

GenIUS

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

ANTONELLA MASSARO

Il malinteso della donna come vittima vulnerabile:
il diritto penale di fronte ai *gender-based crimes*

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

online first
3 gennaio 2025

Il malinteso della donna come vittima vulnerabile: il diritto penale di fronte ai *gender-based crimes*

Sommario

1. Femminismo giuridico e diritto penale: coordinate di un binomio complesso – 2. Uguaglianza: a) il dilemma del femminismo – 2.1. b) la violenza di genere sul banco di prova delle “discriminazioni alla rovescia” – 3. Vittima: a) il malinteso della vittima nella riflessione di Tamar Pitch – 3.1. b) il ruolo secondario della vittima nel sistema penale di matrice illuministico-liberale – 4. Vulnerabilità: a) la persona vulnerabile nelle scienze sociali e nella prospettiva femminista – 4.1. b) la condizione di particolare vulnerabilità “agli effetti della legge penale” – 4.2. La “vulnerabilità” della donna vittima di violenza di genere – 5. Le specificità della violenza di genere: coordinate definitorie – 5.1. La violenza di genere: la lettura oggettiva del “motivo di genere” – 5.2. La violenza contro le donne – 5.3. La violenza domestica – 5.4. La (necessaria) distinzione tra violenza domestica e violenza di genere – 6. Un possibile percorso di riforma: a) dalla *gender-based violence* ai *gender-based crimes* – 6.1. b) introduzione di una circostanza aggravante comune – 6.2. c) introduzione di cause di non punibilità e/o di una circostanza attenuante comune – 7. L’ipocrisia degli argomenti fondati sul diritto penale come *extrema ratio* e sui rischi di una pan-penalizzazione.

Abstract

Il contributo, muovendo da una critica dell’idea di una vulnerabilità “intrinseca” della donna vittima di reati di genere, propone le possibili linee di una riforma che, nell’ordinamento penale italiano, attribuisca specifico rilievo ai *gender-based crimes*. Si propone, anzitutto, il superamento del concetto di “violenza di genere”, a favore di una più generale categoria dei “reati di genere”, capace di valorizzare più la causa della condotta che le concrete modalità di realizzazione della stessa. L’obiettivo della individuazione dei reati di genere, come categoria diversa e ulteriore rispetto ai fenomeni riconducibili alla violenza domestica, potrebbe perseguirsi, tra l’altro, attraverso l’introduzione di una circostanza aggravante comune, che, appunto, valorizzi la commissione del reato per “motivi” (oggettivamente intesi) legati al genere. Una riforma di questo tipo dovrebbe risultare ispirata, più che dall’esigenza dell’ennesimo innalzamento delle pene, dall’obiettivo di riallineare sistematicamente la legislazione penale alle istanze di tutela derivanti dalle fonti non nazionali.

* Associata di diritto penale, Università degli Studi “Roma Tre”. Il contributo costituisce il testo, riveduto e ampliato, della relazione tenuta nell’ambito della *Summer School* di Antigone e del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Torino sulla Privazione della Libertà e sui Diritti Fondamentali, dedicata al tema *Femminismo giuridico e questione criminale: stato dell’arte e prospettive politiche*, tenutasi a Torino-Avigliana nei giorni 11-15 settembre 2023.

The essay, starting from a criticism of the idea of an “intrinsic” vulnerability of women victims of gender-based crimes, proposes a possible reform that, in the Italian criminal system, would give specific relevance to gender-based crimes. It proposes, first of all, the overcoming of the concept of gender-based violence, in favour of a more general category of gender-based crimes, in order to valorize the cause of the behaviour more than the concrete modalities of its realisation. The purpose of enhancing gender crimes, as a different and additional category from domestic violence, could be pursued, inter alia, through the introduction of a common aggravating circumstance, based, precisely, on the commission of the crime for “motives” (objectively understood) linked to gender. A reform such as this should be inspired, rather than by the need for the increase in penalties, by the purpose of systematically realigning the criminal legislation to the instances of protection deriving from non-national sources.

1. Femminismo giuridico e diritto penale: coordinate di un binomio complesso

Tamar Pitch, con il saggio *Il malinteso della vittima*¹, torna a offrire preziosi spunti di riflessione (anche) al dibattito relativo alla donna come vittima, attuale o potenziale, di reato.

La questione che vorrei affrontare attiene alla possibilità tecnica e/o all’opportunità politica di introdurre uno statuto punitivo differenziato per i reati di genere, fondato, più in particolare, su norme penali che, nell’ampio orizzonte sistematico delle condotte violente e/o discriminatorie, prevedano una disciplina speciale per i *gender-based crimes*.

Sebbene sia consapevole della complessità del tema, anche per le premesse (e le implicazioni) ideologiche che lo stesso sottende, credo che l’introduzione di norme penali che valorizzino i reati di genere come fenomeno “speciale” non solo sia praticabile sul piano tecnico-giuridico, ma, allo stato attuale, risulti anche auspicabile sul versante più strettamente politico-criminale.

Questa posizione, almeno *prima facie*, si presta ad essere collocata entro la cornice del c.d. femminismo punitivo, inteso come l’insieme delle mobilitazioni che, richiamandosi al femminismo e alla difesa delle donne, avanzano richieste di criminalizzazione (introduzione di nuovi reati) e/o di aumento delle pene per reati già esistenti².

Pur senza attribuire alle etichette classificatorie una valenza decisiva, mi sembrano doverose alcune precisazioni.

Anzitutto, non ho la pretesa di “posizionarmi” nell’eterogeneo panorama del femminismo giuridico. Se, però, per femminismo (in generale) e per femminismo giuridico (in particolare) si intende un approccio metodologico che muove dal riconoscimento, e dal conseguente tentativo di superamento, di una società strutturalmente patriarcale o, comunque, caratterizzata dall’istituzionalizzazione della superiorità gerarchica maschile e della condizione di privilegio degli uomini³, allora la visione dalla

1 T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, Torino, Edizioni Gruppo Abele, 2022.

2 T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit., p. 53, secondo la quale il femminismo punitivo rappresenterebbe una manifestazione di quella deriva che, pretendendo di rinvenire nella giustizia penale la soluzione del problema, non sembra accorgersi di come, al contrario, il diritto penale rappresenti una parte consistente del problema in questione. L’Autrice, poi, si sofferma su due di queste mobilitazioni, rappresentate dalla richiesta di introdurre un divieto universale di gestazione per altri e dalla proposta di importare il modello nordico di disciplina della prostituzione, il quale prevede la criminalizzazione della condotta dei clienti.

3 M.R. Marella, *Break On Through to the Other Side: appunti sull’influenza di Marx nel femminismo giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*,

quale muovo può senza dubbio definirsi femminista. La violenza maschile contro le donne, nella sua consistenza di violenza rivolta contro la donna in quanto donna⁴, si trova in rapporto di necessaria implicazione con le questioni di genere e, quindi, con il ruolo sociale attribuito ad una persona o a un gruppo di persone esclusivamente sulla base della appartenenza sessuale⁵. «Il genere è una disuguaglianza di potere, uno *status* sociale basato su chi può fare cosa a chi»⁶, divenendo una questione penalistica quando questo “cosa” si traduca nella commissione di un reato.

In secondo luogo, il femminismo punitivo, soprattutto negli ultimi anni, si traduce in rivendicazioni di stampo pan-penalista, capaci di andare ben oltre il ristretto orizzonte della violenza di genere: si pensi, solo per restare agli esempi più evidenti, alla proposta, replicando il c.d. modello svedese⁷, di criminalizzare la condotta dei clienti delle e dei *sex worker* o, ancora, all’invocata “penalizzazione a tappeto” in materia di gravidanza per altri⁸. Nella prospettiva che caratterizza le mie riflessioni, invece, non solo resta ben saldo (nonostante tutto) l’ideale del diritto penale come *extrema ratio*, ma, soprattutto, il *focus* esclusivo è quello offerto dai reati di genere “in senso stretto”, mettendo da parte una più generale indagine sul possibile ruolo del diritto penale in riferimento alle questioni che animano il dibattito femminista.

In terzo luogo, non ritengo che il diritto positivo e il femminismo giuridico si trovino in un rapporto di alterità e/o incomunicabilità. La prospettiva che, in maniera prioritaria e prevalente, caratterizza la mia formazione è certamente quella di una studiosa del diritto positivo, secondo un metodo che non si riduce a quello tecnico-giuridico della celebre prolusione sassarese del 1910 di Arturo Rocco⁹, ma che, altrettanto evidentemente, trova nello *ius positum* il suo presupposto e, per certi aspetti, il suo limite.

Il positivismo giuridico, tuttavia, nel momento in cui si trova proiettato in una prospettiva costituzionale, pur mantenendo ferma la distinzione tra diritto e giustizia, non smarrisce l’ambizione a un “diritto giusto”¹⁰, ma, questo è il punto, si propone di realizzarla attraverso un tendenziale avvicina-

2000, p. 741: «Ma cosa si intende per femminismo giuridico? Pur nella varietà delle impostazioni metodologiche e delle opzioni politiche che si raccolgono sotto questa etichetta, è possibile ravvisarne il carattere identificativo nell’idea di usare strumentario giuridico per mettere in discussione, contrastare, sovvertire, il dominio maschile nella società».

- 4 Per tutti, B. Spinelli, *Femminicidio. Dalla denuncia globale al riconoscimento giuridico internazionale*, Franco Angeli, Milano, 2008, p. 21.
- 5 In una prospettiva penalistica, nella letteratura italiana, L. Goisis, *Genere e diritto penale. Il crimine d’odio misogino*, in *Quest. giust.*, 2/2022, pp. 44-45; A. Merli, *Violenza di genere e femminicidio*, in *Dir. pen. cont.* 1/2015, p. 440.
- 6 C.A. MacKinnon, *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Cambridge (Ma.), Harvard University Press, 1987, p. 8.
- 7 Su cui I. Johansson, *La criminalizzazione dei clienti nel contesto svedese*, in G. Garofalo Geymonat, G. Selmi (a cura di), *Prostituzione e lavoro sessuale in Italia. Oltre le semplificazioni, verso i diritti*, Rosenberg & Sellier, Torino, 2022, pp. 149 ss.
- 8 In senso critico, in materia tanto di prostituzione quanto di gestazione per altri, T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit., pp. 59 ss. In riferimento al reato di surrogazione di maternità, l’art. 1 della legge 4 novembre 2024, n. 169, ha introdotto, alla fine del comma 6 dell’art.12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, il seguente periodo: «Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all’estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana».
- 9 Art. Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. pen.*, 1910, 497 ss., nonché in Id., *Opere giuridiche*, III, Roma, Società editrice del Foro italiano, 1933, pp. 314 ss.
- 10 T. Pitch, *I diritti fondamentali: differenze culturali, disuguaglianze sociali, differenza sessuale*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 62: «Tratto comune dell’approccio femminista è la messa in questione della definizione positiva di diritto, e della tradizione più rigida del positivismo giuridico, producendo esso norme e pensiero sulle norme fuori dal perimetro del diritto statuito [...]. In molto femminismo, inoltre, come prassi e come pensiero, diritto e giustizia, diritto e morale sono non solo non facilmente separabili, ma al contrario gelosamente tenuti insieme. Ciò non solo perché il femminismo costituisce “punto di

mento del diritto positivo alle esigenze di giustizia: il “limite invalicabile” è ricercato su un piano meta-legislativo, ma non meta-positivo¹¹, con le Carte dei diritti che, gerarchicamente sovraordinate rispetto alla legge, si propongono di positivizzare il diritto naturale, riducendo il rischio di una degenerazione della legalità formale nel cieco e vuoto formalismo. A ciò si aggiunga che la dimensione “evolutiva”, in base alla quale il giurista non si accontenta di ciò che è, ma pretende di definire i tratti di ciò che dovrebbe essere, caratterizza, ormai, anche l’approccio metodologico del giurista di diritto positivo, rendendo meno evidente la contrapposizione tra la dimensione statico-avalutativa che connoterebbe l’esperienza giuridica “tradizionale”¹² e la visione dinamico-valutativa che, invece, caratterizza il pensiero femminista.

Se il femminismo giuridico è, tra le altre cose, «irruzione di forme di esperienza impossibili da tradurre nel diritto positivo di matrice statuale»¹³, il diritto positivo è chiamato a raccogliere le sfide poste dal pensiero femminista, traducendole in disposizioni (e, quindi, norme) da scrivere, riscrivere o abrogare: solo in questo modo, credo, l’inafferrabilità dell’impossibile può dotarsi della concretezza di una regola di comportamento (almeno astrattamente) vincolante. Il diritto positivo, ovviamente, non riesce a tradursi in esperienza se, specie sul versante delle questioni legate al genere, non è preceduto, incoraggiato e sostenuto da una rivoluzione *lato sensu* culturale: il rapporto con il femminismo giuridico, allora, lungi dal ridursi a una insuperabile alterità, potrebbe dar luogo a una necessaria e virtuosa complementarità. La posizione critica del femminismo giuridico non conduce, come necessaria conseguenza, a rinunciare agli strumenti del discorso giuridico e del diritto positivo, imponendo, al contrario, una sua rifondazione ideologica e metodologica, chiamata a operare non solo sul piano del diritto penale sostanziale, ma anche, e forse soprattutto, sul versante più strettamente processuale¹⁴. «Il diritto, perfino il diritto penale, dice e mostra Ilaria Boiano [...] è utilizzabile dalle donne per le donne»¹⁵.

vista esterno”, per ciò stesso fonte di critica al diritto in nome di valori, ma perché esso ragiona delle e sulle norme in vista della produzione eventuale di norme giuste». Sui rapporti tra positivismo e femminismo, *amplius*, S. Niccolai, *Femminismo della differenza e diritto. Quale anti-positivismo?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2019, spec. pp. 367 ss.; L. Re, *Femminismi e diritto: un rapporto controverso*, in M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pisa, Pacini Giuridica, 2018, pp. 179 ss.

- 11 P. COSTA, *Pagina introduttiva (il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, p. 17.
- 12 Cfr. S. Niccolai, *Controversia, disciplina dell’esperienza*, in A. Buttarelli, F. Giardini (a cura di), *Il pensiero dell’esperienza*, Milano, Baldini e Castoldi, 2008, pp. 267 ss., secondo la quale alla dimensione avalutativa della legge, in cui, secondo la visione positivista, il diritto si identifica, si aggiunge quella tendenzialmente statica dell’esperienza giuridica che si concretizza nel processo: «quel che alla fine passa in una decisione giudiziaria, quel che prende e convince nelle argomentazioni di parte, quel che rende ascoltate le tesi dottrinali è ciò che, mediamente, nel mondo c’è già».
- 13 A. Simone, *L’approccio del “femminismo giuridico” come limite ed esperienza del diritto. Un’interpretazione*, in *Limiti del diritto. Prospettive di riflessione e analisi*, in R. De Giorgi (a cura di), Lecce, Pensa MultiMedia Editore, 2018, p. 276.
- 14 I. Boiano, *Femminismo e processo penale*, 28 pp. ss., la quale precisa poi (p. 45) che «anche in ambito giuridico [...] la riflessione teorica femminista deve tendere a bilanciare due finalità: la prima finalità è quella di scardinare dalle fondamenta i metodi, le discipline e le categorie, smascherandone la parzialità e le dinamiche di forza e potere che le determinano; la seconda finalità è quella di esplorare e sviluppare metodi, discipline, categorie alternative, in sintesi di “fare mondo”». V. anche T. Manente, *La pratica femminista del processo penale come strategia di difesa dei diritti delle donne vittime di violenza maschile*, in A. Simone, I. Boiano (a cura di), *Femminismo ed esperienza giuridica. Pratiche, argomentazione, interpretazione*, Roma, Edizioni Efestò, 2018, 75 pp. ss.
- 15 T. Pitch, Prefazione a I. Boiano, *Femminismo e processo penale. Come può cambiare il discorso giuridico sulla violenza maschile contro le donne*, Ediesse, 2015, p. 11.

