tra persone che sono o sono state legate da una relazione affettiva.

19 Lo studio è reperibile al link: <https://www.istat.it/it/violenza-sulle-donne/il-fenomeno/violenza-dentro-e-fuori-la>

perire dati esatti risulta, peraltro, impossibile, considerato l'elevato numero di violenze destinato a rimanere sommerso perché non portato a conoscenza delle autorità giudiziarie²⁰. Guardando agli episodi denunciati alle forze dell'ordine, peraltro, emerge quale dato ulteriore l'assoluta preponderanza dell'incidenza di queste forme di violenza sulla popolazione femminile: secondo l'ultimo report del Ministero dell'interno, nel periodo 2019-2022 la percentuale delle donne sul totale delle vittime è del 75% per i fatti di atti persecutori, tra l'81 e l'83% per i maltrattamenti contro familiari e conviventi, tra il 91 e il 93% per le violenze sessuali²¹.

L'elevato numero di denunce per atti persecutori e maltrattamenti mostra, inoltre, come nel più ampio fenomeno della violenza di genere un posto di primo piano sia occupato dalla c.d. violenza domestica, definita in particolare dalla c.d. Convenzione di Istanbul ("Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica", sottoscritta l'11 maggio 2011 e ratificata dall'Italia con L. n. 77/2013) come quella inclusiva di "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 condivide o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima" [art. 3, lett. d); la definizione è stata recepita a livello interno dal D.l. n. 93/2013, conv. in L. n. 119/2013, su cui v. *infra*].

Entro la costellazione discriminatoria, su un piano solo parzialmente intersecante la violenza di genere, si colloca il fenomeno del c.d. *gender hate speech*, con cui può indicarsi ogni espressione che diffonde, incita, promuove o giustifica odio o intolleranza basati sul genere²². Anche qui i contorni della definizione sono piuttosto sfocati, potendosi distinguere almeno due tipologie di "discorso d'odio": da un lato, quello riferito a espressioni ingiuriose o diffamatorie, rivolte contro una vittima femminile individuata, che si qualificano per il movente o il fine misogino/discriminatorio; dall'altro, le parole che, diffuse pubblicamente, colpiscono un'intera categoria di persone identificate in ragione del genere, in via funzionale alla creazione o al mantenimento di un generale clima di ostilità nei confronti degli individui che vi appartengono. Inoltre, richiamando la distinzione tratteggiata nel precedente paragrafo, il sentimento d'odio può qualificare il movente di una condotta criminosa, oppure costituirne l'effetto o il fine: in questo secondo caso, si è in presenza di una tipologia criminologica più sfuggente, perché interamente costruita sulla capacità delle parole di *veicolare un sentimento*, l'odio, per natura evanescente e inafferrabile²³. D'altra parte, in tutte le sue declinazioni il fenomeno dell'*hate speech* non può essere scisso dalla considerazione delle potenzialità diffuse offerte dai *social media*, che favoriscono la moltiplicazione dei discorsi d'odio e ne amplificano l'efficacia discriminatoria²⁴: e proprio le donne costituirebbero, secondo alcune indagini, la categoria "più odiata" sui social media²⁵.

[famiglia/numero-delle-vittime-e-forme-di-violenza](#)

- 20 Sul punto si rinvia alle osservazioni di C. Pecorella, *Violenza di genere e sistema penale*, in *Diritto penale processo*, 2019, p. 1182; v. anche B. Carsana, *Il problema dei numeri della violenza contro le donne*, in A. Lorenzetti, B. Pezzini, *La violenza di genere dal Codice Rosso al Codice Rocco. Un itinerario di riflessione plurale attraverso la complessità del fenomeno*, Torino, 2020, pp. 23 ss.
- 21 https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2023-03/il_report.pdf.
- 22 Sull'incriminazione del c.d. *hate speech*, in generale, A. Spena, *La parola(-)odio*, cit., 577 ss.; L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., pp. 202 ss. e 263 ss.; A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet*, Milano, 2020; A. Vallini, *Criminalizzare l'hate speech*, cit., pp. 33 ss.
- 23 A. Spena, *La parola(-)odio*, cit., pp. 577 ss.
- 24 Cfr. P. Caroli, *Dei post e delle pene. Considerazioni su eguaglianza, social network e giustizia penale*, in R. Acquaroli, E. Fronza, A. Gamberini (a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*, Roma, 2021, pp. 81 ss.
- 25 Cfr. per l'Italia l'analisi condotta da Vox – Osservatorio Italiano sui Diritti: nel 2022 la misoginia caratterizza il 43,21% dei Tweet negativi rilevati, seguendo un andamento che si afferma costante negli ultimi sette anni (cfr. Mappa dell'Intolleranza, consultabile all'Url: <http://www.voxdiritti.it/mappa-dellintolleranza-7-misoginia/>).

Infine, vengono in rilievo ulteriori forme di discriminazione, le quali, pur senza assumere connotazioni violente o tradursi in messaggi di odio, colpiscono le donne in vari contesti della vita sociale: si pensi a forme di *mobbing* in ambito lavorativo, di marginalizzazione sociale o di trattamento differenziato sul piano economico²⁶. Si tratta di casi il cui disvalore risiede non tanto (o non solo) nella motivazione di genere, quanto soprattutto nell'effetto discriminatorio generato.

Il quadro delineato, in definitiva, rende difficilmente eludibile l'interrogativo sul ruolo che il diritto – e in particolare, per quanto qui rileva, il *diritto penale* – sia chiamato a svolgere nel contrasto alla discriminazione di genere nelle sue diverse estrinsecazioni. D'altra parte, occorre anche evidenziare come la diffusa percezione di necessità dell'intervento punitivo – sia nel senso di un rafforzamento della tutela già esistente, sia nel senso del suo ampliamento in aree non ancora attinte dal diritto penale – spesso risulti condizionata da letture mediatiche o politiche che tendono a semplificare (e, quindi, a strumentalizzare) la complessità dei fenomeni descritti, oltre che a distorcere la narrazione di molte vicende fattuali e processuali riconducibili alla violenza di genere²⁷: il che rischia, da un lato, di fomentare quella più generale "vocazione punitiva" che periodicamente si ripropone (e impone) alla discussione pubblica, ogni qualvolta sorga una nuova "emergenza criminale" da contrastare; dall'altro, di appiattare il ricorso al diritto penale su mere finalità di stigmatizzazione simbolica di "categorie d'autore" e di rassicurazione di ansie sociali, al di fuori dei limiti di necessità e proporzionalità dell'intervento punitivo.

3. Le discriminazioni *del diritto penale*: la donna nell'originario assetto del Codice Rocco

Come anticipato, la previsione di un esplicito rafforzamento della tutela "*gender-oriented*", in deroga al tradizionale impianto egualitario-neutrale del diritto penale, costituisce una strada che, almeno ad ora, non è stata percorsa dall'ordinamento penale italiano. Questo non significa, però, che la neutralità di matrice liberale abbia sempre costituito un dogma insuperabile: al contrario, se si guarda all'evoluzione storica della normativa penale interna, si riscontrano numerose e significative deroghe, sebbene orientate in una direzione affatto opposta rispetto a quella di cui qui si discute.

Nell'impianto originario del Codice penale, più precisamente, trovano spazio una serie di disposizioni volte a conformare in termini differenziati il trattamento punitivo riservato a uomini e donne: ne risultava una vera e propria "doppia normativa" maschile/femminile²⁸, funzionale non già a contrastare, ma piuttosto a confortare un sistema sociale fortemente discriminatorio nei confronti della donna, definito da una concezione rigidamente patriarcale della famiglia, dei rapporti interpersonali e della sessualità femminile. In altre parole, lo stesso diritto penale si proponeva, in consonanza agli altri settori del diritto, quale vettore di discriminazione "istituzionale" della donna, concorrendo a

²⁶ Per un'ampia panoramica, cfr. A. Lorenzetti, B. Pezzini, *La violenza di genere dal Codice Rosso al Codice Rocco. Un itinerario di riflessione plurale attraverso la complessità del fenomeno*, Torino, 2020.

²⁷ Il ruolo dei *media* nella rappresentazione e "costruzione" della realtà percepita è stato magistralmente indagato da C. E. Paliero, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed "effetti penali" dei media)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, pp. 467 ss.; sull'impatto processuale della mass-mediatizzazione della giustizia penale si veda la pungente analisi di V. Manes, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, 2022.

²⁸ G. Ponti, I. Merzagora Betsos, *Compendio di criminologia*, Milano, 2008, p. 286. Sul ruolo della donna nella disciplina codicistica originaria, v. A. Manna, *La donna nel diritto penale*, in *Indice penale*, 2005, pp. 851; A. Merli, *Violenza di genere e femminicidio*, cit., pp. 448 ss.; F. Basile, *Violenza sulle donne e legge penale: a che punto siamo?*, in *Criminalia*, 2018, pp. 463 ss.

rinsaldarne la posizione di subordinazione e di disegualianza rispetto all'uomo, tanto nella società quanto all'interno della famiglia.

In alcuni casi, il diritto penale era vettore di una *discriminazione esplicita* della donna: ciò avveniva, in particolare, attraverso la previsione di fattispecie penali connotate in relazione al genere del soggetto attivo o di quello passivo.

Ex latere autoris, l'esempio più evidente era la diversità di trattamento prevista in caso di trasgressione del dovere, penalmente sanzionato, di fedeltà coniugale. Solo la moglie poteva, infatti, commettere il reato di "adulterio" (art. 559 c.p.), punibile sia nella forma semplice (con la reclusione fino a un anno), sia in quella aggravata della "relazione adulterina" (reclusione fino a due anni); reato "proprio" del marito era, invece, quello di "concubinato" (art. 560 c.p.), equiparato sul piano punitivo alla relazione adulterina, ma integrato dal diverso fatto di tenere "una concubina nella casa coniugale, o notoriamente altrove". Oltre a sancire il diverso grado di libertà riconosciuto all'uomo e alla donna all'interno della famiglia, l'asimmetria punitiva sottintendeva anche l'idea di una differente "offendibilità" dell'istituzione familiare da parte dell'uno e dell'altra: se quel che si rimproverava all'uomo, infatti, era la creazione di un legame affettivo parallelo, potenzialmente disgregatore della famiglia ufficiale, il disvalore del comportamento infedele della donna risiedeva già nel mero sottrarsi al "monopolio" del marito sulle sue prestazioni sessuali e riproduttive²⁹.

Può menzionarsi, inoltre, l'incriminazione incondizionata della donna che consentisse a praticare l'aborto (art. 546, co. 2, c.p.): il reato, collocato tra i delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe, veicolava nei confronti della decisione femminile di abortire un penetrante stigma punitivo, che non cedeva il passo nemmeno di fronte a situazioni di oggettiva pericolosità della gravidanza, né all'eventualità che quest'ultima derivasse da uno stupro.

In altri casi, era la qualificazione della persona offesa in relazione al sesso a produrre espliciti effetti discriminatori: si fa riferimento alle ipotesi volte a ritagliare aree di esclusione o attenuazione della responsabilità penale per l'autore maschile, così da esprimere un atteggiamento di accondiscendenza nei confronti dell'offesa realizzata dall'uomo nei confronti della donna³⁰.

Si pensi, prima tra tutte, alla mite reazione riservata al reato di omicidio "a causa d'onore" (art. 587), integrato da chi cagionasse la morte del/della coniuge, della *figlia* o della *sorella* "nell'atto di scoprirne l'illegittima relazione carnale e nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onore suo o della famiglia": la pena, della reclusione dai 3 ai 7 anni, appare lievissima se confrontata con quella dell'ergastolo o reclusione dai 24 ai 30 anni prevista per gli "ordinari" omicidi di persone legate da vincolo familiare, *ex artt.* 575 e 577, co. 2. La causa d'onore, inoltre, rivestiva valenza di attenuante per il delitto di lesioni personali, di cui riduceva la pena fino a un terzo (art. 587, co. 3), e, persino, assicurava l'impunità per il delitto di percosse (co. 4). Per quanto tali ipotesi risultassero astrattamente applicabili anche a fatti realizzati nei confronti di uomini (il marito infedele o, *ex art.* 587, co. 2, l'"altra parte" della relazione infedele), il riferimento alle figure femminili della "figlia" e della "sorella" introduceva un'esplicita differenziazione sul piano dei soggetti passivi. In modo implicito, peraltro, l'impronta patriarcale permeava anche il rimando al "coniuge": era indubbio che il messaggio di attenuazione disvaloriale, se non di sottesa approvazione, si rivolgesse ai casi più frequenti nella prassi, vale a dire quelli di uxoricidio, femminicidio o violenza domestica, commessi per ristabilire l'onore maschile violato dall'infedeltà coniugale della donna.

Espressamente discriminatori erano, inoltre, i delitti di ratto (artt. 522 ss.), che configuravano ipotesi speciali (e più lievi) di sequestro di persona, qualificate dallo *status* del soggetto passivo e dalle

29 A. Vallini, *Il diritto penale alla prova di "vecchi" e "nuovi" paradigmi familiari*, in G. Conte, S. Landini (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, Mantova, 2017, p. 286.

30 M. Bertolino, *Violenza e famiglia: attualità di un fenomeno antico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 1714 ss.

specifiche finalità perseguite dall'autore: più precisamente, l'intento di contrarre matrimonio con una "donna non coniugata" portava colui che la sottraesse o ritenesse con violenza, minaccia o inganno a rispondere del reato di "ratto a fine di matrimonio" (art. 522 c.p.), punito con la reclusione da 1 a 3 anni ("contro" quella da 6 mesi a 8 anni prevista dall'art. 605 c.p.); se, poi, la privazione di libertà era realizzata con le stesse modalità nei confronti di una "donna maggiore d'età" e con il fine di libidine, si rientrava nella fattispecie di cui all'art. 523 c.p., punita con una pena che, pur più elevata (da 3 a 5 anni), era comunque inferiore nel massimo a quella del sequestro ordinario; inoltre, in tale seconda ipotesi, la condizione di "donna non coniugata" della vittima costituiva un'aggravante.

È evidente come, rispetto agli obiettivi di tutela di tali figure criminose, la libertà della donna occupasse un posto del tutto marginale, mentre preminente fosse il proposito di difendere la potestà del *pater familias* cui la sequestrata si riteneva "appartenere": a essere pregiudicato dal rapimento, in prima battuta, era il vincolo proprietario dell'uomo sulla donna, l'interesse personale di quest'ultima collocandosi su un gradino successivo della scala dei valori in gioco³¹. Coerente alla logica descritta era, inoltre, la previsione di un'attenuante per il caso in cui la donna "sottratta" venisse poi "spontaneamente restituita in libertà" dal reo, tramite riconduzione "alla casa donde la tolse o a quella della famiglia di lei, o collocandola in un altro luogo sicuro, a disposizione della famiglia stessa" (art. 525).

All'interno di un'idea moralistica e discriminatoria delle relazioni sessuali si muoveva, invece, l'incriminazione della "seduzione con promessa di matrimonio" (art. 526 c.p.)³²: il fatto, che per realizzarsi richiedeva la congiunzione carnale, era punito solo se a essere sedotta con promessa di matrimonio fosse una "donna minore d'età", indotta in errore sullo stato di persona coniugata del soggetto attivo. Si rifletteva, così, l'immaginario della donna oscillante tra i ruoli speculari di vittima della seduzione maschile e di approfittatrice maliziosa, le cui scelte sessuali non potevano in ogni caso che essere conformate dal "naturale" e unico interesse all'acquisizione del ruolo coniugale.

In altri casi, il connotato discriminatorio della fattispecie penale non era apertamente confessato dalla lettera normativa – esposta, di per sé, in modo asettico rispetto al genere –, ma era rappreso in tono *implicito* nella trama valoriale della disposizione, che l'esegesi giurisprudenziale pensava, poi, a esteriorizzare. Vanno inquadrare in questa costellazione le ipotesi di legittimazione di forme di violenza maritale in ambito domestico: oltre alla già menzionata disciplina attenuante o esimente della causa d'onore, si pensi al più ampio riconoscimento di un vero e proprio *jus corrigendi* in capo al marito/padre³³, che trovava un chiaro appiglio normativo nell'incriminazione, nel contesto della tutela penale della famiglia, dell'abuso di "mezzi di correzione o disciplina" (art. 571 c.p.). Tale reato presuppone, infatti, l'esistenza di un rapporto di soggezione del soggetto passivo a un potere di "autorità" nelle relazioni familiari (in cui pacificamente si faceva rientrare, oltre a quello dei genitori sui figli, quello del marito sulla moglie); inoltre, nel circoscrivere la punibilità delle condotte di abuso del potere di correzione e disciplina alla creazione di un concreto pericolo per la vita o l'integrità psico-fisica della vittima, l'art. 571 sottende la possibilità di un uso "lecito" di quel potere, che la giurisprudenza riteneva estrinsecabile anche mediante condotte violente, purché orientate a finalità educative e correttive³⁴.

31 Considerato che la medesima concezione patriarcale si estendeva ai rapporti con i figli, i due reati potevano realizzarsi anche nei confronti di minori di età, questa volta senza distinzioni di sesso. Sul punto, A. Vallini, *Il diritto penale alla prova di "vecchi" e "nuovi" paradigmi familiari*, cit., 287.

32 Sulle velleità moralizzatrici di questa fattispecie, tali da tradursi in un "eccesso di tutela", cfr. G. Fiandaca, *Seduzione con promessa di matrimonio*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXVI, Milano, 1989, pp. 933-934.

33 In tema, R. Bartoli, *La tutela della persona dalle aggressioni violente*, in M. Bertolino (a cura di), *Reati contro la famiglia*, in F. Palazzo, C.E. Paliero, M. Pelissero (dir.), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, vol. XV, Torino, 2022, p. 177.