Anche a voler ridimensionare la differenza di metodo, ad ogni modo, è innegabile che il dialogo tra femminismo giuridico e diritto penale risulti particolarmente difficoltoso: si tratta, in effetti, di discorsi che faticano ad essere ricondotti ad una grammatica comune e che, anzi, sembrano rispondere a regole di base irrimediabilmente antagoniste¹⁶, specie muovendo dal presupposto che (anche) il diritto contribuisca alla fondazione e alla perpetuazione di una struttura patriarcale, gerarchizzata secondo la logica del genere¹⁷. A ciò si aggiunga che il diritto penale è dicotomico, esclusivo, punitivo-repressivo: se ogni settore del diritto è (o è stato) *sexist, male e gendered*¹⁸, il diritto penale resta quello più sessista, maschile e “genderizzato” di tutti.

Una possibile strada, allora, potrebbe essere quella di ragionare, prima ancora che su una pretesa grammatica condivisa, su un vocabolario comune, se non altro al fine di evidenziare le parole-chiave più ricorrenti quando il diritto penale e il femminismo si siedono al tavolo delle trattative, almeno sul fronte, indubbiamente limitato, dei reati di genere.

Le parole o, meglio, i concetti da cui vorrei muovere nel tentativo di intraprendere la costruzione di questo vocabolario comune sono essenzialmente tre: uguaglianza, vittima, vulnerabilità.

2. Uguaglianza: a) il dilemma del femminismo

Se il concetto di uguaglianza viene riferito allo specifico contesto del pensiero femminista, si aprono le porte di quel dilemma dell’uguaglianza o, se si vuole, della differenza, che rappresenta la chiave di lettura dell’evoluzione, non sempre lineare, del femminismo giuridico.

Secondo una nota periodizzazione¹⁹, la prima ondata del pensiero femminista sarebbe quella caratterizzata dall’utopico entusiasmo del femminismo emancipazionista, che, essenzialmente, si focalizzava su una rivendicazione di inclusione e di accesso all’uguaglianza formale: «la Donna nasce libera e ha gli stessi diritti dell’uomo»²⁰. In una fase storica in cui le donne non sono titolari degli stessi diritti degli uomini, il primo passaggio (obbligato) del femminismo delle origini diviene quello di una riforma orientata in senso egualitario, anche attraverso il superamento degli stereotipi femminili (matri e mogli, sentimentali e frivole) veicolati soprattutto da un sistema educativo che indeboliva l’intelletto delle donne, piegandolo alla ricerca emozioni e ai sentimenti fin a se stessi²¹.

La seconda ondata del femminismo, sebbene risulti proteiforme e difficile da “catalogare” senza il rischio di incorrere in semplificazioni e fraintendimenti, segna il passaggio dalla logica dell’uguaglianza a quella della differenza²². Le premesse della riflessione femminista divengono non

16 O. Di Giovine, *I recenti interventi legislativi in materia di violenza contro le donne (perché il “dilemma del femminismo” è anche il “dilemma del diritto penale”)*, in *Arch. pen.*, 1/2017, p. 318.

17 Per tutti, M.R. Marella, *Break On Through to the Other Side*, cit., p. 741.

18 Il riferimento è, ovviamente, a C. Smart, *The Woman of Legal Discourse*, in *Social & Legal Studies*, 1992.

19 C. Smart, *The Woman of Legal Discourse*. Per tutte le necessarie indicazioni, si rinvia, fin da ora, a C. Faralli, *Eguaglianza e differenza nel pensiero femminista*, in *Contemporanea*, 2003, 697 ss. e a F. Poggi, *Che genere di diritto? Un’analisi concettuale delle diseguaglianze giuridiche di genere*, in O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Diritto, potere e ragione nel pensiero di Letizia Gianformaggio*, Napoli, Jovene, 2016, pp. 44 ss.

20 O. de Gouges, *Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina*, 1791. V. anche, in epoca “liberale”, la *Declaration of Sentiment* del 1848.

21 M. Wollstonecraft, *A Vindication of the Rights of Woman*, 1792, Cap. IV, *Observations on the State of Degradation to Which Woman is Reduced by Various Causes*.

22 Sui rapporti e le differenze tra femminismo liberal, culturale e radicale, M.R. Marella, *Break On Through to the Other Side*,

solo la necessaria debiologicizzazione della condizione femminile (la differenza tra i sessi non avrebbe una base biologica, rappresentando, piuttosto, un prodotto socio-culturale), ma anche una critica al principio di uguaglianza, capace di tradursi in un potenziale veicolo di omologazione e di perpetuazione del modello patriarcale, di cui, del resto, il diritto è impregnato. La parità formale non basta, a fronte di una “diseguaglianza sostanziale”, che, prima di tutto, è una diseguaglianza “nei fatti”, a sua volta derivante da una diseguaglianza sociale. La diseguaglianza veicolata dal diritto è in grado di assumere molte e diverse maschere, tra le quali quella della diseguaglianza da mancata rappresentazione: un’eguaglianza giuridica formale è accusata di essere ingiusta o sbagliata perché non considera la particolare condizione delle donne²³. Anzi, potrebbe sostenersi che ogni diseguaglianza sostanziale (anche non di genere) si traduca, essenzialmente, in una diseguaglianza da mancata rappresentazione²⁴. Il femminismo, nell’ottica del femminismo culturale, dovrebbe emanciparsi dall’idea di inseguire e di riprodurre il modello maschile (e maschilista), mirando, piuttosto, alla costruzione di percorsi nuovi, inclusivi e fondati su un’etica femminile o, meglio, di una controcultura femminile²⁵. A ciò si aggiunge l’esigenza di un superamento della visione tradizionale del diritto, che dietro il velo di carta dell’uguaglianza, diviene uno strumento capace di confermare e consolidare la subordinazione e l’oppressione delle donne²⁶.

La terza fase del femminismo, che coincide con il femminismo postmoderno e con il postfemminismo²⁷ o, comunque, con un approccio critico nei confronti delle precedenti “ondate femministe”, muove, in via di prima approssimazione, da una valorizzazione non solo della differenza tra donne e uomini, ma anche tra le donne: quella sessuale, in effetti, delineerebbe solo uno dei tratti della differenza, ferma restando la necessità di prendere in considerazione altri fattori, tra cui, ad esempio, l’età, l’etnia, l’orientamento sessuale. Nel momento storico in cui il femminismo incrocia l’intersezionalità²⁸, facendo avvistare nuove ondate (o semplici onde) del femminismo²⁹, l’ulteriore sfida consiste nel tentativo di superare la pretesa distinzione delle donne secondo “tipologie astratte”, imposte dall’esterno

cit., pp. 744 ss.

23 F. Poggi, *Che genere di diritto?*, cit., p. 55.

24 F. Poggi, *Che genere di diritto?*, cit., p. 57.

25 Cfr. C. Gillian, *In a Different Voice*, Cambridge – Mass., London, Harvard University Press, 1982. Nell’esperienza italiana, obbligato il riferimento alle note “tesi” esposte nel *Manifesto di rivolta femminile* del 1970: «La donna è l’altro rispetto all’uomo, l’uomo è l’altro rispetto alla donna. L’uguaglianza è un tentativo ideologico per asservire la donna a più alti livelli. Identificare la donna con l’uomo significa annullare l’ultima via di liberazione. Liberarsi per la donna non vuol dire accettare la stessa vita dell’uomo perché è invivibile, ma esprimere il suo senso dell’esistenza».

26 Il riferimento è, soprattutto, al femminismo radicale di C. MacKinnon, una sintesi del cui pensiero è offerto da *Women’s lives – Men’s laws*, Cambridge – Mass., London, Harvard University Press, 2005.

27 Cfr. S. Genz - B.A. Brabon, *Postfeminism. Cultural Text and Theories*, Edinburgh, Edinburgh University Press, II ed., 2010.

28 L’approccio intersezionale valorizza l’interazione (o, meglio, l’intersezione, come se si trattasse di strade che si incrociano), dei diversi fattori di oppressione e/o di discriminazione, che, insieme, contribuiscono a definire le diverse identità sociali: il genere, l’orientamento sessuale, l’etnia, la classe sociale, l’età, la regione, quindi, non devono essere considerati isolatamente, ma nelle loro reciproche “combinazioni”. Sul punto, per tutti, S.V. Knudsen, *Intersectionality - A Theoretical Inspiration in the Analysis of Minority Cultures and Identities* in E. Bruillard, B. Aamotsbakken, S.V. Knudsen, M. Horsley (a cura di), *Caught in the Web or Lost in the Textbook?*, Jouve, 2006, pp. 61 ss. Per una prima “messa a sistema” dell’intersezionalità, come noto, Kimberle Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *The University of Chicago Legal Forum*, 1989, 139 ss.

29 S.M. Magaraggia, *Il moto ondoso dei femminismi: abbiamo avvistato la quarta ondata?*, in S.M. Magaraggia, G. Vingelli (a cura di), *Genere e partecipazione politica*, 2015, Milano, Franco Angeli, pp. 23 ss. A. Verza, “L’ultima onda” del femminismo, tra forze e rischi della blogosfera e nuove sfide culturali, in *About Gender*, 2018, 120 ss.;

e che non riescono a tener conto delle donne reali: la prostituta, l'infanticida, la moglie, la cattiva madre e la buona madre.

In questa galleria di donne "donne stereotipate" potrebbe forse annoverarsi, in una prospettiva penalistica, anche la "donna come vittima vulnerabile".

2.1. b) la violenza di genere sul banco di prova delle "discriminazioni alla rovescia"

Da un punto di vista giuridico, la necessaria premessa di ogni discorso che, a diversi livelli, si interroghi sulla possibilità di introdurre "statuti differenziati" per particolari soggetti e/o situazioni è costituita dal principio di uguaglianza o, più esattamente, dal «rapporto tra principio di uguaglianza e dinamiche di riconoscimento della differenza»³⁰.

Nella complessa struttura dell'art. 3 Cost., come ampiamente noto, la dimensione meramente statica dell'uguaglianza formale, che si esaurisce nel divieto di discriminazione, si completa con la componente dinamica dell'uguaglianza sostanziale, la quale impone interventi legislativi finalizzati a un trattamento ragionevolmente diversificato di situazioni differenti: sarebbe «impensabile» un diritto che considerasse uguali tutte le situazioni³¹ e, pertanto, «la legge deve essere egualmente differenziata, perché deve trattare in modo eguale le fattispecie eguali, o profondamente affini, e in modo "egualmente" (cioè "razionalmente") diverso quelle fra loro diverse»³².

Se l'art. 3 Cost. ha rappresentato la base dello Stato sociale delineato dalla Costituzione, il principio di uguaglianza ha assunto ben presto una valenza sistematica più ampia e strutturale: l'uguaglianza di trattamento tra uguali situazioni diviene un «valore essenziale dell'ordinamento giuridico di un Paese civile», che assicura un canone di coerenza «nel dispregio del quale le norme che ne fan parte degradano al livello di gregge privo di pastore»³³; l'uguaglianza ispirata ad una logica sostanziale, reciso il cordone ombelicale con il motto secondo cui "la legge è uguale per tutti", si traduce nel «divieto di leggi irrazionali»³⁴, legandosi a filo doppio con il principio-canone di ragionevolezza.

L'uguaglianza sostanziale, però, comporta, in maniera pressoché inevitabile, il rischio di "discriminazioni alla rovescia", potenzialmente veicolato dal trattamento differenziato mediante "azioni positive". Se, in origine, il concetto di *reverse discrimination* è stato inteso in un significato neutro, lo stesso si è visto progressivamente attribuire una connotazione negativa³⁵. Resta celebre, in materia di *affirmative actions* e *reverse discriminations* il caso *The Regents of the University of California v. Allan Bakke*, deciso dalla Corte suprema degli Stati Uniti nel 1978: uno studente bianco, non ammesso alla *David Medical School* a causa della previsione di quote riservate alle minoranze etniche (16 posti su 100), lamentava una violazione del principio dell'eguale trattamento di fronte alla legge (la *equal protection clause* del XIV emendamento). La Corte, pur non mettendo in discussione la generale legittimi-

30 V. Marzocco, *Un diritto sessuato? Processi di soggettivizzazione di genere e traiettorie del femminismo contemporaneo*, in L. Ferraro, F. Dicé, A. Postigliola P. Valerio (a cura di), *Pluralità identitarie tra bioetica e biodiritto*, Milano, Mimesis, 2020, p. 67.

31 C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'articolo 3 della Costituzione*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, p. 26.

32 P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 75.

33 Corte cost., 29 novembre 1982, n. 204, punto 11.1 del *Considerato in diritto*.

34 P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 75.

35 E. Consiglio, *Che cosa è la discriminazione? Un'introduzione teorica al diritto antidiscriminatorio*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 70 ss.

tà delle *affirmative actions*, ha accolto il ricorso, ritenendo che le quote di riserva fondate su ragioni etniche fossero state “mal congegnate” nel caso di specie³⁶.

Queste criticità, è evidente, sono agevolmente esportabili sul versante della “legislazione di genere”, che, da un punto di vista strettamente penalistico, deve anzitutto confrontarsi con la questione pregiudiziale del principio di uguaglianza-ragionevolezza³⁷.

Sebbene si tratti di un ostacolo solo apparente, pare opportuno sgomberare il campo, in maniera netta, dallo spauracchio dell’uguaglianza.

Non sarebbe irragionevole, di per sé sola, una legislazione che prevedesse uno statuto penale differenziato, anche sul versante del diritto sostanziale, per i casi di *gender-based crimes*, in quanto, per le ragioni che si cercherà di chiarire, si tratta di offese che presentano profili di strutturale diversità rispetto a quelle che non sono in alcun modo influenzate da discriminazioni legate al genere.

L’impressione è che, almeno in certi casi, le obiezioni a una legislazione differenziata fondate sul principio di uguaglianza muovano da una valorizzazione più del sesso (come categoria biologica) che del genere (come categoria sociale). La questione, in realtà, non attiene tanto all’introduzione di norme *ad hoc*, che “specificchino” la vittima identificandola (solo) nella donna, specie se la scelta in questione si fondi sull’idea di una vittima più fragile o, meglio, più vulnerabile rispetto all’uomo che risultasse vittima del medesimo reato. La questione è, piuttosto, quella di immaginare uno statuto differenziato per reati che trovino la loro “causa” in un modello socio-culturale fondato sul modello patriarcale (e/o eterosessuale), caratterizzato, anzitutto, da una condizione di subalternità della donna rispetto all’uomo.

Non so se questa sia una scelta costituzionalmente imposta (e in effetti non credo lo sia), ma sono certa che non si tratterebbe di una soluzione costituzionalmente illegittima, rappresentando anzi uno strumento che, a fronte di un substrato (o di una sovrastruttura) sociale ancora capace di produrre e amplificare le disuguaglianze, introduca delle norme penali che, ragionevolmente, diversifichino la risposta sanzionatoria³⁸.

³⁶ Sul punto, sufficiente il rinvio a R. Dworkin, *What did Bakke Really Decide?*, in Id., *A Matter of Principle*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1985, 304 ss. e a M. Barbera, *Discriminazioni indirette e azioni positive: riflessioni comparate del caso nordamericano*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1984, 3 pp. 00 ss.

³⁷ V., per esempio, le perplessità relative a una discriminazione basata sul sesso espresse da M. Trapani, *La llamada violencia de género en Italia: contornos de una categoría controvertida*, in M. Roig Torres (a cura di), *Últimas reformas legales en los delitos de violencia de género, Prospectiva comparada*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 372 ss. o da S. Riondato, *Cornici di “famiglia” nel diritto penale italiano*, Padova, Padova University Press, 2014, spec. pp. 58 ss. Non è un caso che, nella dottrina spagnola, il tema delle discriminazioni (o azioni) positive, come strumento per realizzare un trattamento effettivamente egualitario, abbia trovato un campo di applicazione privilegiato proprio in riferimento alla legislazione differenziata in materia di violenza maschile contro le donne: per tutti, *Protección penal “desigual” y violencia de género*, S. Huerta Tocildo, M. Pérez Manzano (a cura di), *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 133 ss. Un’ampia disamina della giurisprudenza costituzionale spagnola che si è confrontata sui rapporti tra violenza di genere e principio di uguaglianza è offerta da A.M. Maugeri, *Le “aggravanti” nei confronti degli uomini autori di “violenza di genere” nella disciplina spagnola: possibile strategia politico criminale o strumento di una politica della “sicurezza” discriminatoria?*, in *Jura Gentium*, 2016, §§ 2.1. ss. e da J.A. Lascuraín Sánchez, *¿Son discriminatorios los tipos penales de violencia de género? Comentario a las SSTC 59/2008, 45/2009, 127/2009 y 41/2010*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2013, pp. 329 ss.

³⁸ Risulterebbe pur sempre conforme al principio di uguaglianza, pare opportuno precisarlo, una legislazione penale che, come quella spagnola, individuasse esplicitamente la donna come vittima “differenziata”, a condizione che il trattamento sanzionatorio più severo risulti fondato sulle peculiarità della violenza subita: si rinvia sul punto a J.A. Lascuraín Sánchez, *¿Son discriminatorios los tipos penales de violencia de género?*, cit., spec. p. 362. Per un quadro delle riforme succedutesi in Spa-

Il punto diviene, allora, quello di chiarire le ragioni che differenziano i reati di genere rispetto alle altre offese penalmente rilevanti, precisando, più esattamente, se si tratta di ragioni che attengono alla vittima o, piuttosto, al reo. Può essere quindi utile indagare, a questi fini, la “condizione” della donna nell’universo penalistico del contrasto ai reati di genere, verificando se e fino a che punto la stessa possa o debba essere confinata nel ruolo di “vittima vulnerabile”.

3. Vittima: a) il malinteso della vittima nella riflessione di Tamar Pitch

«Lo statuto di vittima richiama la logica e il linguaggio del penale»³⁹.

Nella sua riflessione, Tamar Pitch muove, anzitutto, dalla metamorfosi subita dal concetto di sicurezza⁴⁰. Fino agli anni Ottanta, in Italia la sicurezza coincideva essenzialmente con la sicurezza sociale: i temi, e le relative riforme legislative, erano quelli del lavoro (Statuto dei lavoratori), della salute (Servizio sanitario nazionale e chiusura dei manicomi), delle pensioni, della casa. A partire dagli anni Novanta, invece, la sicurezza assume, in via prevalente, la fisionomia della sicurezza pubblica o, più esattamente, dell’immunità personale del cittadino rispetto al rischio di risultare vittima di reati, intesa anche come mera “percezione” di sentirsi al sicuro. L’obiettivo, quindi, diviene quello di gestire non solo la criminalità, ma anche la paura della criminalità. La sicurezza, anziché mezzo, diviene fine.

A ciò si aggiunge una “privatizzazione” della sicurezza, che assume progressivamente la consistenza di un diritto individuale, con due immediate conseguenze. La prima è quella di una individualizzazione dei rischi: ciascuno deve comportarsi come un accorto calcolatore dei rischi che corre e che è disposto a correre, assumendo i costi di una loro inefficace gestione, con l’effetto per cui il *welfare* lascia il posto alle assicurazioni private. La seconda conseguenza consiste nella virtuale impossibilità di un dissenso, posto che si può dissentire rispetto all’ordine “pubblico”, non certo rispetto a un diritto “privato”⁴¹.

Al nuovo concetto di sicurezza fa da *pendant* il passaggio dal paradigma dell’oppressione a quello della vittimizzazione⁴². Se l’oppressione è una condizione che riguarda l’intera biografia di un individuo e la collega ad altre nella stessa condizione, la vittimizzazione evoca una soggettività neutra e situazionale, espressione di un momento specifico e di uno specifico reato.

Il riferimento al paradigma della vittima implica, poi, il binomio vittima-colpevole. La vittima, altrimenti detto, è tale solo quando appare innocente: la “vera vittima” è quella che ha fatto di tutto per evitare il rischio, che ha preso le necessarie precauzioni, che non si è esposta a situazioni pericolose e a rischi non necessari. Il modello della “buona vittima”, insomma, si trova implacabilmente contrapposto a quello della “vittima colpevole”⁴³.

Le vittime, inoltre, sono anche quelle potenziali, cioè tutte le persone “per bene” minacciate dal rischio della (in)sicurezza⁴⁴. La dialettica diviene quella tra buoni e cattivi, con questi ultimi che, anziché risocializzati, devono essere neutralizzati: pene più severe, trattamento di sfavore per i recidivi,

gna in riferimento alla violenza di genere, v. M. Pérez Manzano, *Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción*, in RJUAM, 2016, pp. 31 ss.

39 T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit., p. 31.

40 T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit., pp. 10 ss.

41 T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit., pp. 17 ss.

42 T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit., pp. 31 ss.

43 T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit. pp. 32 ss.

44 T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit., pp. 34 ss.

carceri affollate di immigrati e persone relegate “ai margini della società”.

A un diritto penale costruito attorno al reo (e, in certi casi, a un tipo d'autore) si affianca una risposta punitiva che sempre più spesso ruota attorno al tipo di vittima, specie se “vulnerabile”⁴⁵.

Questo è anche l'orizzonte entro il quale si muovono le recenti riforme in materia di violenza di genere. Se, osserva Tamar Pitch, un problema sociale di tipo strutturale viene ridefinito come violenza, è pressoché inevitabile l'approdo a una deriva penalistica⁴⁶. “Violenza” è un termine più denso di significato rispetto a “discriminazione, sfruttamento, prevaricazione, disuguaglianza”: eppure, proprio perché utilizzato in questa accezione ampia, il termine perde di pregnanza, riducendosi a un mero campanello d'allarme che evoca un generico intervento salvifico del diritto penale.

In un primo momento, l'uso del termine violenza ha certamente contribuito all'emersione di fenomeni sommersi, a partire dalla violenza domestica, dallo *stalking*, dalle molestie sessuali. Successivamente, però, la violenza ha finito per connotare la condizione delle donne in generale, divenendo, proprio per questa ragione, un concetto privo di ogni possibile valenza selettiva.

Da queste premesse discende la presa di posizione critica nei confronti del c.d. femminismo punitivo: «ciò che chiamo femminismo punitivo, insomma, non solo utilizza indiscriminatamente la parola violenza, ma si appella direttamente alla giustizia penale, con un'aggravante rispetto a trent'anni fa, che la “nostra” soggettività politica si costruisce attraverso la definizione della “altre” come vittime, con la conseguenza che “noi” parliamo e le “altre”, le “vittime” sono da noi parlate, e dunque ridotte al silenzio»⁴⁷.

Le femministe, ovviamente, devono proseguire nella lotta per una giustizia penale meno ostile alle donne, anche perché «il fatto è che la consapevolezza che la violenza interpersonale è agita soprattutto dai maschi, a danno sia delle donne che di altri maschi, non è ancora penetrata appieno non dico nel disegno delle politiche pubbliche, ma neanche negli studi scientifici, critici e no sulla criminalità della sicurezza». Le stesse femministe dovrebbero però opporsi, con la medesima fermezza, alle derive securitarie di un modello incentrato sulla vittima debole, fragile, vulnerabile, che proprio nella donna vittima di reato trova una delle sue manifestazioni più evidenti⁴⁸.

3.1. b) il ruolo secondario della vittima nel sistema penale di matrice illuministico-liberale

Il concetto di vittima, sul versante giuridico-penale, ha conosciuto una sempre più significativa emersione tra le maglie di un sistema costruito a immagine e somiglianza dell'autore di reato (e delle sue garanzie): sono ormai numerosi e autorevoli gli studi che, muovendo dalle prospettive aperte dalla vittimodomatica⁴⁹, hanno indagato nel dettaglio la progressiva riscoperta della vittima e il suo tentativo di guadagnarsi un ruolo da protagonista sul palcoscenico della riflessione penalistica⁵⁰.

Il diritto penale tradizionale, finalizzato alla messa a bando di ogni istinto di vendetta attraverso il monopolio pubblico nell'esercizio della potestà coercitiva o, se si vuole, della deprivatizzazione del

45 T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit., p. 37.

46 T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit., p. 53.

47 T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit., p. 57.

48 T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit., pp. 79 ss.

49 Doveroso il riferimento, nella dottrina italiana, a V. Del Tufo, *Profili critici della vittimo-dogmatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, Jovene, 1990.

50 Per tutti, M. Venturoli, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, Jovene, 2015.

conflitto, ha determinato una pressoché inevitabile estromissione della vittima dal discorso penale⁵¹: senza la neutralizzazione della vittima non solo non esisterebbe il diritto penale moderno, ma neppure sarebbe concepibile lo Stato moderno⁵².

La graduale erosione del modello di coercizione pubblica, caratterizzato dalla concezione del reato non solo (e non tanto) come offesa contro la società, ma anche (e soprattutto) come offesa alle singole vittime⁵³, ha restituito una crescente centralità a quella “vittimizzazione”, intesa come fenomeno individuale, cui fa riferimento Tamar Pitch. Si tratta di verificare se, al di là delle etichette, la pretesa curvatura vittimocentrica assunta dal diritto penale contemporaneo sia pienamente compatibile con i principi di garanzia posti a tutela del reo, raggiungendo un equilibrio, per nulla scontato, tra il *favor rei* e la presunzione di favore per la vittima⁵⁴.

Anche il dato terminologico, del resto, conferma la complessità del processo attraverso il quale il concetto di vittima si sta ritagliando un ruolo nel sistema penale.

Come ampiamente noto, il sostantivo “vittima”, fino a un passato molto recente, non compariva nella legislazione penale italiana, che, invece, faceva riferimento all’offeso, alla persona danneggiata da reato o alla persona offesa dal reato: si trattava, quindi, di un concetto dalla consistenza eminentemente criminologica e vittimologica⁵⁵.

La c.d. riforma Cartabia (d.lgs. n. 150 del 2022) segna il trionfale ingresso del termine “vittima” anche nel linguaggio legislativo nazionale, sia pur nella specifica cornice normativa dedicata alla giustizia riparativa⁵⁶. L’art. 42, lett. b), d.lgs. n. 150 del 2022, in particolare, precisa che per vittima di reato deve intendersi «la persona fisica che ha subito direttamente dal reato qualunque danno patrimoniale o non patrimoniale, nonché il familiare della persona fisica la cui morte è stata causata dal reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona»⁵⁷. Accanto alla vittima diretta, quindi, viene in considerazione, per i soli delitti di omicidio, la c.d. vittima indiretta. Resta pur sempre da

51 L. Cornacchia, *Vittima e giustizia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2013, p. 1761.

52 W. Hassemer, *Perché punire è necessario*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 233.

53 L. Cornacchia, *Vittima e giustizia penale*, cit., p. 1764.

54 L. Cornacchia, *Vittima e giustizia penale*, cit., p. 1765, parla della vittima come possibile «elemento di imbarazzo» nel processo penale, mentre M. Bertolino, G. Varraso, *Introduzione al Focus: Le vittime vulnerabili*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2018, p. 513, avvertono del rischio di una possibile «strumentalizzazione delle istanze vittimologiche a fini repressivi».

55 M. Venturoli, *La vittima nel sistema penale*, cit., p. 2.

56 P. Conti, *Il ruolo della vittima nel procedimento e nel processo penale da soggetto ai margini a quello di protagonista con particolare riferimento alle novità introdotte dalla legge Cartabia*, in *Rivista AIAF*, 1/2023; M. Bouchard, *Commento al titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 sulla disciplina organica della giustizia riparativa*, in *Quest. giust.*, 2023.

57 Cfr. la Risoluzione ONU n. 40/34 del 1985, secondo cui le vittime sono le «persone che, individualmente o collettivamente, hanno sofferto un danno, inclusa una lesione fisica o psicologica, una sofferenza emotiva, una perdita economica o una sostanziale riduzione della possibilità di esercitare i propri diritti fondamentali, a seguito di atti od omissioni che sono in violazione delle leggi penali in vigore negli Stati Membri, incluse le leggi che proibiscono penalmente l’abuso di potere». La Decisione quadro del Consiglio dell’Unione europea n. 2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, all’art. 3, definisce la vittima come «la persona fisica che ha subito un pregiudizio, anche fisico o morale, sofferenze psichiche, danni materiali causati direttamente da atti o omissioni che costituiscono violazione del diritto penale di uno Stato membro». La successiva Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, invece, offre, all’art. 3, la seguente definizione di vittima: i) una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato; ii) un familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona.

chiarire come si possa parlare di “reato” e, di conseguenza, di “vittima” prima che la responsabilità penale dell’imputato risulti accertata con una sentenza definitiva di condanna: si tratta, però, di una delle potenziali “contraddizioni in termini” su cui si fonda l’edificio della giustizia riparativa⁵⁸, che sarebbe un fuor d’opera esaminare più nel dettaglio in questa sede.