34 R. Bartoli, *La tutela della persona dalle aggressioni violente*, cit., p. 177; *Id.*, *La famiglia nel diritto penale: evoluzione sociale, riforme*

Altra sfera emblematica della concezione subordinata della donna era la disciplina dei delitti sessuali: seppur non connotati esplicitamente in relazione al genere, si tratta di crimini che, nella prassi, trovano prevalente applicazione rispetto a vittime femminili (v. *supra*, § 2), oltre a costituire, sul piano criminologico, un'espressione emblematica della violenza di genere, se si considera che la loro genesi motivazionale viene spesso condizionata da concezioni fondate sul "dominio patriarcale" dell'uomo sulla donna³⁵. Ebbene, in Italia, fino alla riforma del 1996, la previsione di reati in ambito sessuale era esclusivamente concepita in via funzionale alla difesa della morale pubblica e del buon costume, come evidenziato dalla collocazione sistematica nel Titolo IX del Codice penale, in un'ottica che conduceva a escludere autonoma dignità di tutela alla libertà di autodeterminazione sessuale. Significativa era, inoltre, la costruzione delle fattispecie di cui agli artt. 519 e 521 c.p. intorno a un requisito di *violenza* della condotta (rispettivamente di congiunzione carnale e di libidine): nell'intento originario del legislatore e nell'iniziale interpretazione giurisprudenziale, per l'integrazione di tali reati doveva richiedersi una violenza rigorosamente fisica, di natura coercitiva; era invece considerata lecita la "*vis grata puellis*", ossia quella violenza ritenuta naturalmente necessaria e finanche opportuna da parte dell'uomo, per vincere – così scriveva Manzini, echeggiando massime giurisprudenziali dell'epoca – "la riluttanza fatta di civetteria e di desiderio che la donna ostenta come le femmine di molte specie di animali", insomma una "dolce violenza seduttrice, ma non coercitrice, [la quale...] non è certo la violenza necessaria a rendere punibile il congiungimento carnale"³⁶.

Non solo: fino agli anni Settanta, la giurisprudenza escludeva la stessa rilevanza penale della violenza sessuale commessa dal marito ai danni della moglie, sul presupposto che quest'ultima potesse essere legittimamente costretta a soddisfare il proprio "debito" sessuale con il coniuge; e simili affermazioni non costituivano un'anomalia italiana, o il segno di un'arretratezza culturale più accentuata, ma erano comunemente accolte in molte esperienze giuridiche (si pensi alla "*marital rape exemption*" nella tradizione di *Common Law*³⁷).

In un analogo orizzonte di valori si poneva, ancora, l'istituto del "matrimonio riparatore" (art. 544 c.p.), abolito solo nel 1981. Si trattava di una causa speciale di estinzione del reato, applicabile a una serie di delitti, anche in materia sessuale (più precisamente, quelli previsti dagli artt. 519-526 e 530 c.p.: violenza carnale, atti di libidine violenti, ratto a fine di libidine, seduzione con promessa di matrimonio commesso da persona coniugata, corruzione di minorenni), ove l'autore del fatto avesse contratto matrimonio con la vittima e, grazie a ciò, avesse "salvato l'onore" di lei e della famiglia.

legislative, costituzionalismo, in *Legislazione penale*, 2021, p. 5; sull'originaria interpretazione della fattispecie v. anche A. Valini, *L'eccesso dell'educatore, l'empatia del giudice. Ovvero dell'uso emotivo del potere*, in *Criminalia*, 2011, pp. 473 ss.; A. Spina, *Reati contro la famiglia*, C. F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro (a cura di.), *Trattato di diritto penale italiano*, vol. XIII, Milano, 2012, p. 320.

³⁵ Sul tema si rimanda, per tutti, a L. Goisis, *c. Una storia di "genere"*, in *Diritto penale contemporaneo*, archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 2012, pp. 1 ss. e bibliografia *ivi* citata. Per un esame dell'evoluzione normativa in tema di violenza sessuale, condotta secondo una prospettiva di genere, v. anche B. Romano, *La violenza sessuale di genere*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2021, pp. 1041 ss.

³⁶ V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano* (ed. aggiornata da P. Nuvolone e G.D. Pisapia), Torino, 1984, p. 311. Sul punto cfr. anche M. Bertolino, *Violenza e famiglia*, cit., p. 1716.

³⁷ Sull'evoluzione e il graduale superamento di questo principio consolidato, cfr. A. Szego, *Addio, marital exemption*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2013, pp. 107 ss. Nella giurisprudenza italiana, la prima condanna di un marito per violenza carnale contro la moglie è del 1976 (Corte di cassazione, 11 febbraio 1976, in Ced 134887, citata in M. Bertolino, *Violenza e famiglia*, cit., p. 1717, nt. 15).

4. Da un diritto penale *gender-neutral* alla tutela penale contro le discriminazioni di genere

Il quadro normativo descritto restituisce la cifra di un sistema penale che, per lungo tempo, ha riflesso e avallato la disparità tra generi radicata nella società. La forte impronta diseguale del Codice del 1930 è stata superata solo all'esito di un lento percorso, su cui hanno inciso sia l'entrata in vigore della Costituzione, sia le trasformazioni intervenute nel contesto sociale e culturale.

Sul primo versante, anzitutto, è stata la consacrazione del principio di uguaglianza in senso formale tra persone di diverso sesso (art. 3 Cost.), ribadito anche nel rapporto tra coniugi (art. 29 Cost.), ad aver posto le premesse per scardinare la concezione discriminatoria della donna, in specie nel contesto delle relazioni familiari³⁸: la diretta violazione di tale principio può tradursi nell'incostituzionalità della disciplina penale discriminatoria, come accaduto rispetto agli artt. 559 e 560 c.p., che la Consulta, seppur dopo un'iniziale esitazione, nel 1969 ha definitivamente dichiarato illegittimi³⁹. Sul superamento dell'impianto discriminatorio del diritto penale ha inciso, inoltre, l'affermazione del principio personalistico accolto dalla Costituzione, che non rende più invocabili ragioni di "doppia morale" maschile-femminile per giustificare deroghe alla tutela di interessi individuali della donna, tramite la creazione di aree di impunità o di attenuazione della responsabilità penale maschile.

Sul piano culturale, è stato decisivo il mutamento nella concezione della donna e delle relazioni familiari, registrato a livello normativo dalla riforma del diritto di famiglia del 1975: su questa scia si inseriscono la parziale decriminalizzazione dell'aborto volontario, secondo una prospettiva di tutela che ha messo in primo piano la salute della madre (si veda, prima, la sentenza n. 27/1975 della Corte costituzionale, di parziale incostituzionalità dell'art. 546 c.p., e, poi, la L. 22 maggio 1978, n. 194), nonché, successivamente, l'abrogazione degli istituti della causa d'onore e del matrimonio riparatore, a opera della L. 5 agosto 1981, n. 441. Infine, va menzionata l'abrogazione delle fattispecie di ratto e di seduzione con promessa di matrimonio da parte della L. n. 66/1996, che ha al contempo abbandonato l'obsoleto asservimento a finalità pubblicitiche della tutela della libertà sessuale, riformando la disciplina dei reati sessuali e collocandoli tra i delitti contro la libertà personale (art. 609-*bis* ss. c.p.).

Con le riforme menzionate, dunque, il diritto penale si è mosso nel verso di un'effettiva concretizzazione dell'ideale liberale di "neutralità" nella tutela della persona, affrancando la disciplina codicistica dai suoi originari retaggi di cultura discriminatoria e contribuendo al riconoscimento sul piano formale dell'eguale dignità e della parità di diritti tra uomo e donna. A tale obiettivo ha contribuito anche l'evoluzione giurisprudenziale, che ha gradualmente abbandonato letture discriminatorie di fattispecie in vigore (dallo *jus corrigendi* del *pater familias* ex art. 571 c.p., alla difficile configurabilità della violenza sessuale in ambito coniugale) e ha proceduto a reinterpretare l'originario impianto di tutela penale in conformità con l'ispirazione personalistica impressa dalla Costituzione.

³⁸ R. Bartoli, *La famiglia nel diritto penale*, cit., p. 9.

³⁹ Dapprima, con la sent. n. 126 del 19 dicembre 1968, la Corte costituzionale aveva dichiarato illegittimi i co. 1 e 2 dell'art. 599; infine, con la sent. n. 147 del 3 dicembre 1969, sono stati espunti l'intero art. 599 e l'art. 560 c.p. Chiamata una prima volta a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 599 c.p. al metro degli artt. 3 e 29 Cost., con sent. del 23 novembre 1961, n. 23 la Consulta aveva dichiarato la questione infondata, accogliendo l'idea per cui l'infedeltà della moglie costituirebbe una lesione dell'unità della famiglia, interesse che non sarebbe invece messo in pericolo da un tradimento isolato del marito. Come evidenziato da R. Bartoli, *La famiglia nel diritto penale*, cit., p. 9, nella prospettiva accolta da quella pronuncia, "la razionalità della differenziazione si ricava dalla presenza nella vita sociale di una differenziazione tra maschio e femmina".

L'eliminazione dei più penetranti fattori di discriminazione *in negativo* della donna ha segnato un'inversione di rotta nell'orientamento pedagogico-culturale del diritto penale⁴⁰. Da questo orizzonte concettuale, tuttavia, resta ancora escluso il problema speculare, da cui aveva preso le mosse la presente analisi: quello della tutela penale offerta *in positivo* alla donna contro violenze e discriminazioni. A essere coinvolta, in questa seconda prospettiva, non è tanto la dimensione liberale dell'uguaglianza formale, bensì quella solidaristica dell'uguaglianza in senso sostanziale (artt. 2 e 3, co. 2 Cost.), che, come noto, impegna lo Stato a intervenire nella rimozione delle situazioni di *diseguaglianza di fatto* che si oppongono alla piena ed effettiva realizzazione della libertà e dell'uguaglianza tra cittadini. Come si è rilevato (*supra*, § 1), la valorizzazione di tale principio può tradursi, sul piano del diritto penale, nella spinta "criminalizzante" all'introduzione di una tutela penale rafforzata per le categorie soggetti che, in quanto colpite da particolari condizioni di debolezza, si trovino maggiormente esposte a prevaricazioni di terzi⁴¹. Il tema si pone, con specifico riferimento alla vulnerabilità della donna nella società, rispetto alla realizzazione di una tutela penale di genere: si tratta, allora, di esaminare quali passi siano stati mossi in questa direzione dal diritto penale italiano, anche alla luce delle sollecitazioni provenienti dalla normativa sovranazionale.

4.1. Il ruolo del diritto sovranazionale

Il diritto internazionale ha prestato un contributo decisivo al superamento della tradizionale refrattarietà del diritto penale italiano al tema delle discriminazioni e della violenza di genere⁴².

La prospettiva della tutela internazionale dei diritti umani, in primo luogo, mostra la sua importanza nell'aver segnato l'abbandono della declinazione storicamente al maschile dei diritti "dell'uomo" – quale era quella accolta all'interno delle Costituzioni liberali e delle prime dichiarazioni dei diritti umani –, partecipando alla "universalizzazione" degli stessi diritti, tramite il riconoscimento della loro titolarità a prescindere da distinzioni di genere⁴³.

A questo processo di ampliamento dei diritti delle donne, inoltre, in particolare a far data dagli anni '70 del secolo scorso, si è accostato uno sforzo diretto a promuovere azioni positive di tutela contro i fatti discriminatori di genere: all'imposizione in capo agli Stati di *obblighi negativi* di tutela (comportanti il divieto di violare diritti individuali), si aggiunge, cioè, quella di *obblighi positivi* (ossia di protezione dei diritti individuali dalle violazioni perpetrate da altri individui)⁴⁴.

I primi passi in questa direzione furono compiuti in occasione della prima conferenza mondiale

40 F. Basile, *Violenza sulle donne e legge penale*, cit., p. 466.

41 A. Perin, *Giustizia egualitaria e cultura della colpevolezza*, cit., p. 25 evidenzia il duplice atteggiarsi dell'uguaglianza sostanziale rispetto al diritto penale: come principio solidaristico "criminalizzante" e come canone di ragionevolezza che, al contrario, può suggerire spazi di "depenalizzazione" in concreto per determinate categorie di soggetti, al fine di consentire loro l'effettivo esercizio di un diritto altrimenti negato.

42 Sul ruolo del diritto internazionale nel contrasto alla violenza di genere cfr. F. Macrì, *Femicidio e tutela penale di genere*, cit., pp. 27 ss.; E. Corn, *Il femminicidio come fattispecie penale*, cit., pp. 73 ss.; S. Braschi, *Protecting Women from Violence: the Impact of International Human Rights Law*, in F. Mazzacuva, M. Odriozola Gurrutxaga, N. Recchia, A. Santangelo (a cura di), *Criminal Justice in the Prism of Human Rights*, RIDP libri, Antwerpen-Apeldoorn-Portland, 2023, pp. 105 ss.; Id., *The Impact of International Human Rights Law on National Policies to Combat Domestic and Sexual Violence Against Women*, in *Diritto penale contemporaneo-Rivista trimestrale*, 2022, pp. 48 ss.

43 A. Merli, *Violenza di genere e femminicidio*, cit., p. 434.

44 S. Braschi, *Protecting Women from Violence*, cit., p. 106.

sulla donna, svoltasi a Città del Messico nel 1975, cui fece seguito, sull'onda delle risoluzioni approvate in quella sede, l'adozione nel 1979 della Convenzione ONU sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*: c.d. CEDAW, ratificata dall'Italia nel 1985). La Convenzione per la prima volta recepisce la prospettiva ideologica che ravvisa un legame tra la discriminazione e la subordinazione sociale femminile, oltre a impegnare gli Stati, sia pur genericamente, ad adottare "tutte le misure legislative e ogni altro mezzo adeguato, comprese, se necessario, le sanzioni tendenti a proibire ogni discriminazione nei confronti delle donne" [art. 2, lett. b)].

In questi primi strumenti, peraltro, non si trova ancora traccia dello specifico problema della violenza di genere: quest'ultimo iniziò a imporsi all'attenzione internazionale solo a partire dal decennio successivo, in particolare in occasione della seconda conferenza mondiale sulla donna (Copenaghen, 1980) e in successive raccomandazioni approvate dal Comitato CEDAW (nn. 12/1989 e 19/1992). Seguirono, negli anni successivi, altri passaggi che furono decisivi per l'impegno a livello politico globale nel contrasto alla violenza di genere: la Dichiarazione di Vienna sull'eliminazione della violenza contro le donne, pronunciata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite (1993)⁴⁵, e le dichiarazioni prodotte all'esito della Conferenza mondiale sulla donna di Pechino (1995). Congiuntamente, tali atti hanno raccolto l'impegno degli Stati alla promozione di cultura antidiscriminatoria, alla prevenzione e punizione delle condotte violente e, infine, alla protezione e compensazione delle vittime⁴⁶.

Peraltro, pur senza disconoscere l'indubbio rilievo politico-culturale di tali strumenti, anche nel senso di aver dato impulso a processi di riforma nazionali (in Italia v. la stessa L. n. 66/1996), va rimarcato come gli stessi si collochino ancora sul piano delle fonti di *soft law*, risultando privi di contenuto vincolante per i legislatori dei singoli Stati⁴⁷. Un impatto più significativo è stato realizzato, invece, mediante gli obblighi cogenti di incriminazione contenuti in documenti sovranazionali⁴⁸, in quest'ambito per lo più rappresentati da carte regionali a protezione dei diritti umani (oltre ad alcuni vincoli nel settore del diritto penale internazionale⁴⁹).

Limitando qui l'analisi al contesto europeo⁵⁰, viene in rilievo, anzitutto, la già citata Convenzione

⁴⁵ Ris. 48/104 del 20 dicembre 1993. La Dichiarazione di Vienna dedica un intero paragrafo (il II.42) alle forme di violenza contro le donne, sia nella vita privata sia in quella pubblica, accentuando l'importanza di lavorare per la sua eliminazione e sollecitando l'impegno degli Stati in tale direzione. La Dichiarazione contiene il riferimento, oltre che alla violenza fisica, anche a quella psicologica; specifica, inoltre, l'obiettivo di contrastare "tutte le forme di molestie sessuali, sfruttamento e tratta delle donne [...], i pregiudizi di genere nell'amministrazione della giustizia" e di sradicare "ogni conflitto che possa insorgere tra i diritti delle donne e gli effetti dannosi di certe pratiche tradizionali o abituali, di pregiudizi culturali ed estremismi religiosi".

⁴⁶ Ne sottolinea l'importanza A. Merli, *Violenza di genere e femminicidio. Le norme penali di contrasto*, cit., p. 15.

⁴⁷ Lo evidenzia S. Braschi, *The Impact of International Human Rights Law*, cit., p. 49.

⁴⁸ Sul tema degli obblighi di incriminazione di fonte internazionale, per tutti, v. S. Manacorda, *Dovere di punire? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2012, pp. 1364 ss.

⁴⁹ Cfr. in particolare gli artt. 7 e 8 dello Statuto della Corte Penale Internazionale, adottato a Roma il 17 luglio 1988, che includono tra i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra anche lo stupro, la schiavitù sessuale, la prostituzione forzata, la gravidanza forzata e la sterilizzazione forzata. Per un'analisi delle incriminazioni internazionali in materia, cfr. L. Poli, *La tutela dei diritti delle donne e la violenza sessuale come crimine internazionale. Evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, pp. 396 ss.

⁵⁰ In ambito americano, di grande importanza è la Convenzione interamericana sulla prevenzione, la repressione e l'eliminazione della violenza contro le donne (c.d. *Convención de Belém do Pará*), adottata il 9 giugno 1994. La Convenzione prevede espressamente l'obbligo degli Stati di introdurre "in their domestic legislation penal, civil, administrative and any other type of provisions that may be needed to prevent, punish and eradicate violence against women and to adopt appropriate administrative

del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, sottoscritta a Istanbul l'11 maggio 2011 (e ratificata dall'Italia con L. n. 77/2013). Oltre che per il significativo sforzo definitorio dei concetti di violenza di genere e domestica (v. *supra*, § 2), l'importanza della Convenzione di Istanbul risiede nell'aver introdotto una serie di obblighi in capo agli Stati in vista del raggiungimento degli obiettivi di prevenzione e contrasto ai fenomeni in esame (cfr. Preambolo e art. 1). Si tratta di obblighi sia preventivi, sia di protezione delle vittime, sia – per quanto più interessa la prospettiva in esame – di repressione punitiva (artt. 33 ss.): in tale direzione, la Convenzione conduce una significativa opera di tipizzazione delle più rilevanti forme di violenza di genere di cui richiede l'incriminazione, tra le quali, in particolare, figurano la violenza psicologica, gli atti persecutori, la violenza fisica, la violenza sessuale, il matrimonio forzato, le mutilazioni genitali femminili, l'aborto e la sterilizzazione forzata, le molestie sessuali⁵¹.