La definizione di vittima, negli ultimi anni, ha ricevuto ulteriore impulso sul versante della c.d. vittimizzazione secondaria, intesa, in via di prima approssimazione, come l’insieme dei danni che non derivano direttamente dal fatto di reato, ma, piuttosto, dal modo in cui i mezzi di comunicazione o le istituzioni si rapportano alla vittima: si pensi, per esempio, ai ripetuti contatti tra reo e vittima imposti durante un procedimento penale, ma anche all’uso di un linguaggio inappropriato e “colpevolizzante”⁵⁹. Una delle principali dinamiche che rappresenta, al tempo stesso, una causa e un effetto della vittimizzazione secondaria, a ben vedere, è costituita dalla colpevolizzazione della vittima (*victim blaming*) o, per usare le parole di Tamar Pitch, dal tentativo di spogliare la persona offesa dalla patente di “vera vittima”, in quanto vittima “non buona”. Si pensi, con particolare riguardo alla violenza sessuale, al pre-giudizio derivante, per restare agli esempi più (tristemente) noti, dall’abbigliamento della vittima, dal fatto che avesse assunto sostanze alcoliche, dalle abitudini sessuali antecedenti alla commissione del reato.

Alla previsione di obblighi di tutela della vittima dal rischio di vittimizzazione secondaria, contenuta in molte fonti non nazionali⁶⁰, ha fatto seguito una sempre più esplicita presa di consapevolezza da parte della giurisprudenza nazionale⁶¹, anche se sono ancora troppo numerosi quei pregiudizi giudiziari, a loro volta fondati sugli stereotipi di genere, che trasudano dalle motivazioni di alcune pronunce⁶². La condanna del nostro Paese da parte della Corte EDU, che, con la sentenza *J.L. contro Italia*, ha stigmatizzato l’abuso di stereotipi sessisti nelle decisioni giudiziarie⁶³, rappresenta solo la punta dell’iceberg di un linguaggio e di un modo di argomentare ispirati a una logica colpevolizzante e moraleggiante: uno degli effetti meno desiderabili è il diffuso senso di sfiducia delle vittime nel sistema giudiziario, visto il rischio troppo elevato di vittimizzazione secondaria cui andrebbero incontro incamminandosi lungo la via del procedimento penale⁶⁴.

Se, quindi, la giustizia riparativa propone una nozione di “vittima” che, contrapposta a quella di “reo”, pretenderebbe di veicolare un nuovo modello di giustizia penale, gli spunti offerti dalla *secondary victimization* valgono a evidenziare ulteriori peculiarità del fenomeno della violenza di genere, specie al fine di apprestare strumenti processuali che, oltre a contenere il rischio di vittimizzazione secondaria, non indeboliscano quel “senso di fiducia” nella giustizia, fondamentale per una erosione della cifra oscura di questi reati.

Il rischio di vittimizzazione secondaria, inoltre, è legato a filo doppio al concetto di vulnerabilità della

58 *Amplius*, per tutti, L. Parlato, *La giustizia riparativa: i nuovi e molteplici incroci con il rito penale*, in D. Castronovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso (a cura di), *Riforma Cartabia: la nuova giustizia penale*, Milano, Cedam-Wolters Kluwer, 2023.

59 Valga, per tutti, il rinvio a T. Bene, *La vittimizzazione secondaria. Teoria e fenomenologia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.

60 V., in particolare, gli artt. 18, 20, 24 e 35 della Direttiva 2012/29/UE, l’art. 18 della Convenzione di Istanbul del 2011, gli artt. 16, 20 e 25 della Direttiva 2024/1385/UE.

61 Corte cost., 21 febbraio 2018, n. 92, punto 5 del *Considerato in diritto*, in riferimento a reati commessi a danno di minori, ha precisato che la vittimizzazione secondaria consiste nel «rivivere i sentimenti di paura, di ansia e di dolore provati al momento della commissione del fatto». Nella giurisprudenza di legittimità, v. Cass., sez. III, 10 ottobre 2019, n. 47572.

62 P. Di Nicola Travaglini, *Pregiudizi giudiziari nei reati di violenza di genere: un caso tipico*, in *Sist. pen.*, 11 gennaio 2022; T. Bene, *Forme di bias nel sistema di tutela delle donne vittime di violenza*, in *Sist. pen.*, 29 novembre 2021.

63 Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 maggio 2021, J.L. c. Italia, n. 5671/16, su cui, per tutti, L. D’Ancona, *Vittimizzazione secondaria: la pronuncia della CEDU*, in *Quest. giust.*, 17 giugno 2021.

64 Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 maggio 2021, J.L. c. Italia, n. 5671/16, § 141.

vittima: il binomio tra vittima e vulnerabilità, in effetti, è divenuto un autentico *leit motiv* della recente riflessione penalistica, tanto da instillare il dubbio che proprio la vulnerabilità abbia fatto da traino determinante all'emersione del più ampio concetto di vittima⁶⁵. Quello di "vittima vulnerabile", tuttavia, è un concetto che si presta a letture eterogenee e non sempre tra loro coincidenti.

4. Vulnerabilità: a) la persona vulnerabile nelle scienze sociali e nella prospettiva femminista

La riflessione sul concetto di vulnerabilità nell'ambito delle scienze sociali ha seguito percorsi differenti, restituendo l'impressione di un concetto refrattario a un autonomo e univoco inquadramento, tanto sul versante definitorio quanto su quello più strettamente "politico"⁶⁶.

Una prima linea di emersione delle vulnerabilità, alla quale ha contribuito anche una parte della riflessione femminista, attiene alla critica del paradigma liberale, almeno nella misura in cui lo stesso pretenda di fondarsi sul modello di un soggetto autonomo e indipendente, capace di esercitare un controllo razionale sulle proprie scelte e (quindi) sulla propria vita. Dalla dimensione relazionale che caratterizza la condizione umana, viceversa, si ricaverebbe una strutturale dipendenza della persona, del tutto assente nell'individualismo che fa da sfondo al sistema liberale: in una prospettiva femminista, poi, si osserva come la pretesa indipendenza assunta a modello "fisiologico", in realtà, coincida con l'indipendenza ottenuta dall'uomo, soprattutto attraverso il trasferimento alla donna dei compiti di cura e di riproduzione sociale⁶⁷.

Si tratta, a ben vedere, di riflessioni strettamente correlate a quelle che prendono in esame la vulnerabilità non tanto in una dimensione ontologica (e quindi, tendenzialmente universale), quanto piuttosto come una condizione socialmente indotta, derivante da cause individuate o individuabili e, comunque, contingenti⁶⁸. L'obiettivo, muovendosi in questa seconda direzione, diviene quello di «mettere in luce le dinamiche di potere, di oppressione e esclusione che determinano condizioni di vulnerabilità, e fondano rivendicazioni in termini di riconoscimento, redistribuzione, o bilanciamento di potere»⁶⁹.

Senza entrare nel dettaglio di teorizzazioni indubbiamente complesse, si tratta di comprendere se e in che modo la vulnerabilità possa essere riferita anche alle donne vittima di reato, con l'obiettivo di rendere la categoria in questione uno strumento di tutela e non l'ennesimo meccanismo di "etichettamento"⁷⁰ che, viceversa, finirebbe per tradursi in un depotenziamento della risposta differenziata nei confronti dei reati di genere.

65 L. Parlato, *Vulnerabilità e processo penale*, in G. Spangher, A. Marandola (a cura di), *La fragilità della persona nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 428.

66 V. sul punto l'ampia e dettagliata indagine di F. Macioce, *La vulnerabilità di gruppo. Funzione e limiti di un concetto controverso*, Torino, Giappichelli, 2021, cui fin da ora si rinvia per i necessari approfondimenti.

67 Sui rapporti tra cura e riproduzione sociale, anche per le necessarie indicazioni bibliografiche, E. Rigo, *L'impatto degli studi di genere sul diritto. Riproduzione sociale, lavoro non retribuito e cura sotto la lente della pandemia da Covid-19*, in *Riv. fil. dir.*, 2/2022, pp. 319 ss.

68 *Amplius*, sul dibattito in questione, A. Pasquini, *Paradigmi della "vulnerabilità": dal poststrutturalismo all'eco-femminismo*, in *Scienza&Politica*, 2021, pp. 55 ss.

69 Così, riferendosi a questo particolare modo di intendere la vulnerabilità, F. Macioce, *La vulnerabilità di gruppo*, cit., p. 5.

70 Cfr. F. Luna, *Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers Not Labels*, in *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, 2019, pp. 121 ss.

4.1. b) la condizione di particolare vulnerabilità “agli effetti della legge penale”

Con particolare riguardo alle modalità attraverso le quali il diritto penale si trova a interagire con la condizione di vulnerabilità, che, sia pur attraverso modalità differenti, conducono all’individuazione di una “supervittima”⁷¹, sono (almeno) due le prospettive che possono venire in considerazione.

La prima prospettiva è quella di carattere più strettamente sostanziale, relativa alla possibilità/opportunità di introdurre norme penali speciali (fattispecie incriminatrici autonome o circostanze aggravanti) che rafforzino la tutela per categorie di soggetti caratterizzati da una particolare condizione di fragilità. La vulnerabilità potrebbe contribuire alla stessa descrizione della fattispecie di reato, individuandone uno degli elementi costitutivi: il tipico esempio è offerto dall’approfittamento della condizione di vulnerabilità nel delitto di tratta di persone (art. 601 c.p.) o in quello di costrizione o induzione al matrimonio (art. 558-*bis* c.p.). Il più delle volte, ad ogni modo, la condizione di vulnerabilità resta sullo sfondo dell’incriminazione, contribuendo a definirne la *ratio* e/o a meglio precisare i contorni del bene giuridico tutelato. Come esempio emblematico di questo modo di intendere la vulnerabilità potrebbe indicarsi l’articolato sistema di repressione delle condotte di abuso e sfruttamento sessuale dei minori, così come disciplinato agli artt. 600-*bis* e seguenti del codice penale: si tratta di fattispecie incriminatrici caratterizzate da un’evidente anticipazione della tutela penale, che, sebbene si ponga a volte in tensione con i principi su cui dovrebbe fondarsi il modello del “diritto penale del fatto”⁷², è “giustificata” dal peculiare rilievo del bene giuridico tutelato, inteso come il sereno sviluppo psico-fisico di un “tipo di vittima” (il minore) particolarmente vulnerabile.

Una seconda prospettiva, che conduce al versante del diritto penale processuale, attiene, invece, all’esigenza di tutelare, nell’ambito del procedimento penale, le vittime di alcuni reati, anche allo scopo di contenere il rischio di vittimizzazione secondaria⁷³.

Oltre al binomio tra la vulnerabilità intesa nella sua prospettiva sostanziale o, piuttosto, nella sua proiezione più strettamente processuale, pare opportuna un’ulteriore differenziazione preliminare, che, più esattamente, contrappone una vulnerabilità *ex ante* a una vulnerabilità *ex post*, assumendo come “riferimento cronologico” la commissione del reato.

La vulnerabilità *ex ante* individua una fragilità strutturale della persona, derivante da alcune sue caratteristiche: si pensi, per esempio, alla condizione di vulnerabilità del minore o a quella delle persone anziane o disabili. Si tratta di una vulnerabilità “soggettiva”, che, appunto, valorizza le peculiarità della persona e che prescinde dalla tipologia di reato commesso⁷⁴. La vulnerabilità *ex post*, viceversa, caratterizza una persona solo se e in quanto la stessa risulti vittima di alcuni reati. A venire in considerazione, detto altrimenti, è una vulnerabilità “oggettiva”, nel senso che deriva dalle peculiarità del reato commesso⁷⁵. Posto che, in realtà, la (presunta) vittima di ogni reato è, di per sé, una persona vulnerabile, si avverte spesso la necessità di un *quid pluris* per l’individuazione di una vulnerabilità

71 S. Allegrezza, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in S. Allegrezza, H. Belluta, M. Gialuz, L. Lupária (a cura di), *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 13.

72 Si rinvia, anche per tutte le necessarie indicazioni, a L. Brizi, *La nozione di “pornografia virtuale”: verso un dominio della pericolosità sul fatto?*, in *Cass. pen.*, 11/2017, pp. 4043 ss.

73 Sulle due “dimensioni” della vulnerabilità in ambito penalistico, F. Palazzo, *Soggetti vulnerabili e diritto penale*, in *La fragilità della persona nel processo penale*, cit., pp. 92 ss.

74 L. Parlato, *Vulnerabilità e processo penale*, cit., p. 439.

75 L. Parlato, *Vulnerabilità e processo penale*, cit., p. 439.

“qualificata”, il più delle volte identificato nella condizione di “particolare vulnerabilità”⁷⁶.

La dimensione *ex ante* e quella *ex post* della vulnerabilità (o, se si vuole, quella oggettiva e quella soggettiva del concetto in questione) non sempre risultano chiaramente scisse e scindibili. Si tratta, non a caso, di prospettive confluite entrambe nell’art. 90-*quater* c.p.p. che, in attuazione della Direttiva 2012/29/UE, contenente norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, ha definito, “agli effetti della legge (processuale) penale”, la condizione di particolare vulnerabilità: «agli effetti delle disposizioni del presente codice, la condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa è desunta, oltre che dall’età e dallo stato di infermità o di deficienza psichica, dal tipo di reato, dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede. Per la valutazione della condizione si tiene conto se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale, o di tratta degli esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione, e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall’autore del reato»⁷⁷. Nella seconda parte, quindi, la norma definitoria individua degli “indici sintomatici”, volti a indirizzare la valutazione discrezionale in ordine alla particolare vulnerabilità che non risulti, in maniera necessaria, da alcune condizioni della vittima (età, infermità o deficienza psichica). Non è un caso che tra questi indici compaiono molti elementi statisticamente ricorrenti nei reati di genere: violenza alla persona, finalità di discriminazione, dipendenza affettiva, psicologica o economica dall’autore del reato.

La condizione di particolare vulnerabilità, poi, viene presa in considerazione, sempre dal codice di rito, in materia di incidente probatorio: l’art. 392-*bis*, comma 1-*bis* c.p.p. prevede che quando la persona offesa di certi reati (tra cui maltrattamenti verso familiari e conviventi, violenza sessuale, atti persecutori) versi in condizione di particolare vulnerabilità, il pubblico ministero, anche su richiesta della stessa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all’assunzione della sua testimonianza⁷⁸.

4.2. La “vulnerabilità” della donna vittima di violenza di genere

Pur senza entrare nel dettaglio della legislazione processuale, è possibile tornare all’interrogativo posto in apertura: se e in che modo sia ipotizzabile uno statuto speciale, sul versante del diritto penale sostanziale, per la criminalizzazione dei *gender-based crimes*, muovendo dalla loro forma di manifestazione più evidente, costituita dalla violenza maschile contro le donne.

Nella costruzione di norme penali differenziate per la violenza contro le donne, il legislatore potrebbe seguire due possibili strade, valorizzando, alternativamente, il versante della vittima o quello dell’autore del reato⁷⁹.

Muovendo da una *ratio* di tutela incentrata sulla vittima del reato, si valorizzerebbe la condizione di vulnerabilità della donna o, più, in generale, delle persone offese da condotte riconducibili alla vio-

⁷⁶ L. Parlato, *Vulnerabilità e processo penale*, cit., pp. 429 ss.

⁷⁷ A. Presutti, *Le audizioni protette*, in M. Bargis, H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, cit., p. 376 evidenzia la «indeterminatezza» e la «ambiguità che caratterizzano» la definizione offerta dall’art. 90-*quater* c.p.p.

⁷⁸ Per alcuni profili di criticità dell’istituto in questione, E. Pilla, *L’incidente probatorio e l’audizione protetta*, in *Giustizia insieme*, 13 gennaio 2019; C. Parodi, *Incidente probatorio, minorenni e vittime vulnerabili: un nervo scoperto del sistema*, in *Il diritto vivente*, 22 aprile 2023.

⁷⁹ O. Di Giovine, *I recenti interventi legislativi in materia di violenza contro le donne*, cit., p. 305, che evidenzia le criticità derivanti da entrambi i possibili “atteggiamenti” del legislatore.

lenza di genere. Se, invece, si privilegiasse una linea di intervento con un baricentro spostato sull'autore del reato, dovrebbe attribuirsi rilievo alle "cause" che sorreggono la condotta penalmente rilevante, a loro volta da identificarsi nelle discriminazioni legate al genere.

Non v'è dubbio, a mio avviso, che la ragione sulla quale fondare una ragionevole diversificazione della risposta del diritto penale sostanziale non può e non deve indentificarsi nella condizione di vulnerabilità della "donna in quanto donna", ma, piuttosto, nei tratti strutturali della violenza di genere, che, per le peculiarità che la contraddistinguono, ben può definirsi come "una forma di violenza diversa dalle altre". La prospettiva pressoché "obbligata", detto altrimenti, diviene quella di ragionare nell'ottica di una vulnerabilità *ex post*: la donna non deve essere considerata (da un punto di vista strettamente penalistico) vulnerabile in quanto donna, ma solo in quanto divenga vittima, per esempio, di una violenza sessuale o di maltrattamenti in famiglia motivati da ragioni di discriminazioni legate al genere. Sono le modalità dell'offesa a rendere la vittima di violenza di genere vulnerabile, non già la sua strutturale debolezza socio-culturale rispetto ai potenziali autori di questi reati⁸⁰. Se, viceversa, la vulnerabilità della donna come vittima di reato fosse intesa come una vulnerabilità *ex ante*, la stessa si fonderebbe, concettualmente, su uno stato di debolezza intrinseca (non importa, a ben vedere, se biologica o sociale).

La donna, in conclusione, non è (giuridicamente) vulnerabile in quanto (ontologicamente) debole, ma solo se in quanto si trova ad essere vittima di determinati reati⁸¹.

Si tratta, a mio avviso, di precisazioni che assumono un evidente rilievo di tipo "politico".

I rischi insiti nel binomio donna-vulnerabilità sono sufficientemente noti, anche se, forse, hanno ricevuto maggiore approfondimento teorico sul versante della donna autrice di reato (e, quindi, detenuta). Nel caso della donna autrice di reato, infatti, la connessione strutturale tra "femminile" e "debolezza" o, se si vuole, l'idea della vulnerabilità della "donna in quanto donna" sono legati a filo doppio al modello della responsabilità limitata. Sullo sfondo riecheggia quella *infirmitas sexus* che aveva condotto a teorizzare una attenuazione o, addirittura, una esclusione della imputabilità della "donna in quanto donna"⁸² o, comunque, una minorata responsabilità della donna, incapace in quanto in una

80 Cfr. F. Palazzo, *Soggetti vulnerabili e diritto penale*, cit., p. 98, secondo il quale la legge n. 69 del 2019 sarebbe «univocamente orientata a tutelare la vulnerabilità "sociale" della donna». Sulla valenza ibrida del concetto di vulnerabilità che fa sfondo alle recenti riforme legislative su questioni riconducibili alla violenza, a partire dalle misure introdotte dalla l. n. 69 del 2019 (c.d. Codice rosso), L. Parlato, *Vulnerabilità e processo penale*, cit., p. 440. Per una efficace ricostruzione della normativa nazionale in materia di violenza contro le donne, per tutti, A. Marandola, *Violenza sulle donne. Le prime forme di protezione: il c.d. "Codice Rosso"*, in *La fragilità della persona nel processo penale*, cit., pp. 455 ss.

81 A. Asúa Batarrita, *Los nuevos delitos de "violencia doméstica" tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre*, in *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Cuadernos Penales José María Lidón, 2004, pp. 218 ss. osserva come, al contrario di quanto avviene per i minori o gli incapaci, «rispetto alla donna non esiste una posizione di "inferiorità naturale" o una necessaria relazione di dipendenza, ma è proprio la pratica del maltrattamento che agisce come meccanismo per ottenere o mantenere la conformità e la sottomissione alla volontà del maschio». Analogamente, P. Lorenzo Copello, *La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, osserva che la situazione della donna «non è [...] paragonabile a quella dei bambini, degli anziani o dei disabili che, per loro stessa natura, occupano una posizione di partenza necessariamente subordinata nella famiglia. Questi componenti del gruppo domestico sono naturalmente vulnerabili; per le donne, invece, è l'aggressore a renderle vulnerabili attraverso l'esercizio della violenza. La vulnerabilità delle donne non è inerente alla loro posizione giuridica all'interno della famiglia o alle loro condizioni personali, ma è il risultato di una strategia di dominio esercitata dagli uomini - sotto la protezione dei modelli culturali dominanti - per tenerle sotto il loro assoluto controllo».

82 M. Graziosi, *Infirmitas sexus. La donna nell'immaginario penalistico*, in *Democrazia e diritto*, 2/1993, pp. 99 ss.

condizione di perenne dipendenza dall'uomo⁸³. Il risultato di una donna (biologicamente o socialmente) fragile, vulnerabile e dipendente diviene l'inevitabile infantilizzazione e/o psicopatologizzazione della sua devianza, che conduce a una differenziazione delle pene "femminili" e, spesso, a un approccio di tipo correzionale nel trattamento conseguente alla commissione di un reato⁸⁴.

La vulnerabilità, più in generale, funziona spesso da contraltare dell'autodeterminazione. Ogni approccio ispirato a una logica di stampo antipaternalistico, che metta al centro la persona e la sua libertà di scelta, deve scontrarsi con l'obiezione della (attuale o, più spesso, potenziale) incapacità di scelta da parte di soggetti che versino in condizione di vulnerabilità. Si pensi al settore paradigmatico delle questioni di fine vita⁸⁵, ma anche a quello della prostituzione: «è, in effetti, inconfutabile», ha osservato la Corte costituzionale, confermando la legittimità costituzionale delle condotte collaterali alla prostituzione, «che, anche nell'attuale momento storico, quando pure non si sia al cospetto di vere e proprie forme di prostituzione forzata, la scelta di "vendere sesso" trova alla sua radice, nella larghissima maggioranza dei casi, fattori che condizionano e limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo, riducendo, talora drasticamente, il ventaglio delle sue opzioni esistenziali. Può trattarsi non soltanto di fattori di ordine economico, ma anche di situazioni di disagio sul piano affettivo o delle relazioni familiari e sociali, capaci di indebolire la naturale riluttanza verso una "scelta di vita" quale quella di offrire prestazioni sessuali contro mercede»⁸⁶.

Se, invece, con specifico riferimento ai reati di genere, la vulnerabilità è una "condizione" (per usare la terminologia dell'art. 90-*quater* c.p.p.) che la donna si vede attribuita (solo) *ex post*, in conseguenza della commissione di determinati reati, l'obiettivo diviene quello, di tipo processuale, relativo alla minimizzazione del rischio di vittimizzazione secondaria, anche al fine di incentivare il ricorso alla giustizia di donne che, proprio perché hanno subito queste forme di violenza, avvertono una condizione di fragilità nei confronti tanto del reo quanto del sistema giudiziario complessivamente inteso. Non viene viceversa in considerazione la possibilità di configurare una risposta punitiva differenziata già sul piano più strettamente sostanziale, modellando fattispecie incriminatrici *ad hoc* o circostanze aggravanti sulla condizione di strutturale debolezza della donna e delle altre vittime di violenza di genere.

Queste conclusioni in materia di vittima vulnerabile non conducono, almeno credo, a ridimensionare o a negare la condizione di subalternità cui le donne sono costrette, come risultato di un modello socio-culturale strutturalmente patriarcale. La questione è, piuttosto, quella di tradurre queste premesse in categorie di diritto positivo, scegliendo tra una prospettiva che guardi alla vittima e una prospettiva che, invece, si focalizzi sul reo. A me sembra, per le ragioni che ho cercato di chiarire, che proprio quest'ultima sia la strada preferibile: valorizzare il modello socio-culturale da cui la violenza di genere trae origine e alimento, ma non al fine di isolare una vittima diversa dalle altre, quanto, piuttosto, con l'obiettivo di individuare una risposta differenziata per condotte (o, se si preferisce, offese) diverse dalle altre, per le "cause" che "motivano" i reati in questione, da individuarsi proprio nel mo-

83 V. Benetti, *La donna nella legislazione italiana*, Roma, Tipografia del Senato, pp. 48 ss.

84 G. Zuffa, *Ripensare il carcere, dall'ottica della differenza femminile*, in *Quest. giust.*, 2/2015, pp. 96 ss.

85 A. Vallini, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2019, 812 ss. e A. Massaro, *Questioni di fine vita e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 82 ss.

86 Corte cost., 6 marzo 2019, n. 141, punto 6.1. del *Considerato in diritto*, su cui, volendo, A. Massaro, *Reclutamento e favoreggiamento della prostituzione tra libertà di iniziativa economica, dignità in senso oggettivo e offensività in concreto*, in *Giur. cost.*, 3/2019, 1617 ss. Sulla *summa divisio* di riferimento tra prostituzione volontaria e prostituzione forzata v. I. Merzagora, G. Travaini, *Prostituzione: il mestiere più nuovo del mondo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2017, pp. 1124 ss. Per considerazioni critiche sul binomio consenso-sfruttamento, che si traduce nel binomio prostituta colpevole-prostituta vittima, T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit., pp. 70 ss.

dello patriarcale in cui affonda le radici il terreno sociale e culturale⁸⁷.

5. Le specificità della violenza di genere: coordinate definitorie

Diviene a questo punto necessario precisare cosa si intenda per “reati di genere” e se, in particolare, possa essere decisivo, a questi fini, il (solo) concetto di “violenza di genere”: si tratta, in effetti, di una scelta terminologica non scontata, di progressiva e lenta emersione sul piano normativo⁸⁸ e che, soprattutto, non trova sicuro ancoraggio nella legislazione penale italiana.

Il termine violenza, anzitutto, viene inteso in senso molto ampio quando a venire in considerazione sono i *gender-based crimes*. Si tratta, come precisato dalla Corte di cassazione a Sezioni unite, di una particolare forma di violenza alla persona, riferibile non solo ai casi di aggressioni fisiche, ma di quelle morali e psicologiche, nonché delle forme di violenza economica⁸⁹.

Da un punto di vista strettamente giuridico-penale, una definizione così ampia si inserisce in maniera “coerente” nel processo di progressiva “dematerializzazione interpretativa” del concetto di violenza che, avvicinandola in maniera sempre più significativa a quello di coercizione, incorre spesso nel rischio di estensione analogica di quelle fattispecie incriminatrici costruite, appunto, attraverso il riferimento a una condotta violenta, specie quando le stesse prevedano, come ulteriore elemento costitutivo, quello della costrizione (art. 610 o art. 609-*bis* c.p.)⁹⁰.

Sul versante sociologico e filosofico, spunti interessanti sono offerti, ancora una volta, dalle già richiamate considerazioni di Tamar Pitch: il femminismo punitivo, proprio attraverso il concetto di violenza contro le donne, ha inteso “denaturalizzare” e “deprivatizzare” offese che, per troppo tempo, sono rimaste invisibili, anche nelle aule di tribunale: l’introduzione uno specifico reato per criminalizzare il fenomeno dello *stalking* o l’attenzione riservata, nel dibattito pubblico, alle molestie sui luoghi di lavoro, per esempio, sono servite a identificare quei comportamenti come “non normali” o, in ogni caso, come “mali da combattere”⁹¹. Con il trascorrere del tempo, tuttavia, «il termine violenza ha finito per descrivere la condizione delle donne in generale, tutte le donne insomma, unificando le loro esperienze prescindendo dalle loro differenze di classe, origine etnica, cittadinanza, età, e contribuen-

87 In riferimento all’idea per cui una risposta differenziata per la violenza maschile contro le donne consentirebbe di stigmatizzare la discriminazione che costringe la donna in una posizione subalterna rispetto all’uomo, replicando (e confermando) la struttura patriarcale che fa da collante al tessuto sociale, E. Fernández, *El principio constitucional de no discriminación basada en el sexo y la nueva ley de protección integral contra la violencia de género*, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2006, p. 154; A. Rubio, *Inaplicabilidad e ineficacia del Derecho en la violencia contra las mujeres: un conflicto de valores*, in *Análisis jurídico de la violencia contra la mujeres*, Sevilla, Lam, 2004, pp. 43 ss. In senso adesivo, A.M. Maugeri, *Le “aggravanti” nei confronti degli uomini autori di “violenza di genere”*, cit., alla quale si rinvia anche per riferimenti ulteriori.

88 Per tutte le necessarie indicazioni, I. Boiano, *Femminismo e processo penale*, cit., pp. 118 ss.

89 Cass., Sez. un. pen., 29 gennaio 2016, n. 10959, la quale ha precisato che «la disposizione dell’art. 408 c.p.p., comma 3-*bis*, che stabilisce l’obbligo di dare avviso alla persona offesa della richiesta di archiviazione con riferimento ai delitti commessi con violenza alla persona, è riferibile anche ai reati di atti persecutori e di maltrattamenti, previsti rispettivamente dagli artt. 612-*bis* e 572 cod. pen., perché l’espressione violenza alla persona deve essere intesa alla luce del concetto di violenza di genere, quale risulta dalle pertinenti disposizioni di diritto internazionale recepite e di diritto comunitario».

90 Per tutti i necessari riferimenti, F. Cecchini, *La violenza privata e la violazione di domicilio. Protezione della vita privata tra concetto “smaterializzato” di violenza e nozione “relazionale” di domicilio*, in *Temi penali*, II, *Delitti contro la persona. Delitti contro il patrimonio*, Giappichelli, 2018, pp. 202 ss.

91 T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit., pp. 56-57.

do alla rilegittimazione del sistema di giustizia penale e alla sua odierna centralità nello scenario politico»⁹².

Le definizioni che si riscontrano ormai di frequente nelle fonti internazionali ed eurounitarie, le quali, secondo i principi generali, sono in grado di produrre effetti anche sull'ordinamento interno, ruotano proprio attorno al concetto di "violenza", articolata nelle tre categorie della violenza di genere, della violenza contro le donne e della violenza domestica.

Un punto di riferimento obbligato sul versante definitorio è certamente costituito dall'art. 3 della Convenzione di Istanbul, nella quale, tuttavia, si assiste al rischio di una sovrapposizione, non del tutto chiara, tra il concetto di *violence against women* e la (diversa?) definizione di *gender-based violence against women*, con l'ulteriore previsione della *domestic violence*⁹³.