Altri obblighi di incriminazione sono contenuti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, alla luce dell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo: questi si ricavano dall'art. 14, che sancisce il divieto di discriminazione sulla base del sesso, oltre che dalle generali previsioni del diritto alla vita e del divieto di trattamenti inumani o degradanti (ex artt. 2 e 3 CEDU), che impegnano gli Stati a garantire un'adeguata protezione alle vittime di violenza⁵².

Infine, viene in rilievo la prospettiva dell'Unione Europea: in quest'ambito, il tema della tutela della donna si collega, in termini più generali, al principio di non discriminazione (sancito sia dall'art. 21 CDFUE sia dall'art. 10 TFUE) ed è affrontato in modo più incisivo dalla Direttiva 2012/29/UE in tema di diritti e protezione delle vittime di violenza di genere, che si segnala, oltre che per l'introduzione di una più precisa nozione di "violenza di genere" (riportata *supra*, § 2), per la previsione di garanzie di stampo processuale e per l'attenzione alle esigenze di protezione delle vittime vulnerabili. Nel 2023, inoltre, la stessa Unione Europea ha completato il processo di adesione alla Convenzione di Istanbul, vincolandosi al rispetto delle relative prescrizioni.

L'ampiezza dell'apparato sovranazionale descritto, dunque, consente di comprendere come l'evoluzione legislativa interna ne sia stata significativamente influenzata, ricevendo una spinta propulsiva per l'introduzione di discipline di contrasto alla violenza di genere. Molti interpreti, tuttavia, hanno ravvisato in tale processo alcuni effetti collaterali, derivanti, in particolare, dalla tendenza degli obblighi di incriminazione a fornire un appiglio giustificativo per interventi normativi connotati da un eccessivo (quanto inutile) rigore punitivo. In realtà, ciò sembra ascrivibile alla mancanza di capacità (o volontà) del legislatore interno di tradurre appieno le indicazioni sovranazionali, che per lo più richiedono strategie integrate, non meramente penali, di contrasto al fenomeno⁵³. La ipervalorizzazione della componente "criminalizzante" delle fonti sovranazionali può finire, così, per offuscarne il messaggio più importante, costituito dalla necessità di incidere sulla matrice (ancora) fortemente culturale della violenza di genere.

measures where necessary" [art. 7, lett. c)]. Sul ruolo di tale strumento in America Latina, in particolare rispetto all'incriminazione del femminicidio, v. E. Corn, *Il femminicidio come fattispecie penale*, cit., pp. 85 ss.; A. Perin, *Giustizia egualitaria e cultura della colpevolezza*, cit., p. 29.

⁵¹ Per un esame delle modalità di corresponsione da parte della normativa penale italiana a tali obblighi di incriminazione, v. T. Vitarelli, *Violenza contro le donne e bulimia repressiva*, in *Diritto penale contemporaneo-Rivista trimestrale*, 2020, pp. 467 ss.

⁵² Sul punto si veda la sentenza (Corte Edu, 2 marzo 2017, *Taplis c. Italia*), con cui la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per violazione degli artt. 2, 3 e 14 CEDU, a causa del mancato tempestivo e adeguato intervento delle autorità italiane per proteggere una donna e i suoi figli dalla violenza domestica perpetrata dal marito, culminata nel tentato omicidio della donna e nell'omicidio di uno dei figli. Per l'esame della giurisprudenza della Corte Edu in tema di violenza di genere si rimanda al contributo di L. Goisis in questo speciale della *Rivista*.

⁵³ T. Vitarelli, *Violenza contro le donne e bulimia repressiva*, cit., p. 466.

4.2. L'evoluzione del diritto penale italiano in materia di violenza di genere: a) gli interventi sul fronte repressivo

Le osservazioni da ultimo esposte trovano riscontro quando si passi a esaminare il percorso intrapreso negli ultimi decenni dal legislatore italiano nel segno del graduale rafforzamento della tutela della donna contro violenze e discriminazioni di genere.

In questa evoluzione, il diritto penale ha rappresentato un fronte di intervento decisivo, vuoi attraverso una vera e propria moltiplicazione di fattispecie criminose, vuoi tramite continui incrementi sanzionatori per reati già esistenti⁵⁴. Ciò è avvenuto, peraltro, senza che nel complesso venisse alterata la tradizionale connotazione neutrale del diritto penale: infatti, con la sola eccezione del delitto di mutilazioni genitali femminili (art. 583-*bis* c.p.), le nuove ipotesi criminose introdotte risultano applicabili a prescindere dal sesso della vittima o dell'autore, pur attribuendovi rilievo *implicito* tramite la tipizzazione di fatti che, sul piano criminologico, estrinsecano la violenza di genere (*infra*, § 5 ss.).

Limitandoci agli interventi più significativi che si inseriscono in questa linea politico-criminale, il punto di inizio è rappresentato dalla già ricordata L. n. 66/1996 sui delitti sessuali, sulla cui scia si pongono la L. n. 269/1998 in tema di prostituzione e di pornografia minorili (che ha introdotto gli artt. da 600-*bis* a 600-*septies* c.p.), la L. n. 228/2003 sulla tratta di persone (con cui sono stati riformulati gli artt. 600, 601 e 602 c.p.) e la L. n. 38/2006, di nuovo in tema di pedopornografia: sono tutti interventi in ambiti che intersecano la tutela di genere, pur senza essere a questa integralmente riducibili; di attinenza più specifica sono la L. n. 7/2006, che si è occupata del fenomeno delle mutilazioni genitali femminili, prevedendone l'autonoma incriminazione all'art. 583-*bis* c.p., e il D.l. n. 11/2009 (conv. in L. n. 38/2009) che ha introdotto il delitto di atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.); si può, ancora, ricordare la L. n. 172/2012 (di ratifica della c.d. Convenzione di Lanzarote) che, pur prevalentemente riguardando la tutela sessuale dei minori, ha altresì ampliato l'area di applicazione del delitto di maltrattamenti (art. 572 c.p.) ai rapporti di convivenza di fatto, consentendo di prescindere dal riscontro di vincoli familiari formali tra autore e vittima.

In diretta risposta alle sollecitazioni della Convenzione di Istanbul si pone l'approvazione, nel 2013, del provvedimento enfaticamente e impropriamente annunciato come "legge sul femminicidio" (D.l. n. 93/2013, conv. in L. n. 119/2013)⁵⁵, il quale, in realtà, non si occupava di prevedere un delitto di uccisione della "donna in quanto donna", bensì una serie di misure contro la violenza di genere. Sul fronte del diritto penale sostanziale, in particolare, non venne percorsa la strada della nuova incriminazione, propendendosi, invece, per la più contenuta alternativa dell'inasprimento della risposta sanzionatoria per previgenti reati: ciò è avvenuto, in particolare, tramite la previsione di *circostanze aggravanti*, come quella che dà rilievo allo stato di gravidanza della vittima (nei delitti contro la vita e l'incolumità individuale, in quelli contro la libertà personale e nel delitto di maltrattamenti: art. 61 n. 11-*quinquies* c.p.)⁵⁶, nonché, soprattutto, quelle che si fondano sul rapporto coniugale o affettivo tra autore e vittima (cfr. art. 609-*ter*, co. 1, n. 5-*quater* per i delitti sessuali e art. 612-*bis* co. 2 per gli atti persecutori), in tal modo consentendo di far risaltare sul piano punitivo le dinamiche relazionali in cui

⁵⁴ F. Mantovani, *La violenza di genere sotto il profilo criminologico e penale*, in *Criminalia*, 2013, p. 62.

⁵⁵ A commento della riforma possono leggersi, tra gli altri: F. Mantovani, *La violenza di genere*, cit., pp. 59 ss.; F. Macrì, *Le nuove norme penali sostanziali di contrasto al fenomeno della violenza di genere*, in *Diritto penale processo*, 2014, pp. 12 ss.; P. Pittaro, *La legge sul femminicidio: le disposizioni penali di una complessa normativa*, in *Famiglia e diritto*, 2014, pp. 715 ss.; F. Basile, *Violenza sulle donne e legge penale*, cit., pp. 463 ss..

⁵⁶ La medesima norma ha previsto anche l'aggravamento di pena in caso di commissione degli stessi delitti in danno di un minore di anni 18 o in sua presenza (quest'ultima ipotesi integra la c.d. violenza assistita).

sorgono statisticamente più numerosi gli episodi di violenza contro le donne.

A una “tentazione punitiva” di più ampio spettro il legislatore è tornato a cedere, invece, con la più recente L. n. 69/2019 (c.d. Codice Rosso), in tema di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere⁵⁷. Il provvedimento non si è, infatti, accontentato di innalzare ulteriormente i livelli edittali per le fattispecie già presenti⁵⁸ o di rimodulare in senso ampliativo alcune circostanze aggravanti⁵⁹, ma ha coniato nuove figure criminose: sono i delitti di violazione dei provvedimenti di allontanamento della casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 387*bis* c.p.), costrizione o induzione al matrimonio (art. 558*bis* c.p.), diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (c.d. *revenge porn*: art. 612*ter* c.p.), deformazione dell’aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso (art. 583*quinquies* c.p.). Come si nota, ad eccezione dell’art. 558*bis* (diretto a colpire i c.d. matrimoni forzati), non si tratta di reati la cui introduzione fosse “necessitata” dagli obblighi di criminalizzazione della Convenzione di Istanbul.

Ci soffermeremo in seguito su talune, le più significative, di queste disposizioni. Per il momento, preme rilevare come in esse confluiscono, talora si confondano, afflati opposti: l’esigenza di rispondere a reali necessità di protezione della donna, che ha sostenuto positivamente alcune delle scelte incriminatrici ricordate (si pensi, prima tra tutte, all’introduzione del delitto di c.d. *stalking*), in altri casi, invece, sembra polverizzata da discutibili operazioni di strumentalizzazione politica, ove l’arma punitiva viene impiegata più per assecondare livori populistici o rassicurare ansie securitarie collettive, che per corrispondere a effettivi bisogni di pena (o di maggior pena). In questa seconda prospettiva, in particolare, può essere valutata la tendenza all’esasperato innalzamento dei livelli di sanzione per fattispecie già severamente punite, nonché la previsione di pene elevate per i delitti di nuova introduzione, in misura spesso sproporzionata rispetto alla capacità offensiva dei fatti criminosi descritti⁶⁰.

57 Per un commento ai profili sostanziali della legge, si rinvia a M. Pierdonati, *La tutela delle persone vulnerabili con particolare riferimento all’analisi della legge 19 luglio 2019, n. 69 (c.d. “Codice Rosso”)*, in *Giustizia penale*, 2020, 176; A. Valsecchi, “Codice rosso” e diritto penale sostanziale: le principali novità, in *Diritto penale e processo*, 2020, pp. 165 ss.; ; E. Basile, *La tutela delle donne dalla violenza dell’uomo: dal Codice Rocco ... al codice Rosso*, in *Diritto penale e uomo*, <https://dirittopenaleuomo.org/>, 2019. Sulle modifiche sul versante processuale, v. L. Algeri, *Il c.d. Codice rosso: tempi rapidi per la tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Diritto penale e processo*, 2019, pp. 1363 ss.

58 Sono state notevolmente elevate le pene per i delitti di: maltrattamenti (la pena della reclusione, in precedenza compresa da 2 a 6 anni, ora va da 3 a 7 anni); atti persecutori (la pena è ora della reclusione da 1 anno a 6 anni e 6 mesi, contro la precedente cornice da 6 mesi a 5 anni); violenza sessuale (prima punita con pena da 5 a 10 anni, ora da 6 a 12; in caso di aggravanti di cui all’art. 609*ter*, la precedente cornice della reclusione da 6 a 12 anni viene ulteriormente “aumentata di un terzo”, per i casi di cui al comma 1; “della metà”, nei casi di vittima minore di quattordici anni; “raddoppiata”, nei casi in cui la vittima sia minore degli anni 10, potendo, quindi, arrivare fino a 24 anni di reclusione, mentre era, in precedenza, compresa tra i 7 e i 14 anni); violenza sessuale di gruppo (da 8 a 14 anni, contro i precedenti da 6 a 12 anni; se ricorre taluna delle circostanze di cui all’art. 609*ter* si applicano gli aumenti ivi previsti, mentre in precedenza l’aumento di pena era fino a un terzo).

59 Oltre alla maggior severità prevista per le aggravanti di cui all’art. 609*ter* (v. nota precedente), diventa più ampio anche l’aumento apportato dalla circostanza della c.d. violenza assistita o del danno a persona in stato di gravidanza per il delitto di maltrattamenti: se, in precedenza, tale incremento non poteva superare un terzo della pena base (ex art. 61, n. 11-*quinquies*), ora può arrivare “fino alla metà” (ex art. 572, co. 2). Sono state, infine, ampliate alcune circostanze aggravanti per il delitto di omicidio (art. 577, co. 1 n. 1 e co. 2).

60 Si tratta di una tendenza che, specie negli ultimi anni, è stata frequentemente denunciata da parte della dottrina italiana: cfr. T. Vitarelli, *Violenza contro le donne e bulimia repressiva*, cit.; A. M. Maugeri, *I reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*, Pisa, 2021, pp. 76 ss.; G. M. Palmieri, *La politica criminale in materia di “violenza di genere”: le mimose del legislatore*, in questa *Rivista*, 2023, pp. 150 ss.; R. Cornelli, *È populismo penale? Il contrasto alla violenza di genere nelle società punitive*, in *Giur*

4.3. (segue) b) ... e sul fronte preventivo

Oltre a intervenire sul versante repressivo, nel contrasto alla violenza di genere il legislatore ha spiegato anche una strategia preventiva, incentrata soprattutto sulla valorizzazione delle c.d. misure *ante* (o *praeter delictum*) (strumenti divenuti, ormai, appendice immancabile di ogni politica penale, soprattutto se di matrice emergenziale)⁶¹. Anche su tale fronte si osserva, peraltro, il rischio di scivolamento verso logiche di stigmatizzazione simbolica per categorie di (sospetti) autori pericolosi, rispetto a cui le misure di prevenzione consentono di intervenire in via anticipata rispetto allo strumento *stricto sensu* punitivo.

In materia di violenza di genere, il ricorso alle misure preventive è stato inaugurato dalla citata L. n. 38/2009 sul delitto di “*stalking*”⁶²: l’art. 8 ha introdotto il c.d. ammonimento, una misura di prevenzione “atipica” pensata per operare prima della proposizione della querela, tramite cui il questore, su richiesta della vittima, invita l’indiziato del reato di atti persecutori a tenere una condotta conforme alla legge e adotta eventuali provvedimenti in materia di armi e munizioni. È evidente la connotazione preventiva della misura, che fornisce un iniziale strumento di tutela per interrompere sul nascere condotte presagite evoluzioni pericolose: alla vittima viene offerta la possibilità di ottenere una reazione dell’autorità senza ricorrere all’opzione ben più gravosa (e non necessariamente desiderabile) di attivare un procedimento penale. A ciò va aggiunto un effetto di deterrenza individuale e di contenimento del rischio di reiterazione del crimine, atteso che l’applicazione della misura rende il reato commesso dall’ammonito procedibile d’ufficio, oltre a integrare una specifica aggravante.

L’ambito di applicazione dell’ammonimento, inizialmente limitato al delitto di cui all’art. 612-*bis*, è stato esteso dal D.l. n. 93/2013 (art. 3) anche ai reati di percosse e lesioni, consumati o tentati, riconducibili all’ambito della “violenza domestica” (v. *infra*, § 5.2). In questo caso, la misura può essere adottata dal questore anche in assenza di un’iniziativa della vittima, sulla base dell’assunzione delle informazioni necessarie da parte degli organi investigativi e sentite le persone informate sui fatti. Un nuovo, significativo potenziamento dello strumento preventivo è operato dalla recente L. n. 168/2023, che ha esteso la disciplina del 2009 al delitto di cui all’art. 612-*ter* c.p., e quella del 2013 ai delitti, consumati o tentati, di cui agli artt. 610, 612 co. 2, 612-*bis*, 612-*ter*, 614 e 635, sempre commessi nell’ambito di violenza domestica (quest’ultima, ora, estesa anche a comprendere la violenza assistita). La legge irrobustisce ulteriormente l’istituto estendendo l’applicabilità della connessa aggravante e della procedibilità d’ufficio rispetto a reati commessi dall’ammonito nei confronti di una persona diversa rispetto a quella per la cui tutela è stato adottato l’ammonimento⁶³.

risprudenza Italiana, 2024, pp. 980 ss.

- 61 Sull’incontrollato processo espansivo delle misure di prevenzione, cfr. per tutti M. Pelissero, *I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, pp. 439 ss. Ripercorro l’evoluzione normativa del sistema di prevenzione, sottolineandone il collegamento con le logiche dell’emergenza e dell’eccezione, in A. Costantini, *La confisca nel diritto della prevenzione. Ibricazione di modelli e limiti di legittimità*, Torino, 2022, pp. 12 ss, cui rimando anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.
- 62 L’intervento sul fronte preventivo si combinava con il potenziamento delle misure cautelari: veniva infatti estesa all’imputato del delitto di cui all’art. 612-*bis* c.p. la misura dell’allontanamento dalla casa familiare (art. 282-*bis* c.p.p., a sua volta introdotto dalla L. n. 154/2001 in tema di misure contro la violenza nelle relazioni familiari) e resa applicabile una nuova misura, riguardante il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 282-*ter* c.p.p.).
- 63 Infine, nell’ottica di accrescere il livello di protezione delle vittime, si attribuisce al prefetto la possibilità di adottare a determinate condizioni “misure di vigilanza dinamica” nei confronti del soggetto querelato o denunciato per fatti riconducibili alla violenza domestica (art. 1, co. 2, che introduce un nuovo art. 3.1. al D.l. n. 93/2013). Sulla misura dell’ammonimento, cfr. in dettaglio: A. E. Dini, *Ammonimento del questore e violenza di genere: un anello debole nella catena pro-*

L'ammonimento non costituisce, peraltro, l'unica misura di prevenzione implementata dal legislatore per far fronte al problema della violenza di genere. La L. n. 161/2017 ha, infatti, incluso gli indiziati del reato di atti persecutori tra le categorie dei soggetti a "pericolosità qualificata", ai quali, ai sensi dell'art. 4 del c.d. Codice antimafia (D.lgs. n. 159/2011), è destinata la misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale (nonché, per effetto del richiamo di cui all'art. 16, quella patrimoniale della confisca, che risulta, quindi, paradossalmente applicabile anche a forme di criminalità prive di ogni connotazione economica). Con un andamento espansivo ancora maggiore rispetto a quello osservato in tema di ammonimento, la modifica è stata presto estesa ad altre figure di autori pericolosi in tema di violenza di genere: dapprima, con il Codice Rosso del 2019, agli indiziati di maltrattamenti in famiglia, e, da ultimo, nel 2023, agli indiziati dei delitti, consumati o tentati, di omicidio e lesioni gravi o gravissime aggravati ai sensi dell'art. 577 co. 1, n. 1, e co. 2, oltre che degli indiziati dei reati di violenza sessuale e di deformazione o sfregio permanente al viso (cfr. art. 4, co. 1, lett. i-ter, D.lgs. n. 159/2011)⁶⁴.

Questa ampia infiltrazione del sistema *ante delictum* nella materia della violenza di genere pone serie riserve critiche. Le misure personali, infatti, hanno una forte portata afflittiva sulla libertà individuale, a dispetto dell'agilità dei loro presupposti sostanziali e processuali (è sufficiente il riscontro di meri indizi di commissione di un reato, al di fuori di un pieno accertamento di responsabilità penale) e, di conseguenza, dell'attenuato rigore garantistico che ne connota la disciplina: è da tempo evidenziato in dottrina come la sorveglianza speciale minacci di tradire la propria vocazione preventiva, divenendo un surrogato della pena (una "pena del sospetto"), rispetto a fatti di cui mancano le prove necessarie a sostenere una condanna in sede penale⁶⁵. Pertanto, la prevenzione negativa *ante delictum* non sconfessa, ma, al contrario, sembra porsi in linea di continuità con le politiche penali del rigore sanzionatorio e punitivo.

Considerazioni in parte diverse richiedono, invece, le modifiche normative che sono intervenute sul versante della prevenzione *post delictum*. Nella prospettiva della special-prevenzione positiva, ancora molto timidamente percorsa⁶⁶, viene in rilievo la valorizzazione da parte della L. n. 69/2019 dei c.d. percorsi di reinserimento sociale, consistenti nella partecipazione a programmi di trattamento psicologico con finalità di recupero e di sostegno, riservati agli autori di una serie di reati in materia di

tettiva?, in *Sistema penale*, 2022, pp. 75 ss.; sulle modifiche apportate dalla riforma del 2023, cfr. V. Cannas, *Violenza di genere e misure di prevenzione: continuano le modifiche al Codice rosso*, in *Diritto penale e processo*, 2024, pp. 158 ss. Più in generale, su tale recente intervento normativo, v. lo speciale a cura di A. Marandola e L. Risicato, *Le recenti modifiche al "Codice rosso": un autentico rafforzamento della tutela delle vittime?*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2024, pp. 959 ss.

⁶⁴ Sulle modifiche del 2023 v. M. Cocco, *Il potenziamento delle misure di prevenzione applicate dall'autorità giudiziaria*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2024, pp. 961 ss.

⁶⁵ La tesi delle misure di prevenzione come "pene del sospetto" è stata autorevolmente sostenuta da F. Bricola, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Atti del Convegno di Alghero, Milano, 1975, pp. 40-41 e 59; S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, II ed., Napoli, 1997, pp. 76 ss.; nella medesima prospettiva, più recentemente, A. Manna-F.P. Lasalvia, "Le pene senza delitto": sull'inaccettabile "truffa delle etichette", in *Archivio penale*, 2017, p. 1; A. Manna, *La natura giuridica delle misure di prevenzione tra diritto amministrativo e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, pp. 1064 ss. Sul tema, si veda anche lo Speciale "Delle pene senza delitto" – *Le misure di prevenzione nel sistema contemporaneo: dal bisogno di controllo all'imputazione del sospetto*, Atti del V Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (Milano, 18/19 novembre 2016), in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, pp. 399 ss.

⁶⁶ Critica in questo senso M. Bertolino, *La violenza di genere e sui minori tra vittimologia e vittimismo: notazioni brevi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2021, p. 68

violenza di genere e contro i minori⁶⁷: il nuovo art. 13-*bis* o.p. prevede che la partecipazione a tali programmi possa essere valutata positivamente ai fini della concessione dei benefici penitenziari di cui all'art. 4-*bis*, co. 1-*quinquies*⁶⁸. In quest'ottica, l'istituto è indubbiamente orientato a contenere il rischio di recidiva del reo prescindendo dall'effetto incapacitante della pena.

Il ricorso alla misura trattamentale, tuttavia, è stato declinato dal legislatore del 2019 anche in una differente prospettiva funzionale. In particolare, l'adesione ai percorsi di reinserimento diviene elemento presupposto della concessione della sospensione condizionale della pena (art. 165, co. 5, c.p., introdotto dalla L. n. 69/2019). In collegamento con la disciplina della sospensione condizionale, dunque, è la prospettiva della special-prevenzione negativa ad acquisire preminenza: la mancata partecipazione ai programmi di trattamento, infatti, diventa un dato che segnala la pericolosità del condannato, imponendone la neutralizzazione tramite l'applicazione della pena detentiva. L'obbligatorietà del percorso trattamentale ai fini della sospensione, inoltre, porta a trasfigurare lo stesso contenuto funzionale della misura, che viene ad acquisire impropri connotati di "compensazione punitiva"⁶⁹.

Anche la L. n. 168/2023 ha scelto di potenziare i percorsi trattamentali secondo una prospettiva di special-prevenzione negativa e deterrente. La novella ha ulteriormente richiesto che la partecipazione ai percorsi di recupero comporti una frequenza almeno con cadenza bisettimanale e, soprattutto, che abbia esito favorevole: in caso contrario, dovrà disporsi la revoca del beneficio. Rimane, invece, intoccato il nodo della disparità di trattamento tra condannati rispetto alle possibilità di accesso ai programmi di trattamento, considerato il mancato investimento di risorse economiche da parte del legislatore, che pone i relativi costi a carico dell'autore (come il Codice Rosso, anche la legge del 2023, all'art. 19, reitera la "solita" clausola di invarianza finanziaria)⁷⁰.

Per completezza, va ancora evidenziato come le leggi di riforma da ultimo menzionate abbiano inciso anche sul versante processuale, in un'ottica di rafforzamento della protezione delle vittime di violenza di genere o domestica dai rischi di vittimizzazione secondaria o di *escalation* della violenza. Non ci soffermiamo su questi profili, che esulano dagli scopi della presente trattazione; ci limitiamo a due cursorie considerazioni.

In primo luogo, gli interventi processuali, nel loro insieme e unitamente a quelli sul piano sostanziale, concorrono alla creazione di un binario penale separato "per tipi di vittime" (in particolare, vittime "vulnerabili"): il che, se risponde a un apprezzabile tentativo di valorizzare il ruolo e le esigenze della vittima del reato, contiene, però, anche il rischio di assecondare ulteriormente, anziché smorzare, la già descritta spirale punitiva nei confronti dei corrispondenti "tipi d'autore" di violenza di genere⁷¹.

In secondo luogo, va evidenziato il diretto collegamento tra misure processuali e tutela penale sostanziale stabilito dal reato di cui all'art. 387-*bis* c.p., che, come detto, sanziona la violazione degli ob-

⁶⁷ Si tratta dei delitti di cui agli artt. 600*bis*, 600*ter*, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'art. 600*quater*.1, 600*quinquies*, 609*quater*, 609*quinquies* e 609*undecies*, nonché agli artt. 572, 583*quinquies*, 609*bis*, 609*octies* e 612*bis* c.p.

⁶⁸ L'art. 4, co. 1*quater*, o.p. limita, invece, l'accesso ai benefici penitenziari per i condannati dei delitti di cui agli artt. 583-*quinquies*, 600*bis*, 600*ter*, 600*quater*, 600*quinquies*, 609*bis*, 609*ter*, 609*quater*, 609*quinquies*, 609*octies* e 609*undecies* c.p., subordinandolo ai "risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno".

⁶⁹ G. M. Locati, *Il contributo della giurisprudenza alla dimensione non indulgenziale della sospensione condizionale della pena*, in *Diritto penale e processo*, 2022, p. 1561. Segnala gli effetti punitivi della sospensione trattamentale anche D. Bianchi, *Le misure sospensivo-probatorie in fase decisoria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2022, p. 243.

⁷⁰ A. Catania, *Rilievi sulla natura penale dei percorsi di recupero per sex offenders. Le tre interpolazioni dell'art. 15, L. n. 168/2023*, in *Diritto penale e processo*, 2024, pp. 193 ss.

⁷¹ M. Bertolino, *La violenza di genere e sui minori tra vittimologia e vittimismo*, cit., pp. 65 ss.; da ultimo, con riguardo agli interventi della L. n. 168/2023, si leggano le riflessioni di M. Pierdonati, *Il rafforzamento della tutela delle persone vulnerabili e l'eterogenesi dei fini*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2024, pp. 989 ss.

blighi derivanti da misure cautelari finalizzate a proteggere la vittima da esacerbazioni della violenza (allontanamento dalla casa familiare e divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa): il potenziamento delle norme processuali si traduce, in questo modo, in un ampliamento della fattispecie penale, consentendo di attivare l'intervento repressivo in via fortemente anticipata rispetto all'effettiva lesione del bene protetto.

5. Il quadro attuale della tutela normativa e giurisprudenziale: la "tipizzazione implicita" della violenza di genere

Dopo aver ripercorso le principali linee evolutive della legislazione penale in materia di violenza di genere, è ora possibile individuare il punto d'arrivo di tale processo, descrivendo l'attuale articolarsi della tutela sui fronti normativo e giurisprudenziale.

Come si è anticipato, l'ordinamento penale italiano si connota per la quasi totale assenza di espliciti riferimenti al genere nella formulazione delle norme incriminatrici a tutela della persona: l'unica eccezione, già richiamata, è rappresentata dal delitto di mutilazioni genitali femminili (ove, a essere precisi, viene in rilievo il "sesso" femminile in senso biologico, piuttosto che il concetto di "genere"), se si escludono, ovviamente, quei reati la cui struttura "genderizzata" altro non è che la necessaria conseguenza del rimando a esperienze naturalistiche che possono essere vissute solo dalla donna, quali lo stato di gravidanza (delitti in tema di aborto e aggravanti *ex art.* 61 n. 11-*quinquies* c.p. e art. 572, co. 2, c.p.), il parto o la maternità (delitto di infanticidio: art. 578 c.p.).

D'altra parte, in alcuni casi, il diritto penale accorda al genere un rilievo indiretto. Ciò accade quando a essere incriminati sono fatti che, pur in sé suscettibili di essere realizzati da chiunque, sul piano criminologico rappresentano epifenomeni ricorrenti e peculiari del *genus* "violenza di genere": sono comportamenti, cioè, che nella normalità dei casi sono rivolti "contro la donna perché donna". In tali ipotesi, l'elemento del genere contribuisce a plasmare, sebbene in modo *implicito*, la struttura di tipicità oggettiva della fattispecie, pur senza intaccare la "neutralità di genere" sul piano dell'individuazione dei soggetti attivi e passivi.

A livello di tecniche di descrizione del reato, dunque, tale modello di incriminazione *non attribuisce autonoma rilevanza all'elemento (soggettivo) del movente* (il motivo di genere: v. *supra*, § 2), né al *genere di appartenenza dell'autore o della vittima*, cioè a una qualità del soggetto attivo o passivo del reato: soluzione, quest'ultima, che introdurrebbe inammissibili discriminazioni per tipi d'autore o irragionevoli restrizioni di tutela.

Il rimando alla violenza di genere trapela, piuttosto, in relazione a diversi requisiti oggettivi del fatto, quali le modalità della condotta, la tipologia di evento lesivo o, ancora, il contesto relazionale in cui l'azione viene realizzata: elementi, cioè, che esprimono un rapporto di corrispondenza empirica, statisticamente rilevante, con situazioni di violenza di genere; fermo restando, ovviamente, che il medesimo fatto verrà ugualmente punito, e con la stessa risposta sanzionatoria, anche se a commetterlo sia una donna, se la vittima sia un uomo o, ancora, se lo stesso sia commesso per motivi che nulla hanno a che vedere con l'odio di genere. Tramite questo modello, in sostanza, il legislatore assicura la reazione punitiva rispetto alla violenza di genere, pur senza riflettere sul piano della modulazione sanzionatoria eventuali *diversità di disvalore* tra i fatti commessi nei confronti di una donna in quanto donna e quelli privi di connotazione discriminatoria.

Procederemo, nei successivi paragrafi, a selezionare e descrivere le principali ipotesi in cui si esprime la tipizzazione implicita della violenza di genere.

5.1. La violenza sessuale

La prima a venire alla mente è l'incriminazione della violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.): si è già evidenziato come lo stupro sia storicamente (e, ancora oggi, prevalentemente) una forma di violenza maschile, motivata da una concezione del sesso come strumento di potere e di dominio sulla donna⁷². Proprio nella prospettiva di rafforzare la tutela sessuale della donna, la riforma del 1996 ha abrogato le previgenti fattispecie di violenza carnale e di libidine violenta (v. *supra*), che si differenziavano essenzialmente in ragione della sussistenza o meno della penetrazione, e le ha unificate nell'onnicomprensiva ipotesi di "violenza sessuale": quest'operazione si proponeva di sottolineare l'unitarietà dell'offesa all'integrità sessuale della persona, oltre che di superare i problemi di "vittimizzazione secondaria" che la precedente disciplina aveva determinato in sede processuale (rendendosi allora necessario, al fine di sussumere correttamente il fatto nell'art. 519 o nell'art. 521 c.p., costringere la vittima a una minuziosa quanto dolorosa ricostruzione dei dettagli della violenza)⁷³.

La nuova ipotesi di violenza sessuale, quindi, è costruita intorno al concetto unitario di "atti sessuali", che la vittima sia costretta o indotta a compiere o subire, rispettivamente mediante condotte di violenza, minaccia o abuso sessuale (nel caso di costrizione: comma 1), ovvero tramite abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica oppure per inganno determinato da "sostituzione di persona" (nell'ipotesi induttiva: comma 2). Ne consegue che, sotto il medesimo *nomen juris*, possono ora ricondursi fatti di gravità molto diversa, dallo stupro al tocco fugace: le differenze disvaloriali possono essere valorizzate, d'altra parte, sul piano del trattamento sanzionatorio, la cui modulabilità è garantita dall'ampiezza della cornice edittale e dalla possibilità di applicare ai fatti più lievi la circostanza della minor gravità (art. 609-*bis*, co. 3, c.p.).

D'altra parte, la genericità della nozione di "atto sessuale" lascia aperte ampie faglie per l'ermeneusi giurisprudenziale, cui è demandato il difficile compito di definire i margini di tipicità della fattispecie⁷⁴. La lettura prevalente assegna alla natura sessuale dell'atto una connotazione oggettiva, che prescinde dalla considerazione delle finalità libidinose dell'autore, ma guarda, piuttosto, alla concreta incidenza del comportamento sull'autodeterminazione sessuale della vittima. Nella delineazione di cosa *oggettivamente* sia un atto sessuale, peraltro, entrano valutazioni diverse, risultanti dalla combinazione di un criterio "anatomico", che considera la parte del corpo coinvolta (le zone genitali, ma pure quelle erogene), con i riferimenti al significato culturale dell'atto, al contesto in cui si è concretamente svolta la condotta e al rapporto esistente tra le parti. La pluralità dei parametri utilizzati inevitabilmente si traduce nella variabilità delle soluzioni concrete, spesso condizionate dalle sensibilità particolari dei giudicanti⁷⁵: a seconda dei casi, ad esempio, atti quali un bacio sulle labbra o su una

⁷² L. Goisis, *La violenza sessuale*, cit., pp. 1 ss.

⁷³ In tema, v. M. Bertolino, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, in *Studium Iuris*, 1996, pp. 401 ss., T. Padovani, *Commento all'art. 1 della legge n. 66/1996*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, 2006, pp. 7 ss.

⁷⁴ S. Seminara, *I delitti contro la persona*, in R. Bartoli, M. Pelissero, S. Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2022, pp. 173 ss.; cfr. anche F. Macrì, *Verso un nuovo diritto penale sessuale. Diritto vivente, diritto comparato e prospettive di riforma della disciplina dei reati sessuali in Italia*, Firenze 2010, pp. 17 ss.; G.M. Caletti, *Dalla violenza al consenso nei reati sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, Bologna, 2023, pp. 254 ss.

⁷⁵ Sulle tensioni con il principio di tassatività, cfr. A. Cadoppi, *La violenza sessuale alla ricerca della tassatività perduta*, in *Diritto penale e processo*, 2016, pp. 1469 ss.; G. Balbi, *Legem et iustitiam facere. La giurisprudenza e il delitto di violenza sessuale*, in *Legislazione penale*, pp. 5 ss.; A.M. Maugeri, *I reati sessualmente connotati*, cit., pp. 97 ss.

guancia sono stati considerati come aventi, oppure no, valenza sessuale⁷⁶.

Alcune sentenze hanno cercato di ovviare agli esiti iper-criminalizzanti connessi all'ampiezza della nozione di atto sessuale, "correggendo" la tipicità della fattispecie con il requisito soggettivo del fine di concupiscenza dell'autore: è andata in questa direzione la recente decisione del Tribunale di Roma – passata (impropriamente) alle cronache come la sentenza "dei dieci secondi" – con cui è stato assolto un uomo che aveva, sì, realizzato un atto sessuale (toccando per breve tempo i glutei di una studentessa), ma senza intento libidinoso⁷⁷. L'orientamento finisce, a dire il vero, per riproporre la tesi che, specie in passato, ricostruiva la natura sessuale dell'atto sulla base del criterio soggettivo della lascivia dell'autore: soluzione che consentiva di evitare, peraltro, la surrettizia introduzione di un requisito di dolo specifico non previsto dalla norma. In ogni caso, tuttavia, il *focus* sulla finalità di libidine comporta il rischio di escludere il reato in presenza di gravi offese dell'autodeterminazione della vittima (fino all'esito paradossale, effettivamente verificatosi, di non considerare violenza sessuale la sodomizzazione di una donna per scopi di umiliazione e non di soddisfazione sessuale⁷⁸): è, invece, sul fronte della connotazione oggettivamente sessuale dell'atto, e della corrispondente consapevolezza in capo all'autore (a titolo di dolo generico), che dovrebbe essere recuperata la tassatività della fattispecie.