Ai fini della presente Convenzione:

- con l'espressione "violenza contro delle donne" (*violence against women*) si intende designare una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente 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;
- l'espressione "violenza domestica" (*domestic violence*) designa 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; con il termine "genere" ci si riferisce a ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini;
- l'espressione "violenza contro le donne basata sul genere" (*gender-based violence against women*) designa qualsiasi violenza diretta contro una donna in quanto tale, o che colpisce le donne in modo sproporzionato;
- per "vittima" si intende qualsiasi persona fisica che subisce gli atti o i comportamenti di cui ai precedenti commi a e b;
- con il termine "donne" sono da intendersi anche le ragazze di meno di 18 anni.

Di particolare interesse, poi, risulta la definizione di violenza di genere offerta dalla già citata direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 (Considerando 17) in cui la violenza di genere ha come vittima una "persona", non semplicemente una donna.

Per violenza di genere s'intende la 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. Può provocare un danno fisico, sessuale, emotivo o psicologico, o una perdita economica alla vittima. La violenza di genere è considerata una forma di discriminazione e una violazione delle libertà fondamentali della vittima e comprende 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 cosid-

⁹² T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit., p. 57.

⁹³ Sul "compromesso" che ha condotto alle definizioni contenute nella Convenzione di Istanbul, I. Boiano, *Femminismo e processo penale*, cit., pp. 90 ss.

detti «reati d'onore». Le donne vittime della violenza di genere e i loro figli hanno spesso bisogno di un'assistenza e protezione speciali a motivo dell'elevato rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni connesso a tale violenza.

La definizione di violenza di genere, invece, scompare nella recente Direttiva (UE) 2024/1385 del Parlamento europeo e del Consiglio, che stabilisce norme minime comuni per prevenire e combattere la violenza contro le donne e quella domestica nell'Unione europea. La direttiva "polarizza" la tutela affidandosi, in sede di definizioni (art. 2), alla coppia concettuale delineata dalla violenza contro le donne e dalla violenza domestica, segnando, a mio avviso, un passo indietro terminologico-concettuale rispetto al percorso delineato dal diritto internazionale ed eurounitario. Nella definizione della violenza contro le donne, questo è vero, il legislatore europeo riproduce le note concettuali della violenza di genere («solo perché donne, ragazze o bambine» o «che colpisce le donne, le ragazze o bambine in modo sproporzionato»); così come è vero che il legame tra la violenza contro le donne e la violenza di genere compare, chiaramente, nel Considerando 10⁹⁴. A maggior ragione, allora, l'affrancamento terminologico, in sede di definizioni generali, dalla *gender-based violence against women* rappresenta una scelta non scontata e, io credo, poco condivisibile, anche perché il concetto di "genere" o di "violenza di genere" ricorre spesso negli articoli della Direttiva (a titolo meramente esemplificativo, artt. 8, 11, 21).

Nelle definizioni contenute all'art. 2 della Direttiva (UE) 2024/1385, più esattamente, si legge che:

Ai fini della presente direttiva si applicano le definizioni seguenti:

- a) «violenza contro le donne»: qualsiasi atto di violenza di genere perpetrata nei confronti di donne, ragazze o bambine solo perché donne, ragazze o bambine, o che colpisce le donne, le ragazze o le bambine in modo sproporzionato, che provochi o possa provocare danni o sofferenza fisica, sessuale, psicologica o economica, incluse le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, nella sfera pubblica come nella vita privata;
- b) «violenza domestica»: qualsiasi atto di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica, consumato all'interno della famiglia o del nucleo familiare, indipendentemente dai legami familiari biologici o giuridici, tra coniugi o partner o tra ex coniugi o partner, a prescindere che l'autore di tali atti conviva o abbia convissuto con la vittima;
- c) «vittima»: la persona che, indipendentemente dal genere, ha subito un danno causato direttamente da violenza contro le donne o violenza

Provando a ricavare delle indicazioni di carattere generale, è possibile delineare, da una parte, i concetti di violenza di genere e di violenza contro le donne, e, dall'altra parte, la definizione della violenza domestica.

⁹⁴ Considerando 10 Direttiva (UE) 2024/1385: «la violenza contro le donne è una manifestazione persistente della discriminazione strutturale nei confronti delle donne, derivante da rapporti di potere storicamente iniqui tra donne e uomini. È una forma di violenza di genere principalmente inflitta a donne, ragazze e bambine da parte di uomini. È radicata nei ruoli, nei comportamenti, nelle attività e negli attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini. Nell'attuazione della presente direttiva si dovrebbe pertanto tenere conto di una prospettiva sensibile alla dimensione di genere».

5.1. La violenza di genere: la lettura oggettiva del “motivo di genere”

La definizione di violenza di genere, così come ricavabile dalle fonti internazionali ed eurounitarie (fatta eccezione, come precisato, per la Direttiva (UE) 2024/1385), si caratterizza non solo per la nozione ampia violenza, capace di comprendere il danno fisico, emotivo o psicologico, economico, ma anche (e soprattutto) per la valorizzazione della “causa” del reato: la violenza deve essere diretta contro una persona per ragioni legate al genere, intendendo con quest’ultima espressione i ruoli, i comportamenti e gli attributi che un certo modello socio-culturale, cui l’agente si ispira, considera appropriati per uomini e donne⁹⁵.

Il concetto di genere evoca, in maniera immediata e necessaria, quello di potere degli uomini nei confronti delle donne, creando, come conseguenza ulteriore, un nesso evidente tra discriminazione e violenza. Potrebbe dirsi, usando un’espressione solitamente riservata ad alcuni reati commessi da stranieri, che i *gender-based crimes* siano *culturally-motivated crimes*⁹⁶, nel senso che trovano la loro “ragione” in un modello culturale accettato come dominante in un determinato contesto storico⁹⁷: l’esplicita criminalizzazione di questi comportamenti si fonda proprio sulla distanza di un certo ordinamento giuridico rispetto a modelli culturali che il diritto (anche penale) non solo non riconosce, ma, anzi, si propone di superare.

Si tratta di chiarire se attraverso la violenza di genere si intenda valorizzare il disvalore soggettivo costituito da un particolare “motivo a delinquere” o se, viceversa, il concetto in questione possa essere ricostruito su basi oggettive.

Mi sembra preferibile intendere le “ragioni” che stanno alla base della violenza di genere in senso meramente oggettivo, senza arricchire la definizione con una componente soggettiva che richiederebbe un’indagine sulla causa psichica che ha spinto il soggetto ad agire o, più in generale, sul suo foro interno, giungendo, tra l’altro, alla conclusione (poco auspicabile) di una necessaria rappresentazione del motivo in questione. Il reato, detto altrimenti, deve essere “causato” da un modello socio-culturale fondato sulla discriminazione di genere. Non importa che il soggetto sia stato concretamente motivato alla commissione del reato dalla discriminazione di genere: ciò che importa è quel modello, oggettivamente riconoscibile in sede di accertamento della responsabilità penale, sia disapprovato dall’ordinamento. Con l’ulteriore conseguenza per cui non si renderebbe necessario costruire, eventualmente, delle fattispecie che prevedano tra i loro elementi costitutivi il dolo specifico, visto che, come precisato, a venire in considerazione non sarebbe un elemento a contenuto esclusivamente psicologico che individui la finalità perseguita dall’agente, ma, viceversa, la “causa” che ha “determinato” la commissione del reato.

Risultano di particolare interesse, a questo proposito, alcuni spunti emersi nella giurisprudenza

⁹⁵ Cfr. M. Pérez Manzano, *Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género*, p. 22, la quale precisa che la violenza contro le donne può considerarsi una violenza di genere perché è lo strumento più estremo utilizzato per perpetuare la discriminazione contro le donne. L’uso dell’espressione violenza di genere, inoltre, implica una presa di posizione sulle cause che la generano, nel senso che “spiega” la violenza contro le donne in termini culturali e sociali, e non in termini biologici o individuali.

⁹⁶ Per le potenziali tensioni tra il riconoscimento del fattore culturale come elemento in grado di determinare una riduzione o un’esclusione della pena e la “lotta” contro le discriminazioni di genere, per tutti, A. Phillips, *When Cultures Means Gender: Issues of Cultural Defence in the British Courts*, in *Modern Law Review*, 2003, pp. 510 ss.

⁹⁷ Sia pur con accenti differenti, F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 41-42; A. Bernardi, *Il “fattore culturale” nel sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2010, spec. p. 57; C. de Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, ETS, 2010, p. 30; F. Parisi, *Cultura dell’«altro» e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 43-44.

spagnola, chiamata a confrontarsi con la novità introdotte dalla *Ley orgánica* 1/2004, contenente misure di protezione integrale contro la violenza di genere⁹⁸. Si è posta la questione, per quel che qui maggiormente interessa, se, per applicare le fattispecie previste dagli articoli 153, primo comma⁹⁹, 171, quarto comma¹⁰⁰ e 172, secondo comma¹⁰¹ del codice penale spagnolo, fosse necessaria una particolare intenzione dell'agente, anche sulla base dell'art. 1 della legge di riforma¹⁰², o se, al contrario, fosse sufficiente una condotta commessa da un uomo nei confronti di una donna rispetto alla quale intrattiene o ha intrattenuto una relazione coniugale o analoga.

Il Tribunale Supremo, con considerazioni relative anche al cruciale profilo dell'onere della prova (*rectius*, rischio per la mancata prova), ha osservato che «secondo la giurisprudenza costituzionale, per l'applicazione dell'art. 153.1 del codice penale, è necessario un substrato che dimostri che l'aggressione è inquadrata nel contesto di una concezione riprovevole impiantata in ambiti culturali o sociali

- 98 Per considerazioni critiche sulla riforma in questione, F. Muñoz Conde, *Violencia familiar y de genero en la ley orgánica 1/2004*, in E. Núñez Castaño (a cura di), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, spec. p. 17.
- 99 «El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años».
- 100 «El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años».
- 101 «El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años».
- 102 Art. 1 1. Ley Orgánica 1/2004, 28 dicembre: «La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.
2. Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.
 3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.
 4. La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero».

di predominio maschile sulle donne. Ma questo non significa che sia necessario un particolare elemento soggettivo o un dolo specifico. La presunzione funziona in senso opposto. Solo se vi è la prova o l'evidenza che l'episodio specifico o ripetuto di violenza è totalmente estraneo a questa concezione socialmente radicata, e che l'aggressione o la lesione obbediscono a coordinate radicalmente diverse, non vi sarebbe alcuna base per la differenziazione penale e la condotta dovrà essere punita attraverso i tipi sussidiari in cui la condizione femminile del soggetto passivo non rappresenta un titolo di aggravamento penale. Ma in linea di principio, un'aggressione in questo quadro contestuale di per sé e senza la necessità di una prova speciale è legata alla concezione che il legislatore penale intende sradicare o almeno riprovare»¹⁰³.

In maniera ancora più chiara, si è precisato come quello che caratterizzerebbe le fattispecie in questione non sarebbe un elemento soggettivo, «ma oggettivo, seppur contestuale e sociologico. Questa componente “machista” va ricercata nell'ambiente oggettivo, non negli stati d'animo o nelle intenzioni. Quando la Corte Costituzionale richiede quest'altro disvalore, non sta richiedendo una reiterazione, o uno scopo specifico, o una comprovata personalità machista. Chiede semplicemente di valutare se si possa ragionevolmente sostenere che nell'episodio in questione sia presente, anche se solo in forma latente, subliminale o latente, una tendenza “oggettivabile”, derivante dall'oggettività stessa dei fatti, a perpetuare una secolare disuguaglianza che si vuole sradicare punendo più severamente comportamenti che hanno questo sfondo»¹⁰⁴.

Ciò che rileva, detto altrimenti, non sono le motivazioni interiori che hanno sorretto, nel caso concreto, la condotta penalmente rilevante, ma le cause oggettive del reato, riconducibili al modello socio-culturale fondato sulla discriminazione di genere e sulla subalternità della donna rispetto all'uomo. L'accertamento, di conseguenza, dovrebbe essere condotto sulla base di un parametro (non soggettivo, ma) oggettivo, che valorizzi il punto di vista di un osservatore esterno e non quello del reo.

Proprio come nei reati culturalmente orientati, a venire in considerazione è un conflitto tra modelli culturali: quello che su cui “si basa” il reato commesso e quello che l'ordinamento, anche attraverso la sua legislazione penale, intende tutelare e promuovere.

L'espressione inglese *gender-based violence* (o *crimes*) riesce, meglio delle versioni italiane “violenza di genere” (o “reati di genere”) a rendere la curvatura oggettiva delle offese in questione: si tratta di reati “basati”, “fondati” sul genere, nel senso che trovano la loro origine e la loro spiegazione nel modello socio-culturale sulla base del quale uomini e donne si vedono attribuiti dei ruoli non paritari.

¹⁰³ ATS, 31 luglio 2013, VI razonamiento jurídico.

¹⁰⁴ STS, n. 856/2014, 26 dicembre 2014. Nella dottrina italiana, A.M. Maugeri, *Le “aggravanti” nei confronti degli uomini autori*, cit., § 4, discutendo favorevolmente l'introduzione di “aggravanti di genere”, precisa che «non si tratterebbe di punire più gravemente la violenza di genere in considerazione di uno specifico movente soggettivo dell'autore, ma piuttosto si tratterebbe di tenere conto non solo dell'offesa all'incolumità fisica o all'onore o alla libertà personale, o alla libertà sessuale, realizzata attraverso le lesioni, i maltrattamenti, le minacce, la violenza sessuale, ma l'ulteriore disvalore insito nella violenza di genere come forma di violenza strutturale in quanto espressione di discriminazione, in quanto meccanismo sociale per mantenere la donna nella posizione subordinata che occupa nella società patriarcale». Cfr. L. Goisis, *Genere e diritto penale*, cit., p. 62, favorevole a un'estensione dell'art. 604-ter c.p. al fine di renderlo riferibile anche ai reati di odio misogino/di genere, ritiene che il “motive di genere” dovrebbe ritenersi accertato quando «le condotte contengano effettivamente i segni di una finalità di discriminazione e di odio – di genere – allorché l'azione si manifesti come consapevole esteriorizzazione, immediatamente percepibile, nel contesto in cui è maturata, avuto riguardo anche al comune sentire, di un sentimento di avversione o di discriminazione fondato sul genere e cioè di un sentimento immediatamente percepibile come connaturato all'esclusione di condizioni di parità».

5.2. La violenza contro le donne

La violenza contro le donne individua una categoria speciale rispetto a quello di violenza di genere: agli elementi costitutivi di quest'ultima si aggiunge, infatti, il *quid pluris* della selezione della vittima, rappresentata dalla donna, intesa in senso biologico o, comunque, giuridico-formale. Resta invece fermo il requisito della "causa di genere", nel senso che per *violence against women* si intende la violenza contro una donna in quanto donna o, se si vuole, basata su discriminazioni legate al genere.

La scelta tra le due categorie, come è evidente, non risulta irrilevante, tanto sul piano giuridico quanto su quello più strettamente politico-ideologico¹⁰⁵. Si tratta di chiarire, detto altrimenti, se oggetto di specifica tutela debba essere il solo fenomeno della violenza maschile contro le donne (biologicamente intese come tali) o, se per contro, alla violenza di genere possa e debba riconoscersi una matrice culturale comune, anche nel caso in cui destinatari della stessa siano, per esempio, persone omosessuali o *transgender*.