Infine, anche su un altro versante l'art. 609-*bis* c.p. è stato oggetto di un'opera di reinterpretazione "creativa" da parte dei giudici: si allude al graduale scoloramento del concetto di "violenza", intorno a cui il legislatore, con scelta fortemente criticata, aveva inteso costruire l'ipotesi costrittiva di cui al comma 1; la lettura giurisprudenziale prescinde, di fatto, dal riscontro di tale presupposto, con conseguente trasformazione del reato in una fattispecie fondata sulla mera assenza di consenso da parte della vittima⁷⁹. Questa volta, dunque, la rivisitazione ermeneutica non si collega tanto a un intrinseco *deficit* di determinatezza normativa, quanto al tentativo di colmare un vuoto di tutela lasciato aperto dalla fattispecie, sebbene ciò avvenga al costo di un'evidente forzatura del dato letterale.

5.2. I reati espressione di violenza domestica

Tipicamente ascrivibili alla violenza di genere sono i comportamenti rientranti nella nozione di "violenza domestica", che si realizzano, dunque, in contesti familiari o para-familiari⁸⁰. La violenza dome-

⁷⁶ Cfr. ad es. Corte di cassazione, terza sezione penale, 6 luglio 2023, n. 33697, in *DeJure*, secondo cui ai fini della configurabilità della violenza sessuale "non può essere operata alcuna distinzione con riferimento all'intensità del bacio, tale da escludere la natura sessuale per i baci caratterizzati soltanto dal contatto delle labbra e riservare la nozione di atto sessuale solo quelli più penetranti, considerando che entrambe le tipologie sono idonee a ledere la libertà e integrità sessuale del soggetto passivo, concretandosi in un atto idoneo a invadere la sua sfera intima ed integrare, pertanto, uno degli elementi materiali del reato di violenza sessuale, tranne nel caso in cui si tratti di baci leggeri scambiati in contesti non erotici che ne escludano la connotazione sessuale" (nella specie, veniva condannato per violenza sessuale un uomo che, ubriaco, aveva afferrato il volto di una donna a lui sconosciuta e l'aveva baciata sulle labbra).

⁷⁷ Tribunale di Roma, quinta sezione penale, 6 luglio 2023, pubblicata su www.giurisprudenzapenale.it; a commento v. G.J. Sicignano, *La c.d. "palpata breve" nella violenza sessuale, tra fattispecie oggettiva ed elemento soggettivo*, in *Diritto penale processo*, 2024, pp. 374 ss.

⁷⁸ Corte di cassazione, terza sezione penale, 17 febbraio 2015, n. 24683, in *DeJure*.

⁷⁹ Sul punto v., ampiamente, G.M. Caletti, *Dalla violenza al consenso nei reati sessuali*, cit., *passim*.

⁸⁰ In tema, v. M. Bertolino, *Violenza e famiglia*, cit., pp. 1710 ss.; S. Braschi, *La nozione di "violenza domestica" fra tutela dei diritti umani e sistema penale*, in *Criminalia*, 2022, pp. 305 ss.

stica non è oggetto di specifica incriminazione da parte dell'ordinamento: come già ricordato, il concetto viene richiamato a livello normativo (art. 3, D.l. n. 93/2013, modificato dalla L. n. 168/2023) per individuare i destinatari della misura di prevenzione dell'ammonimento, applicabile agli indiziati di aver commesso, anche in forma tentata, i reati di lesioni personali, violenza privata, minaccia grave, atti persecutori, c.d. *revenge porn*, violazione di domicilio e danneggiamento (*supra*, § 4.3). Più precisamente, questi reati sono considerati realizzati nell'ambito di "violenza domestica", quando si concretino in "uno o più atti, gravi ovvero non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo matrimoniale o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivide o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima"⁸¹.

Peraltro, la fattispecie criminosa che più di ogni altra offre un baluardo contro le violenze (non letali) realizzate in ambiente domestico è il reato di maltrattamenti contro familiari o conviventi (art. 572 c.p.), che conferisce specifico rilievo all'esistenza di un rapporto di familiarità o convivenza tra autore e vittima: la norma punisce, con la reclusione tra tre a sette anni (pena inasprita nel 2019), "chiunque maltratta una persona della famiglia o comunque convivente" (ovvero, al di fuori del contesto familiare, "una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte")⁸².

A differenza dell'art. 609-*bis*, l'art. 572 appartiene all'originario tessuto normativo del Codice penale, avendo mantenuto la sua formulazione sostanzialmente immutata dal 1930 a oggi. A essere completamente cambiato, tuttavia, è il ruolo di tutela svolto dalla fattispecie nei confronti degli abusi perpetrati nelle relazioni strette. Nelle circostanze storiche in cui nasceva, infatti, la norma non era pensata per proteggere i soggetti più deboli (moglie e figli) dalle violenze e soprusi del *pater familias* – comportamenti che erano, invece, tollerati se non legittimati (v. *supra*, § 3) –, bensì per reprimere i soli "eccessi" violenti che pregiudicassero l'interesse dello Stato a mantenere l'unità dell'istituzione familiare, vero e proprio oggetto giuridico della fattispecie. I profondi mutamenti che, nei decenni successivi, hanno coinvolto l'idea di famiglia sui piani giuridico, sociale e culturale hanno condotto a una rilettura, costituzionalmente conforme, della dimensione offensiva del reato, oggi funzionale alla tutela della *persona* all'interno del nucleo familiare, oltre che di *qualsiasi forma di famiglia* (non solo di quella intesa in senso tradizionale)⁸³.

In quest'opera di rivisitazione della fattispecie si è rivelato, ancora una volta, essenziale il contributo del diritto vivente. A quest'ultimo si deve, in primo luogo, l'estensione dell'applicabilità del reato anche al di fuori della famiglia in senso giuridico-formale, poi recepita dal legislatore nel 2012 mediante l'inclusione tra i soggetti passivi del reato della persona "comunque convivente" (una modifica che si riflette anche sulla formulazione della rubrica dell'art. 572, che da "maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli" diventa "maltrattamenti contro familiari e conviventi"). In secondo luogo, all'intento di ampliare la tutela per le vittime di violenza domestica si ricollega l'interpretazione espansiva dell'elemento materiale del reato, resa possibile dall'estrema indeterminatezza e laconicità del dato legislativo, che si limita a descrivere la condotta tramite il generico verbo "maltrattare": a tale concetto

81 La definizione, come si può notare, ricalca quella di cui all'art. 3 della Convenzione di Istanbul: v. *supra*, § 2.

82 Sul delitto di maltrattamenti, cfr. A. Spena, *Reati contro la famiglia*, in C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, *Trattato di diritto penale*, Milano, 2012, pp. 347 ss.; R. Bartoli, *La tutela della persona dalle aggressioni violente*, cit., pp. 199 ss.; A. Roiati, *La fattispecie dei maltrattamenti contro familiari e conviventi. Tra interventi di riforma, incertezze interpretative e prospettive de iure condendo*, in *Diritto penale contemporaneo-Rivista trimestrale*, 2022, pp. 184 ss.; T. Trinchera, *Maltrattamenti contro familiari o conviventi: tra riforme già compiute e riforme ancora da scrivere*, in *Diritto penale e processo*, 2023, pp. 697 ss.

83 Sull'evoluzione del concetto di famiglia, A. Spena, *Reati contro la famiglia*, cit., pp. 1 ss.; R. Bartoli, *La famiglia nel diritto penale*, cit., pp. 1 ss.; A. Vallini, *Il diritto penale alla prova di "vecchi" e "nuovi" paradigmi familiari*, cit., pp. 283 ss.

viene, infatti, riportata qualunque forma di ripetuta vessazione o umiliazione della vittima, che si traduca per quest'ultima in una sofferenza di natura fisica o anche solo psicologica⁸⁴. Infine, la giurisprudenza ha, in alcuni casi, applicato il delitto di maltrattamenti anche a prescindere dalla coabitazione con la vittima⁸⁵ ovvero al di fuori dell'ambiente *stricto sensu* familiare, come accaduto rispetto al fenomeno del *mobbing* lavorativo, considerato suscettibile di integrare l'art. 572 quando insorga all'interno di un contesto relazionale di natura para-famigliare⁸⁶.

Per inciso, va ancora segnalato come un'analogia rivisitazione in chiave evolutiva abbia investito la contigua, e più lieve, ipotesi di cui all'art. 571 c.p. (v. *supra*, § 4), dalla cui area di tipicità la giurisprudenza ha escluso qualunque forma di violenza familiare, sul presupposto che la violenza non possa mai costituire un "mezzo di correzione" lecito e, come tale, suscettibile di abuso⁸⁷.

5.3. Le violazioni nella sfera intima della vittima: dagli atti persecutori al "revenge porn"

Tra i reati sintomatici di violenza di genere rientra anche la fattispecie di atti persecutori, introdotta all'art. 612*bis* c.p. dal D.l. n. 11/2009. La norma intende, infatti, colpire una tipologia comportamentale realizzata, anche se non esclusivamente, più sovente da uomini nei confronti di donne, che non viceversa: il c.d. *stalking* consiste in molestie assillanti di vario genere (pedinamenti, forme di esercizio di controllo, ricerca di contatti telefonici o personali, comunicazioni intrusive, minacce), che possono originare da differenti tipi di squilibrio nelle dinamiche relazionali (ad es. un'infatuazione non corrisposta, l'incapacità di accettare la fine di una relazione, la pretesa di esercitare un controllo sul partner o ex partner). Già prima dell'introduzione dell'art. 612-*bis* molti di questi comportamenti, isolatamente considerati, potevano essere inquadrati in specifiche fattispecie di reato (ad es. minaccia, violenza privata, violazione di domicilio, molestie): si trattava di incriminazioni, tuttavia, che non riuscivano a esprimere la dimensione unitaria e ripetuta delle molestie persecutorie, né la peculiare incidenza offensiva di tali fatti sull'equilibrio psichico della persona offesa, turbato da sentimenti di inquietudine, ansia e angoscia. A sostegno della nuova incriminazione, inoltre, si è sottolineato come gli atti perse-

⁸⁴ *Ex multis*, Corte di cassazione, prima sezione penale, 22 aprile 2021, n. 28955, in *DeJure*.

⁸⁵ Secondo l'orientamento citato, il reato ex art. 572 c.p. è configurabile anche in presenza "di un rapporto familiare di mero fatto desumibile, in assenza di una convivenza stabile, dall'avvio di un progetto di vita basato sulla reciproca solidarietà e assistenza nonché caratterizzato da potenziale stabilità": *ex plurimis*, Corte di cassazione, sesta sezione penale, 6 novembre 2019, n. 5457, in *DeJure*. Nello stesso ordine d'idee, si inquadra l'affermazione secondo cui "la convivenza materiale è solo un eventuale aspetto estrinseco del fatto originario del legame affettivo, produttore una convivenza psicologica, determinata da continui rapporti strette relazioni che dovrebbero generare rispetto e solidarietà e che invece diventano precondizione delle sopraffazioni": Corte di cassazione, terza sezione penale, 20 marzo 2022, n. 18079, in *DeJure*. Per il contrario orientamento, che richiede invece la coabitazione della vittima, v. *ex multis* Corte di cassazione, sesta sezione penale, 11 ottobre 2022, n. 38336, in *Giurisprudenza italiana*, 2023, pp. 917 ss., con nota di A. Aimi, *Il delitto di maltrattamenti quando non vi è coabitazione tra imputato e vittima*. In quest'ultima direzione si è pronunciata anche la Corte costituzionale, con sentenza n. 98/2021, che aveva censurato l'effetto analogico *in malam partem* della tesi che, di fatto, oblitera il requisito della convivenza.

⁸⁶ Cfr. Corte di cassazione, sesta sezione penale, 7 giugno 2018, n. 39920, in *DeJure*, relativa a un caso di *mobbing* nei confronti di una donna, cognata del datore di lavoro. Più recentemente, cfr. ancora Corte di cassazione, sesta sezione penale, 14 giugno 2023, n. 38306, in *DeJure*.

⁸⁷ V. da ultimo Corte di cassazione, sesta sezione penale, 28 febbraio 2023, n. 17558, in *DeJure*. In tema v. per tutti A. Vallini, *L'eccesso dell'educatore, l'empatia del giudice, cit.*, pp. 476 ss.

cutori siano spesso prodromici a successive intensificazioni di carattere violento, ove accada che l'ossessione si trasformi in odio, poi in vendetta e, infine, in volontà di punire la persona, provocando le lesioni o, addirittura, la morte⁸⁸.

La complessità e l'eterogeneità criminologica dei fenomeni di *stalking*, d'altra parte, risultano difficili da tradurre sul piano della tipicità della fattispecie penale. Si spiega, per questa ragione, la scelta legislativa di formulare in termini il più possibile ampi la condotta del delitto di atti persecutori, che l'art. 612-*bis* si limita a identificare alternativamente in "minacce" o "molestie", con la precisazione che deve trattarsi in ogni caso di azioni "reiterate", secondo lo schema del reato abituale. Per il resto, la tipizzazione del fatto risulta costruita intorno ai possibili *effetti* cagionati dalla condotta persecutoria sulla sfera emotiva e psichica della vittima, vale a dire, in via alternativa: (i) "un perdurante e grave stato di ansia o di paura", oppure (ii) "un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona [alla vittima] legata da relazione affettiva", o ancora (iii) la costrizione "ad alterare le proprie abitudini di vita". La natura psichica degli eventi lesivi, peraltro, comporta anche in questo caso inevitabili margini di vaghezza descrittiva, che si riverberano sulla difficoltà dell'accertamento in sede processuale⁸⁹.

Deve, infine, evidenziarsi come anche lo *stalking* sia suscettibile di rientrare nel concetto di violenza domestica, ove realizzato nel contesto di attuali o pregresse relazioni matrimoniali o sentimentali: il che avviene, anzi, nella maggior parte dei casi registrati⁹⁰. A questa costante criminologica si rivolge la circostanza aggravante di cui al comma 2 dell'art. 612-*bis* c.p., applicabile quando il fatto sia commesso "dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa".

Tra le forme comportamentali *lato sensu* violente sul piano psicologico, e che ancora una volta colpiscono in prevalenza le donne nel contesto di relazioni affettive, si inquadra anche il fenomeno del c.d. *revenge porn*, che nel lessico comune indica la diffusione a opera di uno dei partner, per vendicarsi della fine del rapporto sentimentale, di materiali (come foto o video) di natura intima, realizzati consensualmente ma destinati a rimanere privati. Il recente dilagare di tali episodi si pone in stretta connessione con lo sviluppo tecnologico e la pervasività dei mezzi comunicativi informatici, che amplificano anche i risvolti offensivi del fatto, innescando nella vittima sentimenti di vergogna e umiliazione, tanto forti da condurla, nei casi più drammatici, alla decisione di suicidarsi.

Alla repressione di questo fenomeno risponde la nuova fattispecie criminosa, introdotta dal Codice rosso del 2019, rubricata "diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti" (art. 613-*ter* c.p.)⁹¹. Il reato, peraltro, è formulato in modo da presentare un ambito di applicazione più ampio ri-

⁸⁸ S. Seminara, *I delitti contro la persona*, cit., p. 148.

⁸⁹ Le censure di indeterminatezza della fattispecie sono, però, state respinte dalla Corte costituzionale, che nella sentenza n. 172/2014 ha evidenziato come il diritto vivente abbia fornito una lettura sufficientemente precisa degli elementi costitutivi del reato. Per un commento critico, cfr. F. Giunta, *Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, pp. 2738 ss.

⁹⁰ V. i dati riportati da M. Bertolino, *Violenza e famiglia*, cit., p. 1727: nel 73,9% dei casi di *stalking*, le vittime sarebbero legate all'autore da una precedente relazione sentimentale.

⁹¹ Sull'art. 612-*ter*, v. G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di Internet. L'art.612-*ter* c.p. e l'incriminazione della pornografia non consensuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, pp. 2045 ss.; N. Amore, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo cybercrime disciplinato dall'art. 612-*ter* c.p.*, in *Legislazione penale*, 2020, pp. 1 ss.; E. Lo Monte, *L'art. 612-*ter* c.p. Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti. Tra buoni propositi, denegato diritto all'oblio e "morti social"*, Torino, 2021; C. Paonessa, *Ai confini del c.d. "revenge porn". Tessere di un mosaico normativo*, in *Criminalia*, 2021, pp. 283 ss.; M. Bianchi, *L'incriminazione del "revenge porn": il nuovo delitto di "diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti"*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (a cura di), *Diritto penale*, Tomo III, *I delitti con-*

spetto al fenomeno del *revenge porn* in senso stretto, estendendosi anche ai fatti compiuti da soggetti altri rispetto alle parti della relazione, nonché a comportamenti motivati da fini diversi dalla vendetta: non è raro che, nella prassi, la diffusione di materiali intimi sia esterna alla coppia o sia realizzata per schernire o umiliare la vittima o, ancora, avvenga per ragioni economiche o di mero soddisfacimento sessuale⁹².

L'art. 612ter prevede due diversi reati (entrambi puniti con la reclusione da 1 a 6 anni e con la multa da 5 a 15mila euro), in cui medesima è la condotta di diffusione di materiali sessuali destinati a rimanere privati, realizzata "senza il consenso"⁹³ della vittima che vi è rappresentata. Differenti sono, però, i presupposti della condotta, i soggetti attivi e l'elemento soggettivo del reato: nel 1 comma, l'autore della divulgazione, punito a prescindere dallo scopo perseguito, è individuato in colui che abbia in precedenza formato o sottratto le immagini o video; nel 2 comma, si punisce colui che abbia "ricevuto o comunque acquisito" da altri il materiale, mentre la condotta diffusiva deve essere sostenuta dal dolo specifico di "recare nocimento" alla persona offesa. Nel suo complesso, la formulazione ha destato molte perplessità tra i commentatori, non solo per la vaghezza di alcune espressioni usate – non è chiaro, ad esempio, cosa si intenda per "immagini o video sessualmente espliciti"⁹⁴ – ma anche per l'irragionevolezza di alcune soluzioni adottate, ad esempio quella di equiparare sul piano sanzionatorio l'invio del materiale a una sola persona e la propagazione a un pubblico indeterminato, oppure quella di punire la diffusione per fini non vendicativi solo se realizzata dal creatore o sottrattore "iniziale" dell'immagine o video⁹⁵.

È stata denunciata, infine, la sproporzione insita nell'elevato trattamento sanzionatorio della fattispecie: ciò è ancor più evidente se si considera la previsione di due ulteriori circostanze aggravanti, con cui si attribuisce rilievo a situazioni – rispettivamente, l'uso di strumenti informatici e la commissione del reato da parte del coniuge, anche separato o divorziato, o di persona che è o è stata legata alla vittima da una relazione sentimentale (art. 612ter, comma 3) –, le quali, in realtà, rappresentano le modalità più ricorrenti di configurazione del reato⁹⁶.

5.4. I reati "culturalmente motivati": in particolare, la tipizzazione del fattore culturale in tema di violenza di genere

Proseguendo nella rassegna delle figure criminose concepite in funzione di contrasto alla violenza di genere, una considerazione a parte meritano quelle ipotesi tramite cui il legislatore incrimina compor-

tro la libertà morale, Torino, 2022; G. Panebianco, *La diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti: tra carenze della fattispecie incriminatrice e coadiuvanti extrapenali*, in questa *Rivista*, 2022, pp. 1 ss.

92 Per una riflessione sulla complessa definizione della dimensione offensiva della fattispecie, v. N. Amore, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale*, cit., pp. 1 ss.

93 Sull'interpretazione del requisito della non consensualità della diffusione, v. ampiamente G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di Internet*, cit., pp. 2075 ss.

94 Cfr. E. Lo Monte, *L'art. 612-ter c.p., cit.*, pp. 99 ss., che auspica un intervento di precisazione da parte del legislatore, eventualmente ricalcando la definizione di pornografia minorile ex art. 600ter c.p.; meno critica G. Panebianco, *La diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*, cit., p. 9, che valuta in senso favorevole l'elasticità della formula, la quale "vanta il pregio di una duttilità in sede interpretativa che dovrebbe consentirne un più agevole adeguamento al mutare dei costumi".

95 G. Panebianco, *La diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*, cit., pp. 11 ss.

96 Lo rileva C. Paonessa, *Ai confini del c.d. "revenge porn"*, cit., p. 296.

tamenti, lesivi della libertà o della dignità di persone di sesso femminile, i quali corrispondono a usanze e pratiche considerate invece lecite (se non addirittura doverose) in altri contesti culturali.

Il tema della tutela penale di genere qui interseca quello della tensione del diritto penale con il fenomeno del multiculturalismo⁹⁷, legato in particolare ai flussi migratori dell'età contemporanea, cui si riconnette la possibile insorgenza di contrasti, talvolta radicali, tra il sistema valoriale della cultura dominante, sul quale si è costruito l'ordinamento giuridico, e i codici etico-comportamentali cui, invece, aderiscono gli appartenenti a gruppi culturali, etnici o religiosi minoritari. In tale contesto, si parla di "reati culturalmente motivati"⁹⁸ per descrivere quei fatti, integranti illeciti penali nel sistema normativo "posto" dal gruppo culturale di maggioranza, che sono realizzati da soggetti appartenenti a un gruppo culturale di minoranza, quando "lo stesso comportamento, nella cultura del gruppo di appartenenza dell'agente, è invece condonato, o accettato come normale, approvato, o addirittura è incoraggiato o imposto"⁹⁹.

La violenza di genere costituisce una delle aree maggiormente paradigmatiche della rilevanza in ambito penale dei "fattori culturali": si pensi, in particolare, all'adesione di gruppi minoritari a convenzioni sociali o a regole religiose di stampo patriarcale o, ancora, a precetti che comunque veicolano una posizione di inferiorità della donna all'uomo. Rispetto al tema che ci occupa, peraltro, la rilevanza dei reati culturalmente orientati può risaltare da due diverse prospettive.

Un primo versante del problema riguarda i casi, segnalati dalla prassi applicativa, in cui la componente culturale risulta in concreto determinante nella *genesì motivazionale* di reati *lato sensu* espressivi di violenza di genere. Ciò accade, in particolare, quando il comportamento criminoso sia realizzato per la necessità di obbedire a, o perché consentito da, precetti etico-religiosi o consuetudini radicate nella cultura di provenienza: si pensi a una violenza sessuale commessa contro la moglie, culturalmente approvata come espressione di una prerogativa maritale. Lo stesso è a dirsi quando il reato venga realizzato per imporre il rispetto di regole o pratiche di culto ad altre persone appartenenti alla medesima cerchia culturale: ad es. violenze, lesioni, maltrattamenti, sequestri di persona, riduzioni in schiavitù, finanche omicidi, commessi nei confronti di mogli, figlie o sorelle per punirne o impedirne l'avvicinamento a modelli di comportamento ritenuti troppo "occidentali". Sono tutte ipotesi in cui il *movente culturale* viene a coincidere con il *movente di genere*: per meglio dire, il motivo discriminatorio rispetto al genere si qualifica in modo specifico per la sua derivazione culturale. Vedremo oltre come l'esistenza di un simile movente possa incidere sul piano della responsabilità penale dell'autore del reato (*infra*, § 6).

Vi è, però, anche una seconda possibile ricaduta del fattore culturale in materia di reati di genere: si tratta dei casi in cui determinate pratiche o consuetudini, proprie di (o comunque maggiormente diffuse in) gruppi culturali "minoritari" nel contesto giuridico italiano, sono rese oggetto di *diretta incriminazione*, sul presupposto del loro carattere offensivo per beni giuridici individuali che meritano superiore tutela. L'elemento culturale, dunque, interseca la stessa *tipicità del reato*, nel senso che questa conferisce rilievo a condotte normalmente condizionate dal formante culturale dell'agente. La tecnica di tipizzazione è del tutto analoga a quella osservata rispetto ai reati di violenza di genere (v. *supra*, § 5): si mantiene ferma la neutralità del precetto (rivolto a "chiunque"), nonché l'irrelevanza del

97 Percorre questa prospettiva d'indagine O. Di Giovine, *Multiculturalismo e violenza contro le donne*, in *Archivio penale*, 2018, pp. 115 ss.

98 Sul tema sono fondamentali i contributi monografici di C. De Maglie, *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010; F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010; A. Provera, *Tra frontiere e confini. Il diritto penale nell'età multiculturale*, Napoli, 2018. Cfr. anche G. De Francesco, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, in A. Bernardi (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani e pena*, Torino, 2006, pp. 139 ss.

99 F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, p. 41 s.

movente della condotta, ma si puniscono comportamenti che, sul piano empirico, si qualificano ordinariamente per l'appartenenza etnica del soggetto attivo e per la loro "motivazione culturale".

A tale modello di incriminazione sono riconducibili, nel nostro ordinamento, due norme rilevanti in tema di violenza di genere.

La prima è l'art. 583-*bis*, rubricato "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili"¹⁰⁰: la norma punisce distintamente le *mutilazioni* (1 comma: reclusione da 4 a 12 anni) e le mere *lesioni* a organi genitali femminili (2 comma: reclusione da 3 a 7 anni), queste ultime solo se arrecate con il dolo specifico di menomare le funzioni sessuali della donna. Non sono, in ogni caso, punite le MGF praticate per "esigenze terapeutiche". La seconda ipotesi di reato di "violenza di genere" culturalmente motivata è l'art. 558-*bis*, introdotto dalla L. n. 69/2019, che punisce con la reclusione da 1 a 5 anni i fatti di costrizione (comma 1) e di induzione al matrimonio (comma 2), in tal modo proponendosi di contrastare il fenomeno dei c.d. matrimoni forzati¹⁰¹.

Entrambe le ipotesi, dunque, danno rilievo a comportamenti per lo più motivati da ragioni culturali e che, anche nelle convenzioni internazionali che ne impongono la criminalizzazione (v. *supra*, § 4.1), sono considerati tipiche espressioni di violenza di genere. Il diritto penale si inserisce, in tal modo, nel conflitto ideologico tra istanze femministe e multiculturalismo¹⁰², prendendo posizione a favore delle prime: l'idea veicolata è che sia necessario offrire ai diritti femminili una tutela incondizionata, non sacrificabile in virtù di un'esigenza di rispetto delle diversità culturali. La stigmatizzazione simbolica di tradizioni o pratiche che mettono in pericolo l'integrità fisica o la libertà personale della donna può, inoltre, assolvere a una funzione di prevenzione generale positiva, oltre che contribuire alla "conoscibilità" del precetto all'interno della società multiculturali. La medesima prospettiva, tuttavia, sembra viziata da un certo paternalismo culturale, nella misura in cui non sembra considerare l'eventualità che la donna scelga autonomamente di sottoporsi a pratiche culturali in cui si definisce la sua identità nel gruppo di appartenenza: si pensi, ad esempio, alla difficile prospettabilità dell'esimente del consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.) per il reato di cui all'art. 583-*bis*, in caso di consenso della donna a pratiche di mutilazione o lesione permanente dell'integrità fisica (tali da superare il generale limite di disponibilità posto dall'art. 5 c.c.).

L'ultima notazione evidenzia un ulteriore profilo problematico, comune, in realtà, a tutti i reati culturalmente orientati: ci si chiede, cioè, se il ruolo svolto dal condizionamento culturale nella commissione di reati (nella specie, di violenza di genere) possa in qualche modo incidere sui profili di tipicità, anti-giuridicità o colpevolezza del fatto¹⁰³. Per l'esame di tali profili, però, conviene rinviare al seguito, quando ci si soffermerà più precisamente sul tema della rilevanza penale del movente discriminatorio: il problema della "culturalità" del movente di genere va, infatti, ben oltre le dinamiche tipiche della società multiculturali, riguardando non solo i reati commessi da immigrati, ma anche da cittadini italiani.

100 Per l'esame della fattispecie nel quadro dei reati culturalmente orientati v. De Maglie, *I reati culturalmente motivati*, cit., pp. 36 ss. e A. Provera, *Tra frontiere e confini*, cit., pp. 179 ss.

101 Sul tema, v. C. Rigoni, *I matrimoni forzati: una prospettiva europea*, in *Foro italiano*, 2023, pp. 135 ss.; a commento della fattispecie di recente introduzione, v. A. Sbarro, *Il delitto di "costrizione o induzione al matrimonio" ex art. 558-bis c.p.: alcune riflessioni critiche*, in *Legislazione penale*, 2022, pp. 1 ss.

102 O. Di Giovine, *Multiculturalismo e violenza contro le donne*, cit.

103 In generale, rispetto ai reati culturalmente orientati, cfr. ampiamente F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., spec. pp. 364 ss.; C. De Maglie, *I reati culturalmente motivati*, cit., pp. 165 ss.; A. Provera, *Tra frontiere e confini*, cit., pp. 222 ss. Per una declinazione nell'area dei delitti sessuali, A. Vallini, *I reati culturalmente motivati e l'ambito paradigmatico dei delitti sessuali*, in P. Felicioni, A. Sanna (a cura di), *Contrasto a violenza e discriminazione di genere*, Milano, 2019, pp. 97 ss.

6. Femminicidio e lesioni personali di genere. L'arma a doppio taglio delle aggravanti incentrate sulla relazione familiare o affettiva

Abbiamo sin qui passato in rassegna le principali figure criminose specificamente introdotte sul piano del contrasto alla violenza di genere: come si è visto, sono ipotesi che, pur senza menzionare il genere sul piano della tipicità, si prestano, sul piano interpretativo, a fornire una risposta ai fenomeni "caratterizzanti" della violenza di genere (violenza sessuale, violenza domestica, *stalking*). In relazione a questi ultimi, pertanto, è possibile concludere nel senso che l'attuale diritto penale non presenta reali *vuoti di tutela*: anzi, in più occasioni, si è censurata la tendenza opposta a un "eccesso punitivo", derivante soprattutto dagli elevati livelli sanzionatori previsti.

La violenza di genere, d'altra parte, può evidentemente riscontrarsi anche in comportamenti già integranti, sul piano della tipicità oggettiva, forme "ordinarie" di criminalità contro la persona, che presentano un'area di incidenza criminologica solo in parte (e non in prevalenza) intersecante con la fenomenologia discriminatoria di genere: si pensi a reati di omicidio, lesioni personali, percosse, minacce, sequestri di persona, e così via. Quel che consentirebbe di denotare detti fatti criminosi in termini di violenza di genere – sempre sul piano criminologico – sarebbe l'eventuale movente discriminatorio che ne sostenga la realizzazione: tuttavia, sul piano normativo, in forza della scelta "neutrale" operata dal legislatore italiano, a tale elemento non è attualmente assegnata autonoma rilevanza penale all'interno di specifiche fattispecie incriminatrici o circostanze aggravanti. Non esiste, ad esempio, un reato *ad hoc* di femminicidio, né uno di lesioni personali "di genere"¹⁰⁴: la tutela penale per fatti di femminicidio o di lesioni personali connotate in relazione al genere della vittima è affidata alle fattispecie di carattere generale.

Ciò non significa che il diritto penale italiano neghi qualsivoglia attenzione ai fenomeni in esame: si tratterà, di nuovo, di una rilevanza implicita.

In primo luogo, il legislatore ha cercato di riflettere il disvalore peculiare dei comportamenti in analisi tramite la previsione di autonome fattispecie di lesioni personali, poste in rapporto di specialità con l'ipotesi-base di cui all'art. 582 c.p.: oltre al reato di mutilazioni genitali femminili, viene in rilievo la fattispecie di deformazione e sfregio permanente al viso, già prevista in origine tra le ipotesi aggravate delle lesioni personali gravissime (art. 583, co. 2, n. 4), e, nel 2019, resa un'autonoma figura criminosa mediante la sua trasposizione nell'art. 583-*quinquies*. Anche questa norma tipizza una modalità aggressiva ricorrente nel contesto della violenza di genere, vale a dire una forma di reazione vendicativa dell'uomo "umiliato" nei confronti della donna che abbia scelto di terminare la relazione sentimentale: tramite la condotta lesiva si esprime, infatti, l'intento dell'autore di eliminare i connotati del volto della vittima in modo da "annullarla" come persona umana. La specifica tipizzazione di tali comportamenti riveste, peraltro, una valenza prevalentemente simbolica, riflessa anche nell'elevatissimo compendio sanzionatorio (dagli 8 ai 14 anni), che non sarà più neppure neutralizzabile tramite la disciplina del bilanciamento delle circostanze, attesa la trasformazione della fattispecie in reato autonomo.

Al di fuori dei casi particolari delle pratiche di MGF e di sfregio al volto, si segnala la previsione di una serie di *circostanze aggravanti* tramite cui il legislatore conferisce risalto sul piano sanzionatorio a elementi che rimandano al *contesto* in cui tipicamente sorgono le forme più gravi di violenza contro le donne. Questa tecnica di tutela viene impiegata, per quanto in particolare concerne i fatti di "femminicidio", all'interno del sistema di aggravanti disegnato per il delitto di cui all'art. 575 c.p..

Vi sono, anzitutto, alcune circostanze che determinano l'applicabilità dell'ergastolo quando l'omicidio sia commesso "in occasione" di ulteriori condotte criminose, a loro volta sintomatiche di

¹⁰⁴ Sul tema si rinvia ai riferimenti bibliografici citati *supra*, § 2, nt. 14; cfr. anche L. Goisis, *Genere e diritto penale*, cit., pp. 18 ss.

violenza, che nella prassi si rivelano spesso prodromiche all'evento morte della vittima (per lo più femminile). Si tratta, più precisamente, dei delitti di: maltrattamenti, deformazione o sfregio permanente al viso, violenza sessuale e violenza sessuale di gruppo, atti sessuali con minorenne, prostituzione e pornografia minorile, atti persecutori (cfr. art. 576, co. 1, n. 5, c.p., come modificato dalle L. n. 38/2009 e L. n. 172/2012).

Ancor più significative per il tema in esame sono le fattispecie aggravate fondate sull'esistenza di una particolare *relazione familiare o affettiva* tra l'autore e la vittima¹⁰⁵, che, come si è visto, costituisce una delle principali costanti criminologiche del femminicidio (v. *supra*, § 2): l'art. 577 co. 1, n. 1, in particolare, applica la pena dell'ergastolo se il fatto è commesso "contro l'ascendente o il discendente [...] o 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"; il comma 2 della stessa disposizione prevede che la reclusione sia da 24 a 30 anni, se il fatto è commesso "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, il fratello o la sorella, l'adottante o l'adottato [...], il padre o la madre adottivi, o il figlio adottivo, o contro un affine in linea retta".

La "relazione affettiva" tra agente e vittima, come già evidenziato, costituisce circostanza aggravante anche di altre fattispecie incriminatrici (cfr. art. 609*ter*, comma 1, n. 5-*quater*; art. 612*ter*, comma 3, art. 612-*bis*, comma 2) e risponde all'intento di colpire la violenza di genere nelle forme della violenza domestica. In questa direzione va richiamata anche la circostanza comune dell'abuso di relazioni domestiche, di cui all'art. 61, n. 11 c.p..

Alle aggravanti "relazionali" previste per l'omicidio, inoltre, il legislatore ha conferito natura "blindata", sottraendole, cioè, al giudizio di bilanciamento con eventuali circostanze attenuanti concorrenti (art. 577, co. 3, c.p., introdotto dalla L. n. 69/2019). Alla prova della prassi, tuttavia, tale previsione si è rivelata un'arma a doppio taglio nel contrasto alla violenza di genere: vero è, infatti, che la "blindatura" consentiva l'applicazione di un più elevato trattamento punitivo per *gran parte* dei femminicidi (quelli che, come si è detto, sono commessi in contesti di preesistenti relazioni familiari o affettive tra le parti), sottraendo alla discrezionalità del giudice il potere di neutralizzare l'aggravio sanzionatorio tramite la dichiarazione di prevalenza di concorrenti attenuanti; nondimeno, è vero anche che tali fattispecie aggravate – e, con loro, la regola preclusiva del bilanciamento – erano destinate a trovare applicazione a prescindere non solo dal genere di appartenenza dell'autore del reato (il che non desterebbe, ovviamente, criticità), ma anche dalla presenza di qualunque "motivazione di genere" che segnalasse il disvalore del femminicidio.

Ciò comportava, allora, l'impossibilità di impedire l'aumento sanzionatorio persino quando dell'uccisione del partner fosse accusata una donna vittima di precedenti violenze e abusi, che avesse agito in un momento di esasperazione o per paura di subire future violenze: eppure, sebbene non integranti le condizioni richieste per l'integrazione della legittima difesa (neppure, di norma, in forma putativa)¹⁰⁶, tali situazioni sono spesso espressive di un minor disvalore, che potrebbe ad esempio es-

¹⁰⁵ Su tali circostanze v. A. Spina, *Relazioni familiari e circostanze del reato*, in M. Bertolino (a cura di), *Reati contro la famiglia*, cit., pp. 343 ss.