5.3. La violenza domestica

Meno problematica risulta, almeno sul piano definitorio, la categoria della violenza domestica. In questo caso, mettendo da parte ogni considerazione sulla "causa" della violenza, la definizione si concentra sull'elemento oggettivo del legame "familiare", inteso, in senso ampio, come contesto affettivo dotato di un coefficiente minimo di stabilità. La *ratio* dell'aggravamento di pena risiede nel fatto che il contesto domestico può rivelarsi particolarmente criminogeno sia perché, trattandosi di un contesto privato, i meccanismi di controllo sociale hanno un minor potenziale di inibizione del comportamento violento sia perché il controllo esercitato da chi occupa una posizione dominante rende più difficile il ricorso alle autorità¹⁰⁶.

Oltre a quanto previsto dall'art. 3 del d.l. n. 93 del 2013 (convertito con modificazioni dalla l. n. 119 del 2013), che, sia pur nel limitato contesto normativo dell'ammonimento del, offre un'esplicita definizione di violenza domestica¹⁰⁷, è innegabile che proprio questo concetto abbia ispirato l'introduzione di molte circostanze aggravanti speciali (riferite, cioè, a specifiche fattispecie di reato) costruite proprio sul legame oggettivo tra reo e vittima.

Si pensi, in particolare, all'aggravante prevista dall'art. 577, primo comma, n. 1, c.p. la quale prevede la pena dell'ergastolo, per l'omicidio volontario se il fatto è commesso «contro l'ascendente o il discendente anche per effetto di adozione di minorenni o contro il coniuge, anche legalmente separato, contro l'altra parte dell'unione civile o contro la persona stabilmente convivente con il colpevole o

¹⁰⁵ *Amplius*, I. Boiano, *Femminismo e processo penale*, cit., pp. 90 ss.

¹⁰⁶ Così, pressoché testualmente, M. Pérez Manzano, *Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género*, cit., p. 20.

¹⁰⁷ Art. 3 d.l. n. 93/2013, primo comma: «Nei casi in cui alle forze dell'ordine sia segnalato, in forma non anonima, un fatto che debba ritenersi riconducibile ai reati di cui agli articoli 581, 582, 610, 612, secondo comma, 612-bis, 612-ter, 614 e 635, consumati o tentati, del codice penale, nell'ambito di violenza domestica, il questore, anche in assenza di querela, può procedere, assunte le informazioni necessarie da parte degli organi investigativi e sentite le persone informate dei fatti, all'ammonimento dell'autore del fatto. Ai fini del presente articolo si intendono per violenza domestica uno o più atti, gravi ovvero non episodici o commessi in presenza di minorenni, 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 di matrimonio o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima».

ad esso legata da relazione affettiva». Lo stesso art. 577 c.p., al secondo comma, stabilisce che la pena è della reclusione da ventiquattro a trenta 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 nei casi regolati dal titolo VIII del libro primo del Codice Civile, il padre o la madre adottivi, o il figlio adottivo, o contro un affine in linea retta». Un ulteriore esempio è quello offerto dall'art. 612-*bis* c.p., che al secondo comma prevede un aumento di pena «se il fatto è commesso dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa» o, ancora, dall'analoga formulazione del terzo comma del successivo art. 612-*ter* c.p., che punisce la diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti.

Lo schema seguito dal legislatore attraverso le circostanze aggravanti cui si è fatto cenno si inserisce, detto altrimenti, nel più ampio modello offerto dal "reato relazionale", inteso come un reato commesso nell'ambito di un rapporto interpersonale, esistente prima del fatto¹⁰⁸.

I casi di violenza domestica, evidentemente, si risolvono spesso in situazioni riconducibili al fenomeno della violenza contro le donne o, se si vuole, a quello della violenza di genere. Tra le categorie in questione, tuttavia, non esiste una perfetta sovrapposizione. Ai fini della violenza domestica, anzitutto, non è necessario accertare il disvalore consistente nella discriminazione di genere, posto che, come precisato, è necessaria e sufficiente la sussistenza di un legame oggettivo tra il reo e la vittima, nelle forme e nei limiti di volta in volta precisati dal legislatore. In secondo luogo, la violenza domestica è una categoria in grado di comprendere la violenza di genere, ma che certamente nella violenza di genere non si esaurisce: si pensi, a titolo meramente esemplificativo, ai casi di uccisione di un genitore da parte del figlio, alle ipotesi di omicidio c.d. *pietatis causa* o, addirittura, alla morte di un padre o di un marito violento per mano dei suoi familiari. Proprio l'eterogeneità delle situazioni riconducibili alla violenza domestica, del resto, è stata una delle ragioni che hanno condotto la Corte costituzionale, con la sentenza n. 197 del 2023, a dichiarare costituzionalmente illegittimo l'art. 577, terzo comma c.p., introdotto dalla legge n. 69 del 2019, nella parte in cui vieta al giudice di ritenere prevalenti le circostanze attenuanti della provocazione di cui all'art. 62, primo comma, numero 2), cod. pen. e le circostanze attenuanti generiche di cui all'art. 62-*bis* cod. pen. L'introduzione di queste "circostanze privilegiate", in effetti, violerebbe i principi di ragionevolezza-uguaglianza e di proporzionalità della pena¹⁰⁹. I principi di ragionevolezza e di proporzionalità, forse, sarebbero stati più al sicuro se il "bilanciamento bloccato" avesse avuto ad oggetto delle aggravanti costruite non tanto attorno al concetto di violenza domestica quanto, piuttosto, valorizzando quello di violenza di genere.

5.4. La (necessaria) distinzione tra violenza domestica e violenza di genere

La sentenza n. 197 del 2023 della Corte costituzionale conferma, se ancora ce ne fosse bisogno, che la violenza domestica non si identifica con la violenza di genere o, meglio, che la seconda non è inte-

¹⁰⁸ R. Bartoli, *La tutela della persona dalle aggressioni violente*, in M. Bertolino (a cura di), *Reati contro la famiglia – Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2022, 160 ss. V. Anche E. Corn, *Victimam non ledere. Verso nuove pene per i reati commessi in contesto di relazioni strette tra autore e vittima*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2023, 20 ss., che valorizza il concetto di "relazioni strette".

¹⁰⁹ Corte cost., 10 ottobre 2023, 197, su cui S. Prandi, *L'incostituzionalità del divieto di bilanciamento dell'aggravante dell'omicidio di prossimità: il giudice tra equità e legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2024, pp. 625 ss.

gralmente riconducibile alla prima: si tratta di fenomeni distinti che, quindi, necessiterebbero di distinte risposte da parte dell'ordinamento, compreso quello penale.

Anche se spesso, specie nel dibattito pubblico, le espressioni "violenza domestica" e "violenza di genere" appaiono sinonimiche, utilizzare il concetto di violenza domestica per indicare il fenomeno della violenza maschile contro le donne o, comunque, della violenza di genere è riduttivo e fuorviante. Riduttivo, perché il legame domestico ben potrebbe riferirsi a dinamiche che nulla hanno a che vedere con la violenza contro le donne: si pensi, di nuovo, all'uccisione di un padre (ma anche di una madre) per mano di un figlio tossicodipendente o, ancora, all'uccisione di un coniuge gravemente malato. Fuorviante, perché conduce, più o meno consapevolmente, ad occultare le cause della violenza e, in particolare, il fatto che la violenza di genere abbia carattere non occasionale, ma strutturale e non sia riconducibile a fattori individuali, ma socio-culturali¹¹⁰. La violenza di genere rischia di trovarsi "confusa" in un coacervo di condotte eterogenee, faticando ad emergere come fenomeno socio-culturale (prima) e giuridico (poi) autonomo alimentando il rischio di appiattare la *ratio* di tutela su una pretesa vulnerabilità *ex ante* della vittima, derivante dal suo legame con il reo.

È innegabile, ovviamente, che il contesto domestico sia quello in cui i reati di genere emergano con maggiore frequenza statistica, assumendo, quindi, i caratteri di una "violenza di genere domestica"¹¹¹, ma è altrettanto innegabile che la definizione dei due fenomeni, anche e soprattutto da un punto di vista giuridico, deve restare distinta: una legislazione penale che valorizzasse il legame "domestico" genericamente inteso per fondare una risposta sanzionatoria differenziata, questo è il punto, non potrebbe definirsi come una legislazione penale che introduca uno statuto speciale per i *gender-based crimes*.

6. Un possibile percorso di riforma: a) dalla *gender-based violence* ai *gender-based crimes*

Cercando di tirare le fila delle considerazioni svolte fino a questo momento, proverò a delineare le coordinate di una possibile "prospettiva di riforma", che mi sembra, risulti praticabile anzitutto sul versante tecnico-giuridico.

Un primo tassello è costituito dal superamento del concetto di violenza nella risposta penalistica ai reati di genere.

L'ampiezza del concetto di violenza, riferita ai reati di genere, può senza dubbio sollevare perplessità, specie per quelle esigenze di determinatezza della norma penale che definizioni tendenzial-

¹¹⁰ M. Pérez Manzano, *Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género*, cit., pp. 20-21 ritiene che l'uso dell'espressione "violenza domestica" in luogo di "violenza di genere" risulti sbagliato per eccesso, perché la violenza di genere riguarda non solo le donne, ma tutti i soggetti inseriti in un contesto familiare o para-familiare; risulti sbagliato per difetto, perché nasconde altri contesti nei quali le donne subiscono violenza in modo rilevante (per esempio, in un conflitto armato); risulti distortivo, perché rende meno nitida la prospettiva che valorizza le cause della violenza. Analogamente, P. Lorenzo Copello, *La violencia de género en la ley integral*, cit., p. 08:4, sottolinea l'inopportunità di identificare la violenza di genere con la violenza domestica, posto che, pur essendo fenomeni correlati, si tratta di questioni diverse, dovute a cause diverse e che necessitano di risposte penali autonome. La confusione dei due concetti, osserva ancora l'Autrice, ha portato a diluire la violenza contro le donne tra molte altre manifestazioni di aggressione che hanno origine da cause estranee al sesso della vittima, dando luogo a una risposta poco mirata da parte del diritto penale, non priva di pericolosi effetti applicativi.

¹¹¹ M. Pérez Manzano, *Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género*, cit., p. 22.

mente onnicomprensive non riescono ad assicurare. Se tutto è violenza, nulla, in definitiva, è violenza.

L'“inconveniente” in questione potrebbe ridimensionarsi valorizzando non tanto e non solo la nozione di violenza di genere (*gender violence*) quanto, piuttosto, quella di reati basati sul genere (*gender-based crimes*). Ciò che importa, detto altrimenti, non è la forma assunta dalla condotta penalmente rilevante e/o l'evento naturalistico del reato, ma le cause oggettive che stanno alla base di quella condotta, nel senso che si è cercato di precisare, senza che assuma valenza decisiva la circostanza che si tratti di una violenza sessuale, un sequestro di persona o, ancora, di un reato contro il patrimonio.

Mi sembra poi preferibile ragionare nell'ottica dei *gender-based crimes* anziché in quella, più settoriale, dei *gender-based crimes against women*. Non credo che questo comporti uno “svilimento” del disvalore collegato alle forme di “violenza” maschile contro le donne, che, certamente, rappresentano la componente più significativa, non solo sul piano quantitativo, dei reati commessi sulla base della costruzione sociale del genere. Credo, al contrario, che affrancare la risposta penalistica da una determinazione biologica della vittima risulti del tutto coerente con la prospettiva indicata dai *Gender Legal Studies*, senza considerare che il maschilismo e il sessismo cui si ispira il “modello culturale” che fa da sfondo ai reati commessi contro le donne è lo stesso che, più in generale, consente di “spiegare” i *gender-based crimes* intesi in una prospettiva più ampia.

6.1. b) introduzione di una circostanza aggravante comune

Il superamento del concetto di violenza renderebbe più semplice, a mio avviso, immaginare la formulazione di una norma che esprima il maggiore disvalore delle condotte che si stanno prendendo in considerazione.

L'alternativa più evidente, per chi ragioni su un possibile statuto differenziato per i *gender-based crimes*, è quella tra la previsione di autonome fattispecie di reato e l'introduzione di una o più circostanze aggravanti. Qualora si opti per la previsione di aggravanti, si tratterà di precisare se debba trattarsi di circostanze comuni o, per contro, riferibili solo a specifiche fattispecie di reato¹¹².

A me pare che la soluzione preferibile sia quella di prevedere una circostanza aggravante comune, costruita attorno al fatto commesso a causa del genere della vittima, secondo il modello oggettivo al quale si è fatto riferimento.

La scelta di un'aggravante consentirebbe, anzitutto, di spostare il baricentro sulla discrezionalità giudiziale, evitando rigidi automatismi sul versante del *quantum* di pena.

L'art. 604-ter c.p., che, come noto, è stato oggetto di proposte di legge volte ad ampliare la sfera operativa anche ai reati di genere¹¹³, costruisce l'aggravante ricorrendo al concetto di “finalità”¹¹⁴,

112 Cfr. A.M. Maugeri, *Le “aggravanti” nei confronti degli uomini autori di “violenza di genere”*, la quale, al fine di superare possibili dubbi di ragionevolezza, propone di limitare un'eventuale “aggravante di genere” ai soli reati più gravi, quali come i maltrattamenti, le lesioni gravi e gravissime, la violenza sessuale, l'omicidio.

113 Il c.d. disegno di legge Zan (Proposta di legge presentata il 2 maggio 2018, AC 569), in particolare, proponeva una modifica tanto dell'art. 604-bis c.p. quanto dell'art. 604-ter c.p., inserendo, in quest'ultimo, il riferimento ai «motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità». In argomento, M. Pelissero, *Omofoobia e plausibilità dell'intervento penale*, in GenIUS, 2015; D. Pulitanò, *Sulla discussione sul DDL Zan*, in *Giurisprudenza penale web*, 7-8/2021; L. Eusebi, *Colant omnes quemque. Tornare all'essenziale dopo il ddl Zan*, in *Discrimen*, 10 gennaio 2022.

114 L. Goisis, *Genere e diritto penale*, cit., p. 62, si mostra favorevole all'introduzione nell'inciso “nonché di genere” a chiusura dell'elenco di finalità previste dall'art. 604-bis c.p.

mentre l'art. 22 del codice penale spagnolo, ampiamente sovrapponibile alla norma italiana, fa riferimento ai "motivi"¹¹⁵.

Il concetto di "motivo", a ben vedere, potrebbe essere utilmente impiegato, a condizione, però, di intenderlo, conformemente a uno dei possibili significati letterali del termine, in un'accezione meramente oggettiva, che lo renda sinonimo di "causa", "ragione". È tuttavia innegabile che nella tradizione giuridica italiana il concetto di "motivo" si trovi spesso sovrapposto a quello di "movente", trovandosi in perenne oscillazione tra una definizione oggettiva e una soggettiva: si pensi alla circostanza aggravante dei motivi abietti o futili previsti dall'art. 61 c.p. o, ancora, ai motivi a delinquere cui fa riferimento l'art. 133 c.p., la cui lettura dipende dalla *ratio* che si ritenga di attribuire alla norma di riferimento¹¹⁶.