¹⁰⁶ La giurisprudenza di legittimità è rigorosa nel richiedere, infatti, l'accertamento del requisito di *attualità* del pericolo, escludendo dall'area di applicazione della scriminante ogni ipotesi di difesa preventiva o anticipata (v. ad es. Corte di cassazione, prima sezione penale, 21 giugno 2018, n. 48291). In dottrina propone una lettura favorevole a riconoscere la legittima difesa alla vittima di violenza domestica C. Pecorella, *La legittima difesa delle donne. Una lettura del diritto penale oltre pregiudizi e stereotipi*, Milano, 2022; *Id.*, *Violenza domestica e legittima difesa*, in *Diritto penale contemporaneo-Rivista trimestrale*, 2022, pp. 1 ss. Per l'esame di un'interessante pronuncia di merito che ha valorizzato un'interpretazione meno rigorosa della scriminante putativa *ex art. 59 co. 4 c.p.*, tale da far rilevare anche una semplice percezione soggettiva di isolamento e so-

sere riflesso dal riconoscimento dell'attenuante della provocazione per fatto ingiusto altrui (art. 62, co. 1, n. 2 c.p.). Ebbene, proprio la casistica, purtroppo non infrequente, degli omicidi di partner (o genitori) maltrattanti ha evidenziato l'effetto paradossale della disciplina in esame, ossia la necessità di punire con l'ergastolo autori che, alla luce di una commisurazione della pena proporzionata al fatto concreto, meriterebbero un'attenuazione del rigore sanzionatorio.

Su questo profilo di irragionevolezza nella disciplina dell'art. 577, co. 3, c.p. è recentemente intervenuta la Corte costituzionale (sentenza n. 197/2023)¹⁰⁷: la Consulta ha, infatti, dichiarato la norma in contrasto con i principi di uguaglianza di trattamento, di proporzionalità e di individualizzazione della pena garantiti dagli artt. 3 e 27 Cost., nella parte in cui non consenta al giudice di valutare come prevalenti le circostanze attenuanti generiche (art. 62-*bis* c.p.) ovvero l'attenuante della provocazione. Per effetto della dichiarazione di incostituzionalità, pertanto, il giudice viene rimesso nell'esercizio dell'ampio potere discrezionale previsto dalla disciplina generale del bilanciamento delle circostanze: con l'ulteriore conseguenza che l'aggravio sanzionatorio disposto dai primi due commi dell'art. 577 potrà, ora, essere neutralizzato dal riconoscimento di concorrenti circostanze attenuanti (in particolare, di quelle generiche) anche nei casi di femminicidio "in senso stretto".

Quanto osservato consente di trarre una prima conclusione sul livello di tutela offerto dall'ordinamento penale italiano rispetto alle forme di violenza di genere di carattere "letale". Come già osservato per le altre tipologie di violenza, non mancano strumenti per contrastare il fenomeno sul piano repressivo (e non si riscontrano, di conseguenza, lacune di tutela). Più controversa è l'idoneità della disciplina delle aggravanti "speciali" a introdurre una corrispondenza biunivoca tra aumento di pena e supposto maggior disvalore dei femminicidi rispetto agli omicidi "ordinari": l'operatività dell'aumento viene, infatti, sostanzialmente a dipendere dalle valutazioni discrezionali del giudice, nell'ambito dell'esercizio del potere commisurativo della pena (sul punto si tornerà *infra*, § 8.4).

7. Le ipotesi "ignorate" dalla legge: *hate speech* e atti discriminatori

Al di fuori dell'area della c.d. violenza di genere, il tema della discriminazione della "donna in quanto donna" non ha ricevuto esplicita considerazione da parte del legislatore penale. Le altre manifestazioni che avevamo ascritto all'ampia nozione della discriminazione di genere (v. *supra*, § 2), infatti, non sono state coinvolte dal processo di rafforzamento punitivo, né sul piano della specifica incriminazione, né su quello della previsione di circostanze aggravanti.

Quanto al c.d. *gender hate speech*, sono assistiti da tutela penale solo i fatti che rientrino nella fattispecie ordinaria di diffamazione (art. 595 c.p.), eventualmente aggravata dal mezzo pubblicità (co. 3) laddove, come di frequente accade, siano commessi tramite internet, in particolare su *social network*¹⁰⁸. Mancano, invece, appigli normativi per riflettere sul piano sanzionatorio il movente d'odio o

litudine della donna maltrattata, cfr. R. Battistoni, *L'omicidio del coniuge maltrattante: tra legittima difesa (putativa) e proporzionalità della pena in astratto*, in *Sistema penale*, 2023, pp. 117 ss.

¹⁰⁷ Corte costituzionale, 30 ottobre 2023, n. 197, Pres. Sciarra, red. Viganò, su cui v. M. Pelissero, *Rigidità della legge e complessità delle relazioni interpersonali: la fragilità dei limiti al giudizio di bilanciamento delle circostanze di fronte alla vulnerabilità individuale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2024, pp. 161 ss., e S. Prandi, *L'incostituzionalità del divieto di bilanciamento dell'aggravante dell'omicidio di prossimità: il giudice tra equità e legalità*, in *Diritto penale e processo*, 2024, pp. 625 ss.

¹⁰⁸ V. ad es. Corte di cassazione, quinta sezione penale, 25 marzo 2022, n. 10762, in *DeJure*, che precisa la configurabilità del reato pur in assenza di indicazione puntuale dei nomi delle persone offese, sempre che queste siano obiettivamente individuabili.

il disvalore discriminatorio espresso dall'offesa.

D'altra parte, non tutti i discorsi d'odio sono riconducibili al reato di diffamazione o ad altre figure criminose che in vario modo incriminano espressioni di pensiero (es. l'istigazione a delinquere ex art. 414 c.p.): si pensi a condotte di propaganda di idee misogine, ovvero a istigazioni a commettere atti discriminatori o atti violenti per motivi di genere.

Lo stesso è a dirsi, poi, per tutti gli "atti discriminatori" che non rientrano in nessuna delle fattispecie penali sopra analizzate: può di nuovo richiamarsi il caso del c.d. *mobbing*, che può rivestire rilevanza penale nei limiti ristretti della sua sussumibilità entro le ipotesi di maltrattamenti in famiglia o di atti persecutori¹⁰⁹.

In tutti questi casi, dunque, la mancata considerazione dell'elemento di genere non incide sulla possibilità di quantificare la pena, ma, ancor prima, sulla stessa (ir)rilevanza penale della condotta. Ciò costituisce l'effetto della mancata considerazione dell'odio e del motivo di genere ai fini dell'integrazione dei reati di propaganda, istigazione e atti discriminatori di cui all'art. 604-*bis* c.p., che conferiscono rilievo al solo odio razziale o etnico e ai motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (v. *infra*, § 9).

8. La mancata rilevanza penale del movente di genere: la giurisprudenza tra attività suppletiva e ambivalenze interpretative

Occorre, a questo punto, soffermarsi sulla questione più specifica della rilevanza penale del c.d. *motivo di genere*, quale elemento che individua il *quid proprium* della fenomenologia criminale in esame. Come si è visto, il motivo di genere non trova esplicito riconoscimento da parte della legge penale, non integrando alcun requisito costitutivo di fattispecie, criminosa o circostanziale che sia. Nemmeno è considerato all'interno dell'aggravante "comune" di cui all'art. 604-*ter* c.p., che – con analogia asimmetria rispetto a quella poc'anzi osservata a proposito dell'art. 604-*bis* – attribuisce rilievo (in realtà, non a moventi ma) a "finalità" discriminatorie o di odio diverse rispetto a quelle di genere: più precisamente, l'aggravio sanzionatorio è applicabile a tutti i reati punibili con pena diversa dall'ergastolo "commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità".

Ciò posto, occorre però chiedersi se, a livello giurisprudenziale, tale elemento sia in qualche modo preso in considerazione ai fini della valutazione dei profili di responsabilità penale del fatto, ovvero di quelli commisurativi della pena.

Nell'assumere questa prospettiva d'indagine, sembra importante sottolineare l'area di reciproca interferenza tra il problema del movente di genere e quello dei reati culturalmente orientati (*supra*, § 5.4): sia perché, in alcuni casi, il movente culturale può "comprendere" quello di genere; sia perché lo stesso movente di genere presenta tratti intrinseci di culturalità, potendo risultare il portato di *deficit* educativi o dell'adesione a una distorta cultura dei "rapporti di genere" che, pur in via minoritaria, manifesta tratti di pervicace resistenza in molti contesti interni alla società italiana.

Quanto osservato, se suggerisce di procedere a una trattazione unitaria dei due profili¹¹⁰, lascia

¹⁰⁹ Per gli opportuni riferimenti, anche giurisprudenziali, si rimanda al contributo di G. Gentile, *La rilevanza penale del "mobbing" tra fattispecie e tipo*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2022, pp. 527 ss.

¹¹⁰ Per spunti in tal senso v. A. Vallini, *I reati culturalmente motivati*, cit., pp. 110 ss.; si veda anche l'ampia rassegna di applicazioni giurisprudenziali operata da F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., pp. 165 ss.

trapelare anche il carattere profondamente ambivalente del ruolo “penalistico” del movente di genere: invero, a seconda della prospettiva valutativa assunta (ma pure, più di sovente, della sensibilità personale del giudicante), il medesimo elemento motivazionale può colorarsi di significati opposti nell’atto di riverberarsi sui profili di gravità oggettiva e soggettiva del fatto.

8.1. Motente di genere e scriminanti

Non sembrano esserci dubbi, alla luce dell’attuale prassi giurisprudenziale, circa l’inidoneità del formante culturale-di genere a giustificare la commissione di reati attraverso la scriminante dell’esercizio di un diritto, integrata dal richiamo alla libertà religiosa *ex art. 19 Cost.*, a norme di diritto straniero o a consuetudini culturali: né la libertà religiosa, né norme culturali, né leggi di Stati esteri potrebbero mai legittimare la violazione dei diritti fondamentali della donna, tra cui quelli alla vita, all’integrità personale, alla libertà sessuale; tali interessi fondamentali, infatti, devono essere considerati in ogni caso prevalenti rispetto al contrapposto diritto all’identità culturale del soggetto attivo, escludendosi in tal caso che l’adesione a precetti normativi del gruppo di provenienza possa far venir meno l’antigiuridicità del reato.

La Corte di Cassazione, in questo senso, ha affermato che “lo 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) non può invocare, neppure in forma putativa, la scriminante dell’esercizio di un diritto 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”¹¹¹. In un altro caso, la rilevanza della c.d. scriminante culturale è stata negata in relazione al delitto di riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.), commesso da un imputato Rom che, secondo una tradizione diffusa nel gruppo di appartenenza, aveva promesso in sposa la figlia minore, senza il consenso di quest’ultima, a fronte di un prezzo in denaro: secondo la Cassazione, la lesione dello *status libertatis*, su cui si fonda lo stesso riconoscimento della persona umana, infrange il “nucleo irrinunciabile dei diritti fondamentali che traccia un limite alla tolleranza nei confronti dei comportamenti culturalmente motivati e allo stesso esercizio, in tali forme, del diritto all’identità culturale”¹¹².

8.2. Motente di genere e fatto tipico

L’irrelevanza del fattore culturale sul piano dell’antigiuridicità, ai fini dell’integrazione di reati lesivi di beni giuridici fondamentali, non impedisce che tale elemento possa in astratto investire la configurabilità di altri elementi strutturali del reato. Sul fronte della tipicità oggettiva, ad esempio, la motivazione culturale è suscettibile di condizionare il contenuto di elementi normativi “*stricto sensu* cultura-

¹¹¹ Corte di cassazione, terza sezione penale, 29 gennaio 2015, n. 14960, in *De Jure*; cfr. anche, in un caso di violenza sessuale, Corte di cassazione, terza sezione penale, 20 novembre 2019, n. 7590, *ivi*.

¹¹² Corte di cassazione, quinta sezione penale, 13 maggio 2021, n. 30538, in *Cass. pen.*, 2022, pp. 204 ss.

li¹¹³, che per natura definiscono il loro significato alla luce dell'orizzonte sociale in cui il fatto concretamente si manifesta. Si pensi alla nozione di "atto sessuale" di cui agli artt. 609-*bis* ss. (*supra*, § 5.1), che può essere condizionata dalla valenza o meno erotica assegnata a un certo comportamento all'interno del contesto culturale, sociale o familiare in cui è realizzato (ad esempio, il "bacio sulla bocca" usato nella tradizione russa come segno di saluto¹¹⁴); nondimeno, la valorizzazione di circostanze culturali non può portare a disconoscere la natura sessuale di atti che siano oggettivamente invasivi della sfera di intimità sessuale e dell'integrità personale della vittima¹¹⁵.

8.3. Movente e colpevolezza

Risulta più complessa la valutazione dell'impatto del movente culturale o di genere sui profili soggettivi dell'illecito. Si dice probabilmente l'ovvio se si osserva che la commissione di un reato per ragioni *lato sensu* culturali (ad esempio, allo scopo di conformarsi a un precetto della cultura di provenienza) non esclude la *volontà* della sua realizzazione, richiesta ai fini dell'integrazione del dolo (che non va, appunto, confuso con il motivo, ossia la ragione psichica della condotta). Desta perplessità, da questo punto di vista, la (peraltro isolata) decisione di merito che ha escluso il dolo del delitto di maltrattamenti in capo a un padre, il quale aveva in alcune occasioni percosso e segregato la figlia per impedirle di conformarsi a stili di vita "occidentali", sul presupposto che, nella sua concezione culturale, perseguisse un intento educativo¹¹⁶.

Maggiore permeabilità al fattore culturale potrebbe invece ravvisarsi rispetto al profilo intellettuale del dolo¹¹⁷: si pensi all'eventualità che, in virtù dell'influenza di consuetudini culturali o di carenze formative e affettive, il soggetto attivo di un reato di violenza sessuale percepisca in modo erroneo l'esistenza del consenso della persona offesa (*rectius*, non ne percepisca il dissenso).

Tuttavia, nell'accertamento del consenso della persona offesa – integrante elemento (negativo) implicito delle fattispecie di violenza sessuale –, la giurisprudenza tende a far prevalere esigenze di tutela della vittima: si afferma, da un lato, che il dissenso del soggetto passivo deve presumersi (escludendolo solo a fronte di una positiva manifestazione di consenso, ancorché tacita)¹¹⁸; dall'altro, che l'errore del soggetto attivo sul consenso ricade sul precetto ed è, quindi, inescusabile *ex art.* 5

113 A. Vallini, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 114.

114 Corte di cassazione, terza sezione penale, 2 luglio 2007, n. 25112.

115 Corte di cassazione, terza sezione penale, 9 gennaio 2023, n. 19972.

116 Corte d'appello di Bologna, 6 ottobre 2006, R. e Altri, citata in A. Vallini, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 123; la pronuncia è commentata da C. Grandi, *Una dubbia decisione in tema di maltrattamenti in famiglia motivati dal fattore culturale*, in *Diritto penale e processo*, 2008, pp. 498 ss.

117 La giurisprudenza, tuttavia, lo esclude. Si veda Corte di cassazione, sesta sezione penale, 21 gennaio 2021, n. 9517, in *DeJure*: "In tema di maltrattamenti, il basso livello culturale del marito non è idoneo ad escludere il dolo, non essendovi spazio per ipotizzare l'inconsapevolezza di ledere l'integrità fisica e morale della moglie e di ferirne la dignità di donna e di moglie con le continue umiliazioni, volgarità e minacce rivolte".

118 V. ad es. Corte di cassazione, terza sezione penale, 17 giugno 2022, n. 32846: "In tema di violenza sessuale, non sussiste in capo alla vittima un onere di espressione del dissenso alla intromissione di soggetti terzi nella propria sfera sessuale, dovendosi al contrario ritenere, proprio in ragione dell'intimità della dimensione personale attinta, che tale dissenso sia da presumersi e che pertanto sia necessaria, ai fini dell'esclusione dell'offensività della condotta, una manifestazione di consenso del soggetto passivo che quand'anche non espresso, presenti segni chiari ed univoci che consentano di ritenerlo esplicitato in forma tacita".

c.p.¹¹⁹. Quest'ultima conclusione non sembra correttamente distinguere l'errore sulla necessità (normativa) del consenso all'atto sessuale (errore sul precetto *ex art. 5 c.p.*), dall'errore di fatto sulla concreta manifestazione del consenso da parte della persona offesa (il quale, a rigore, dovrebbe integrare un errore sul fatto che esclude il dolo, *ex art. 47 c.p.*): la seconda ipotesi descrive, del resto, una situazione non insolita, se si considera che il consenso può esprimersi tramite atti concludenti, i quali potrebbero assumere diverso significato a seconda della cultura di appartenenza dei soggetti coinvolti.

Proprio il tema di influenza culturale sulla percezione del consenso è al centro di una recente decisione di merito, in cui due giovani adulti italiani sono stati assolti dall'accusa di violenza sessuale di gruppo ai danni di una coetanea, alla luce della considerazione secondo cui il dolo del reato fosse escluso dalla "percezione distorta" degli imputati circa il dissenso della vittima (pur espressamente manifestato); l'errore, a sua volta, sarebbe stato condizionato "da un'inammissibile concezione pornografica delle loro relazioni con il genere femminile, forse derivante da un *deficit* educativo e comunque frutto di una concezione assai distorta del sesso"¹²⁰. Al di là delle profonde perplessità che, sul piano della valutazione nel merito, suscita l'idea che carenze formative e culturali possano essere idonee a impattare sulla capacità di rappresentazione del dissenso in un rapporto sessuale di gruppo, sul piano giuridico appare corretta l'incidenza dell'errore di percezione sul profilo del dolo. Vicende di questo tipo, peraltro, in prospettiva di riforma, potrebbero suggerire l'opportunità che la violenza sessuale, una volta costruita interamente sull'assenza di consenso (v. *supra*, § 5.1), sia punita anche a mero titolo colposo¹²¹.

Pare, invece, poco plausibile che, in materia di reati di violenza di genere, il fattore culturale possa incidere sotto il profilo, ancora inerente alla colpevolezza, dell'esigibilità della conoscenza del precetto (art. 5 c.p., secondo la prospettiva indicata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 364/1988): è difficile che un mero *deficit* di integrazione linguistica o culturale possa rendere inevitabile e, dunque, scusabile, l'*ignorantia legis* rispetto a reati di immediata gravità come quelli di cui si parla. Né, secondo la giurisprudenza, possono trovare spazio altre ragioni di inesigibilità soggettiva derivanti dal condizionamento culturale del soggetto, cui altri "abbia imposto un proprio modello culturale improntato ad autoritarismo maschilista"¹²².

8.4. Movente e *quantum* della pena

In definitiva, sono rari i casi in cui alla motivazione di genere – a sua volta, quasi esclusivamente qualificata sul piano culturale – può riconoscersi la capacità di escludere la responsabilità penale dell'autore per il fatto. Più significativo è il possibile impatto sulla quantificazione della pena, sia per il tramite di circostanze aggravanti o attenuanti, sia sul piano della commisurazione della pena alla luce dei criteri *ex art. 133 c.p.*: quest'ultima norma, in particolare, attribuisce rilievo ai motivi a delinquere tra gli elementi per misurare la "capacità a delinquere" del colpevole¹²³.

Il profilo commisurativo, tuttavia, è più difficilmente ricostruibile sulla base dell'esame della giurisprudenza di legittimità, trattandosi di elementi che entrano prevalentemente nei giudizi di merito.

119 Cfr. da ultimo Corte di cassazione, terza sezione penale, 19 aprile 2023, n. 19599.

120 Cfr. gli stralci riportati a livello giornalistico, ad es. in E. Messina, *Violenza sessuale di gruppo su una 18enne, assolti perché «hanno frainteso il suo consenso»*, in *Corriere della Sera*, 17 agosto 2023.

121 In tema G.M. Caletti, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali, cit., passim*.

122 In tema di maltrattamenti, cfr. Corte di cassazione, quinta sezione penale, 25 marzo 2019, n. 21133, in *DeJure*.

123 In materia di motivo culturale, v. F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati, cit.*, pp. 424 ss.

Dalla lettura delle sentenze della Corte di cassazione maggiori indicazioni possono trarsi, invece, considerando il piano delle circostanze del reato, sebbene il dato prevalente sia l'estrema variabilità delle soluzioni adottate. A risultare incerta non è solo la sussumibilità del motivo di genere in una o in un'altra fattispecie circostanziale, ma, ancor prima, la stessa qualificazione in senso *positivo o negativo* del "segno valoriale" da riconoscersi all'elemento. Così, si riscontrano decisioni che inquadrano la motivazione di genere in circostanze aggravanti tese a riflettere la maggiore intensità della colpevolezza dell'agente (ad es. motivi abietti o futili, crudeltà, premeditazione); altre, invece, attribuiscono al medesimo dato fattuale una valenza mitigatrice della rimproverabilità soggettiva (ad es. valorizzando per la concessione delle circostanze attenuanti generiche, *ex art. 62-bis c.p.*).

Paradigmatica è, in tal senso, la giurisprudenza sull'inquadramento della gelosia, spesso indiziante la motivazione di genere del delitto.

Alcune pronunce fanno rilevare la gelosia nell'ambito dell'aggravante comune dei motivi abietti o futili (art. 61, co. 1, n. 1, c.p.). In taluni casi, si riconosce come motivato da ragioni "abiette" – quindi ignobili e spregevoli – l'omicidio che "sia compiuto non per ragioni di gelosia collegate ad un sia pur abnorme desiderio di vita in comune, ma sia espressione di spirito punitivo nei confronti della vittima considerata come propria appartenenza, della quale pertanto non può tollerarsi l'insubordinazione": è interessante notare, peraltro, come tale conclusione sia stata espressamente giustificata richiamando il "comune sentire nell'attuale momento storico che attribuisce sempre maggiore rilevanza alla libertà di autodeterminazione"¹²⁴. Talora, si ravvisa invece l'aggravante della "futilità" del motivo per l'omicidio per gelosia, ponendo l'accento sul fatto che la spinta motivazionale sia innescata da "uno stimolo esterno di tale levità, banalità e sproporzione, rispetto alla gravità del reato, da apparire, secondo il comune modo di sentire, assolutamente insufficiente a provocare l'azione criminosa, tanto da potersi considerare, più che una causa determinante dell'evento, un mero pretesto per lo sfogo di un impulso violento"¹²⁵. La distinzione tra omicidi motivati da gelosia (movente futile) e quelli invece animati da spirito punitivo e da senso di appartenenza della vittima (movente abietto) risulta peraltro poco chiara in concreto, considerato che nella genesi motivazionale dei femminicidi le due prospettive tendono a sovrapporsi.

In altre pronunce, la medesima condizione di gelosia dell'autore è stata valutata in senso completamente opposto, vuoi escludendone la capacità di riflettere una maggior riprovevolezza soggettiva, vuoi, addirittura, riconoscendone una valenza di attenuazione della responsabilità.

Nel primo verso, si può citare la decisione che, in linea di continuità con sentenze più risalenti¹²⁶, ha escluso l'aggravante dei futili motivi per un omicidio motivato da gelosia morbosa, sintomatica di un atteggiamento possessivo dell'autore, perché tale sentimento "costituisce uno stato passionale che per la coscienza collettiva non è tale da costituire una ragione inapprezzabile di pulsioni illecite"¹²⁷.

¹²⁴ Corte di cassazione, prima sezione penale, 22 settembre 1997, n. 9590; *Id.*, 1° ottobre 2019, n. 49673, in *DeJure*. Cfr. anche Corte di cassazione, quinta sezione penale, 2 febbraio 2017, n. 33250, *ivi*, che ha rinvenuto l'aggravante dei motivi abietti in un omicidio motivato dalla reazione dell'imputato al rifiuto della persona offesa di assecondarlo sessualmente. Secondo la Cassazione, infatti, "non appare revocabile in dubbio che tale movente abbia il crisma dell'abiezione, cioè della spregevolezza, essendo ignobile e rivelatore di un grado tale di pervasività nell'agente da destare un profondo senso di ripugnanza di ogni persona di media moralità".

¹²⁵ Corte di cassazione, prima sezione penale, 6 maggio 2022, n. 35338, in *DeJure*; *Id.*, 9 giugno 2021, n. 39323, *ivi*. Cfr. ancora Corte di cassazione, quinta sezione penale, 21 maggio 2019, n. 44319, *ivi*, sull'idoneità della gelosia a integrare l'aggravante di cui all'art. 61 co. 1 n. 1, "che giustifica un giudizio di maggiore riprovevolezza dell'azione e di più accentuata pericolosità dell'agente, per la futilità della spinta motivazionale che ha determinato a commettere il reato".

¹²⁶ Corte di cassazione, 23 giugno 1970, n. 1574, citata in M. Bertolino, *La violenza di genere*, cit., p. 75.

¹²⁷ Corte di cassazione, 4 maggio 2009, n. 18187, *ibidem*.

Nella seconda direzione, vengono in rilievo le sentenze che si spingono a vedere nella gelosia un elemento di debolezza del reo e, dunque, di attenuazione della colpevolezza: ad esempio, sono state riconosciute le attenuanti generiche *ex art. 62-bis c.p.* all'autore di un femminicidio che aveva agito spinto da "una soverchiante tempesta emotiva e passionale"¹²⁸.

Va, invece, evidenziato come la gelosia, quale "stato emotivo o passionale", non sia suscettibile di escludere l'imputabilità del soggetto attivo (art. 90 c.p.), salvo i casi in cui essa converga in un vero e proprio "delirio di gelosia" tale da integrare il vizio di mente¹²⁹.

Quanto al movente culturale, esso è stato valorizzato, ad esempio, al fine di escludere la configurabilità dell'aggravante dei futili motivi in relazione a un caso di tentato omicidio, perpetrato da un padre nei confronti della figlia, poiché si era sentito disonorato dal comportamento della giovane, che aveva trasgredito i precetti dell'Islam tramite rapporti sessuali senza essere sposata e con un ragazzo di un'altra religione; la Cassazione, pur sottolineando che tale motivazione non potesse ritenersi condivisibile nell'attuale società occidentale, ha ritenuto che la stessa non potesse essere considerata una spinta ad agire né lieve né banale¹³⁰.

9. Riflessioni conclusive: i limiti di plausibilità di un diritto penale antidiscriminatorio "di genere"

Terminata la ricognizione normativa e giurisprudenziale sulla tutela penale approntata, nel nostro ordinamento giuridico, contro i fenomeni della violenza e discriminazione di genere, si può finalmente rispondere alla domanda, da cui si era partiti, se il diritto penale italiano offra strumenti sufficienti e adeguati a rispondere ai problemi criminali descritti.

Un primo profilo attiene all'esistenza di vuoti di tutela nell'attuale legislazione penale. La risposta è senz'altro negativa per i fatti riconducibili sotto l'ombrello criminologico della violenza di genere, a fronte di un nutrito armamentario di fattispecie che, pur senza dare espresso rilievo al genere, consentono di dare un'ampia (spesso eccedente) risposta punitiva. La stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, quando ha condannato l'Italia per violazioni dei diritti di vittime di violenza di genere, ha riscontrato *deficit* sul piano della mancanza di misure positive di protezione delle vittime di violenza¹³¹, nonché dell'utilizzo di linguaggio discriminatorio nei provvedimenti giudiziari¹³², mai anche sul fronte dell'apparato normativo di stampo repressivo.

Una parziale latitanza del diritto penale si riscontra, invece, sul piano della mancata repressione del c.d. *gender hate speech* (ove non sussumibile entro il reato di diffamazione *ex art. 595 c.p.*) o degli atti discriminatori privi di carattere violento, a fronte della loro esclusione dall'area di rilevanza penale dell'art. 604-*bis* c.p. (v. *supra*, § 7). In altri casi, la mancata tipizzazione del genere opera solo sul piano del *quantum* della pena di reati autonomamente puniti, non consentendo di far corrispondere lo specifico disvalore segnalato dalla genesi motivazionale del crimine.

L'opzione politico-criminale adottata dal legislatore italiano è criticata da alcuni interpreti, che ritengono auspicabile l'introduzione di fattispecie espressamente connotate rispetto al genere (quale sa-

¹²⁸ Corte di Assise d'Appello di Bologna, 14 novembre 2018, in *Diritto penale contemporaneo*, 11 marzo 2019.

¹²⁹ Corte di cassazione, prima sezione penale, 24 giugno 2020, n. 20487. Sul tema, di recente, cfr. L. Franceschetti, *Stati emotivi o passionali e genere: i termini di una relazione problematica*, in *Legislazione penale*, 2024, pp. 1 ss.

¹³⁰ Corte di cassazione, prima sezione penale, 18 dicembre 2013, n. 51039, in *DeJure*.

¹³¹ Corte Edu, 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*, su cui v. *supra*, § 4.1., nt. 52.

¹³² Corte Edu, 27 maggio 2021, *J.L. c. Italia*.

rebbe, ad esempio, un reato o un'aggravante di "femminicidio"¹³³). In senso contrario si esprime altra parte della dottrina, che evidenzia come l'introduzione di tutele penale differenziate tra generi non farebbe che perpetuare, anziché combattere, una visione maschilista del rapporto tra le persone, sottintendendo l'inferiorità della donna rispetto all'uomo¹³⁴.

A tale ultima obiezione, in realtà, potrebbe di per sé ovviarsi scongiurando una declinazione del riferimento al genere esclusivamente "al femminile", in modo che la stessa possa prestarsi ad attribuire rilievo a discriminazioni più ampie (v. *supra*, § 1). Vi sono, piuttosto, altre considerazioni alla luce delle quali valutare la plausibilità dell'intervento penale, sia che si consideri l'elemento discriminatorio come fondamento dell'*an* dell'incriminazione, sia che se ne valuti l'incidenza sul *quantum* sanzionatorio.

Per un verso, norme penali antidiscriminatorie con portata direttamente incriminatrice possono ritenersi legittime nel contrasto a fatti che violano il "diritto al riconoscimento"¹³⁵ nelle relazioni sociali, come precipitato del principio di pari dignità tra gli individui. Da questo punto di vista, risulta del tutto irragionevole la mancata considerazione del genere all'interno delle fattispecie di cui all'art. 604-bis c.p.: a prescindere dalle considerazioni sulle problematicità che pongono queste ipotesi, in particolare rispetto ai rapporti con la libertà di manifestazione del pensiero, con il principio di determinatezza e con quello di offensività, non è sostenibile la limitazione del loro ambito di applicazione solo ad alcuni, e non ad altri, fattori discriminatori, se è vero che "genere, orientamento sessuale e identità di genere, al pari del colore della pelle o dell'appartenenza etnica, fanno parte dell'identità, non modificabile, di una persona"¹³⁶. In questa direzione andava la proposta contenuta nel disegno di legge "Zan", presentato nella scorsa legislatura e, tuttavia, affossato dal Parlamento prima della definitiva approvazione¹³⁷: il provvedimento si proponeva, infatti, di aggiungere al novero delle discriminazioni cui già espressamente il legislatore attribuisce rilevanza penale (quelle fondate su razza, etnia, nazione e religione), anche quelle fondate sul sesso, il genere, l'orientamento sessuale, l'identità di genere e la disabilità¹³⁸.

Altro tema è l'opportunità di considerare il fattore di genere sul piano del *quantum* sanzionatorio, ossia come elemento costitutivo: (i) di autonome fattispecie speciali con valore "differenziale" rispetto a reati-base privi di connotazione di genere, ovvero (ii) di circostanze aggravanti.

Anche in questo caso, va ritenuta irragionevole l'attuale scelta legislativa di attribuire rilievo aggravante a diversi fattori discriminatori, escludendo il genere: è quel che si è segnalato a proposito dell'art. 604-ter c.p., la cui estensione alla finalità di discriminazione e odio di genere potrebbe rivelarsi

133 Per questa seconda opzione propende, ad es., L. Goisis, *Genere e diritto penale*, cit., pp. 18 ss.

134 A. Merli, *Violenza di genere e femminicidio*, cit., pp. 458 ss.

135 M. Pelissero, *Discriminazione, razzismo e diritto penale fragile*, cit., p. 1020.

136 M. Pelissero, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, cit., p. 1021.

137 Tra i numerosi contributi al dibattito che ha circondato il provvedimento, v. M. Pelissero, *Il disegno di legge Zan: una riflessione sul percorso complesso tra diritto penale e discriminazione*, in M. Pelissero, A. Vercellone (a cura di), *Diritto e persone LGBTQI+*, Torino, pp. 245 ss., R. Bartoli, *Costituzionalmente illegittimo non è il d.d.l. Zan, ma alcuni comportamenti incriminati dall'art. 604-bis c.p.*, in *Sistema penale*, 2021, C. Caruso, *Diritto penale pedagogico o costituzionalmente orientato?*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, pp. 676 ss., L. Goisis, *Un diritto penale antidiscriminatorio?*, in *questa Rivista*, 2021, pp. 7 ss.

138 Particolarmente contrastata da una parte dell'opinione pubblica (ma anche da una parte del movimento femminista) era la scelta di fare espresso riferimento al genere (e all'identità di genere), anziché al solo sesso: sull'infondatezza delle preoccupazioni manifestate, v. le condivisibili osservazioni di M. Caielli, *Il DDL Zan tra diritto penale, democrazia e pluralismo. Profili di diritto costituzionale: pari dignità, principio pluralista, libertà di manifestazione del pensiero*, in *questa Rivista*, 2021, pp. 10 s. Critica la superfluità del riferimento al "sesso biologico", una volta dato rilievo alle discriminazioni basate sul genere, M. Pelissero, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, cit., p. 1021.

utile, ad esempio, per esprimere il maggior disvalore di fatti diffamatori commessi, specialmente *online*, con il fine di denigrare la vittima in quanto appartenente al genere femminile.

Va, invece, valutata con maggior cautela l'eventualità di attribuire specifica rilevanza al *movente di genere*, soprattutto in relazione a reati di omicidio o lesioni personali. Da un lato, è dubbio che un'opzione di questo tipo possa rivelarsi concretamente utile ed efficace sul fronte del contrasto al femminicidio e alla violenza di genere (per i quali, come si è visto, sicuramente già non mancano strumenti di reazione). Dall'altro, resterebbe indimostrata una premessa che, tuttavia, sarebbe fondamentale accuratamente spiegare: e, cioè, che la commissione di un reato con una motivazione di genere sia, di per sé, espressiva di *maggior disvalore* e indicativa di una *maggior rimproverabilità* soggettiva rispetto alla realizzazione del medesimo fatto, a parità di contenuto materiale, ma con una diversa motivazione¹³⁹. Il rischio, infatti, è che la punizione del motivo di genere si carichi di significati simbolici che trascendono l'offensività e la colpevolezza per il fatto concreto, nella misura in cui finisce per additare il singolo di un intero "fenomeno" colpito da stigma e riprovazione sociale.

È vero che l'esplicita tipizzazione del motivo di genere potrebbe contribuire ad appianare le forti disomogeneità emerse in sede giurisprudenziale rispetto all'applicazione delle circostanze aggravanti che, in vario modo, consentono di dare rilievo alla motivazione ad agire (v. *supra*, § 8.4). Ma è la stessa irresolutezza giurisprudenziale che, se riflette divergenti sensibilità individuali dei giudicanti, evidenzia anche la difficoltà di tradurre in termini uniformi l'essenza disvaloriale del movente discriminatorio di genere e la sua incidenza sulla colpevolezza dell'agente.

Il rischio, insomma, è che il *quantum* della sanzione penale finisca, in realtà, per corrispondere a esigenze general-preventive e di stigmatizzazione di un *fenomeno* avvertito come riprovevole e odioso a livello sociale, ma perda di vista la necessaria proporzionalità con il *fatto* concreto.

Per il resto, vale quel che molti studiosi vanno ripetendo da tempo: la battaglia alle cause – alle motivazioni profonde – di femminicidi, violenze, discriminazioni di genere va combattuta sul piano della prevenzione, della cultura, dell'educazione alla parità e al rispetto, e, non per ultimo, del contrasto alle disuguaglianze sostanziali a livello economico e sociale. Al diritto penale non può domandarsi, in nome della lotta alle discriminazioni di genere, di tradursi in strumento, a sua volta, irragionevole e discriminatorio.

¹³⁹ Si interroga in questi termini, a nostro parere condivisibilmente, A. Perin, *Giustizia egualitaria e cultura della colpevolezza*, cit., pp. 31 ss.