In alternativa, potrebbe valorizzarsi quella terminologia di stampo oggettivo che traspare dalle fonti non nazionali, attraverso il riferimento ai *gender-based crimes*: il reato deve essere commesso a causa del genere della vittima o, se si preferisce, deve essere basato, fondato su discriminazioni legate al genere, ponendosi, così, come diretta espressione di quel modello patriarcale che l'ordinamento, mediante l'introduzione dell'aggravante, mostra di disapprovare. Se la finalità si proietta verso il futuro, valorizzando lo scopo dell'azione (o dell'agente, a seconda della prospettiva che si ritenga preferibile), la causa guarda al passato, alle ragioni che sono in grado di "spiegare" la condotta del reo.

In ogni caso, muovendo da una nozione oggettiva del motivo-causa – questo è il punto – l'accertamento dello stesso dovrà necessariamente avvenire sulla base di un parametro oggettivo, esterno all'agente, che tenga conto, in particolare, delle modalità attraverso le quali è stata cagionata l'offesa penalmente rilevante. Il reo deve rappresentarsi che la vittima, nel caso di un *gender-based crime against women*, sia una donna, senza che, invece, si richieda la consapevolezza di perpetuare, attraverso la propria condotta, il modello patriarcale di cui quel comportamento è espressione. Queste premesse potrebbero scongiurare tanto il rischio di cedere alle tentazioni di un diritto penale d'autore quanto le difficoltà, in sede processuale, di accertare un fatto confinato nel foro interno del reo.

In giurisprudenza si è discusso di una possibile convergenza tra il motivo abietto (art. 61, n.1 c.p.), ricorrente nei casi in cui «la motivazione dell'agente ripugni al comune sentire della collettività», e i

115 Art. 22, n. 4 codice penale spagnolo, come modificato dalla Ley 15/2022: «commettere il reato per motivi razzisti, antisemiti, antigitani o per un'altra categoria di discriminazione riguardante l'ideologia, la religione o le convinzioni personali, l'etnia, la razza o la nazionalità, il suo sesso, età, orientamento o identità sessuale o di genere, ragioni di genere, di aporofobia o di esclusione sociale, la malattia o la disabilità della vittima, indipendentemente dal fatto che tali condizioni o circostanze concorrano effettivamente nella persona oggetto della condotta». V., in argomento, M.A. Rueda Martín, *Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, pp. 1 e ss., alla quale si rinvia soprattutto per il superamento delle "tradizionali" obiezioni secondo le quali la circostanza in questione sarebbe espressione di un diritto penale d'autore o, comunque, implicherebbe significative difficoltà sul piano probatorio (pp. 28 e ss.).

116 T. Padovani, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, 1988, § 13, in riferimento ai motivi abietti o futili di cui all'art. 61, n. 1 c.p., dopo aver precisato che «il motivo costituisce la causa psichica della condotta e consiste nell'impulso interiore che la determina» e che il motivo-movente ben potrebbe essere tanto conscio quanto inconscio, esprime delle perplessità sul fatto che un motivo del tutto inconscio possa costituire la base dell'aggravante, se la *ratio* della stessa, come in effetti sembrerebbe preferibile, viene ricondotta ad una maggior colpevolezza dell'agente. Analogamente, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale*, Zanichelli, 2024, 797, ritengono che il motivo inserito tra gli indici di accertamento della capacità a delinquere nell'art. 133 c.p., da intendersi nell'accezione di "movente", rappresenta la «causa psichica, lo stimolo che induce l'individuo a delinquere»: sebbene secondo la psicoanalisi lo stesso potrebbe essere anche inconscio, non è così scontato che, in sede di commisurazione della pena, possano trovare ingresso anche motivi inconsapevoli. *Amplius*, sui concetti di movente, motivo, scopo, causa, A. Malinverni, *Scopo e movente nel diritto penale*, Torino, Utet, 1955, 21 ss.

reati culturalmente orientati, specie quando assumano la fisionomia di reati di genere¹¹⁷. Si tratta però di uno schema argomentativo che, se già a fatica si propone per i reati culturalmente orientati commessi da stranieri, incontra ancora maggiori difficoltà per i reati di genere intesi in senso ampio¹¹⁸, a meno che non si tratti di modalità di condotta particolarmente “eclatanti”¹¹⁹. Una risposta *ad hoc* da parte del legislatore, probabilmente, assicurerebbe che i “motivi di genere” risultino, in quanto tali e senza particolari incertezze interpretative, espressione di un più significativo disvalore, senza la necessità di ricercare *aliunde* le ragioni di una risposta più severa da parte dell’ordinamento.

Quanto alla collocazione, mi sembrerebbe più opportuno l’inserimento di una disposizione di questo tipo nel catalogo delle circostanze aggravanti comuni di cui all’art. 61 c.p., proprio per evidenziarne la trasversalità e per affrancarli, sul versante definitorio, dalle condotte (esplicitamente o implicitamente) violente.

Sarebbe necessario, poi, un coordinamento con le fattispecie e le circostanze speciali già esistenti, per evitare duplicazioni o, comunque, sproporzioni sanzionatorie. A questo fine, risulterebbe certamente auspicabile una clausola, come quella contenuta nell’art. 604-*ter* c.p., che escluda dall’aggravamento di pena i reati già puniti con l’ergastolo, anche per effetto di circostanze aggravanti. Dovrebbe ipotizzarsi, poi, un coordinamento con le circostanze, già esistenti, di violenza domestica, da cui non deriva l’applicazione della pena dell’ergastolo: si pensi all’art. 612-*bis*, secondo comma c.p., ma anche all’art. 577, secondo comma c.p. In questi casi, il legislatore potrebbe o escludere il concorso di circostanze o stabilire un limite massimo all’aumento di pena.

Potrebbe immaginarsi, infine, un intervento sull’art. 649 c.p., che, come noto, prevede la non punibilità

-
- 117 Cass., sez. I pen., 12 novembre 2009, n. 6587, in *Foro it.*, 2010, II, cc. 561 e ss., con nota di F. Parisi, *I motivi abietti tra consuetudini culturali e mero “possesso parentale”: alcune precisazioni sul valore del fattore culturale in sede penale*, relativa all’omicidio, per mano del padre, di Hina Saleem, una ragazza ventenne di origine pakistana che, contravvenendo ai divieti paterni, aveva deciso di convivere con un ragazzo non musulmano: i giudici di legittimità, tuttavia, escludono la “radice” culturale del delitto in questione, ritenendo che la motivazione assorbente dell’agire dell’imputato derivasse non già da ragioni o consuetudini religiose o culturali, ma “solo” da un «patologico e distorto rapporto di “possesso parentale”» e dalla «rabbia per la sottrazione al proprio reiterato divieto paterno».
- 118 Risultano emblematiche le più recenti pronunce relative alla possibile rilevanza della gelosia come motivo abietto (o futile). I giudici di legittimità precisano che la circostanza aggravante dei motivi abietti ricorre nel caso in cui un omicidio 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 (Cass., sez. I pen., 27 settembre 2023, n. 45341; cfr. Cass., sez. I pen., 10 marzo 2023, n. 16054); la gelosia può integrare l’aggravante dei motivi abietti o futili, quando sia connotata non solo dall’abnormità dello stimolo possessivo verso la vittima od un terzo che appaia ad essa legata, ma anche nei casi in cui sia espressione di spirito punitivo, innescato da reazioni emotive aberranti a comportamenti della vittima percepiti dall’agente come atti di insubordinazione (Cass. sez. I pen., 19 ottobre 2023 n. 5514; Cass., sez. V pen., 9 maggio 2023, n. 27935); la gelosia, quale sentimento morboso espressione di supremazia e possesso che si estrinseca attraverso l’annientamento della vittima, può rendere configurabile l’aggravante dell’aver agito per motivi futili o abietti, di cui all’ art. 61, n. 1, c.p. (Cass., sez. I pen., 7 luglio 2023, n. 36364).
- 119 V., per esempio, Cass., sez. I pen., 11 maggio 2023, n. 44186, che ha ritenuto integrata l’aggravante del motivo abietto nel caso di un tentato omicidio, commesso dal marito in danno della moglie, mediante il cospargimento e la successiva accensione di liquido infiammabile; Cass., sez. V pen., 2 febbraio 2017, n. 33250, la quale ha concluso per la configurabilità del “motivo abietto” in riferimento a un tentato omicidio, commesso da un uomo che aveva colpito ripetutamente con un coltello la vittima per vendicarsi del suo rifiuto di assecondarlo sessualmente. Cfr., anche per la peculiarità della fattispecie, Cass. pen., sez. V pen., 21 aprile 2017, n. 36892, la quale ha ritenuto immune da vizi la sentenza che aveva riconosciuto il motivo abietto per l’omicidio del figlio di due anni commesso dall’imputato per vendicarsi della decisione della madre di interrompere la relazione.

dei delitti contro il patrimonio, ad accezione della rapina, dell'estorsione, del sequestro di persona a scopo di estorsione e di ogni altro delitto contro il patrimonio commesso con violenza alle persone. Il concetto di violenza alla persona è inteso in senso non univoco da parte della giurisprudenza, discutendosi, in particolare, se lo stesso comprenda anche la violenza morale (minaccia) la violenza sulle cose¹²⁰. Se, per le ragioni che si è cercato di precisare, l'aggravante di genere fosse affrancata dall'ondivago riferimento alla violenza, potrebbe forse ipotizzarsi che l'operatività dell'art. 649 c.p. sia esclusa anche quando ricorra la circostanza in questione: se, del resto, la "violenza economica" è considerata come una possibile forma di manifestazione della discriminazione di genere, un adattamento del sistema tradizionale dei delitti contro il patrimonio potrebbe certamente risultare auspicabile.

6.2. c) introduzione di cause di non punibilità e/o di una circostanza attenuante comune

Una risposta differenziata dell'ordinamento, poi, potrebbe essere completata dalla previsione di cause di non punibilità o di circostanze aggravanti che attribuiscano rilevanza alla reazione della vittima di reati di genere.

Storicamente, quello che, con terminologia contemporanea, rappresenta un "motivo di genere" è stato valorizzato nel senso di attenuare o escludere la risposta penale per reati contro delle donne, se commessi per "causa d'onore". Nella fattispecie di omicidio per causa d'onore, previsto dall'art. 587 c.p., si faceva espressa menzione, oltre al coniuge, della figlia o della sorella, con un riferimento esplicito, altrimenti sconosciuto al diritto penale italiano, della donna come vittima di reato¹²¹. Per non parlare dell'art. 530 c.p., che prevedeva una "speciale causa di estinzione del reato" in caso di c.d. matrimonio riparatore. Solo con la legge n. 442 del 1981 e con la legge n. 66 del 1996, come ampiamente noto, i reati d'onore e il matrimonio riparatore sono stati formalmente abrogati, superando quel sistema "culturalmente orientato" su cui si fondava la risposta penale in materia di violenza intrafamiliare e di delitti sessuali.

Ribaltando la prospettiva, come anticipato, il dibattito attuale si concentra sulla possibilità di rendere i *gender-based crimes* il presupposto per un trattamento di favore rivolto non più al reo, ma alla vittima.

Il riferimento è, anzitutto, ai dubbi relativi all'applicabilità della legittima difesa, come attualmente prevista dall'art. 52 c.p., specie per la difficoltà di ravvisare un "pericolo attuale" nel caso in cui la reazione della persona aggredita non risulti "contestuale" o, comunque, immediata¹²².

120 Secondo l'orientamento maggioritario, confermato di recente da Cass., sez. II pen., 9 marzo 2023, n. 22930, la violenza alla persona ex art. 649, terzo comma c.p. dovrebbe intendersi, in senso restrittivo, come violenza fisica, concetto dal quale risulterebbe esclusa tanto la minaccia quanto la violenza sulle cose.

121 Art. 587 c.p. (abrogato): «Omicidio o lesione per causa d'onore. Chiunque cagiona la morte del coniuge, della figlia o della sorella, nell'atto in cui ne scopre la illegittima relazione carnale e nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onore suo o della famiglia, è punito con la reclusione da tre a sette anni. Alla stessa pena soggiace chi, nelle dette circostanze, cagiona la morte della persona, che sia in illegittima relazione carnale col coniuge, con la figlia o con la sorella». Persino nella fattispecie di mutilazioni degli organi genitali femminili (art. 583-bis c.p.) il legislatore "evita" di declinare al femminile la persona offesa del reato: *amplius*, I. Boiano, *Femminismo e processo penale*, cit., pp. 28-29.

122 Si rinvia all'articolata analisi offerta dal volume di C. Pecorella (a cura di), *La legittima difesa delle donne. Una lettura del diritto penale oltre pregiudizi e stereotipi*, Mimesis, 2022, nonché a M. Pérez Manzano, *Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género*, cit., pp. 52 ss.

Non mi soffermerò sulla possibilità di un intervento sull'art. 52 c.p., capace di tener conto della reazione determinata dal più ampio contesto della discriminazione di genere, ma credo sarebbe possibile ragionare sulla previsione di una causa di non punibilità o, come in effetti sembra preferibile, di una circostanza attenuante comune, distinta dalla provocazione, capace di tener conto della particolare condizione della vittima di reati di genere. Si tratterebbe di un modo di recuperare la prospettiva della vittima, non, però, per "giustificare" una criminalizzazione differenziata dei *gender-based crimes*, ma, al contrario, per mitigare (o escludere) la risposta penale se la commissione del reato è stata motivata dalla ribellione a condotte discriminatorie, maltrattanti o in altro modo violente a loro volta " motivate" da ragioni fondate sul genere.

7. L'ipocrisia degli argomenti fondati sul diritto penale come *extrema ratio* e sui rischi di una pan-penalizzazione

Le obiezioni più ricorrenti relative alla previsione di uno statuto penale che, già sul versante del diritto sostanziale, differenzi la risposta dell'ordinamento a fronte dei *gender-based crimes* sono non solo quelle relative al principio di uguaglianza-ragionevolezza, ma anche quelle che chiamano in causa i principi generali sui quali si fonda il sistema penale, basate, essenzialmente, sulla valorizzazione di un diritto penale del fatto impermeabile a possibili infiltrazioni di stampo soggettivistico.

Quanto ai rischi di estrema soggettivizzazione della risposta penale, la lettura oggettiva dei motivi di genere o, se si vuole, della causa di genere mi pare sdrammatizzi di molto la questione: non mi sembra, detto altrimenti, che le fondamenta del sistema attuale corrano il rischio di sgretolarsi, inevitabilmente e irreversibilmente, a fronte di una circostanza che valorizzi, sul piano oggettivo, il (distorto) modello socio-culturale che sta alla base dei reati di genere. A ciò si aggiunga che l'introduzione di una circostanza aggravante potrebbe realizzare un giusto equilibrio tra legalità e discrezionalità, valorizzando le caratteristiche della vicenda concreta di volta in volta presa in considerazione.

Quanto all'idea del diritto penale come *extrema ratio* e ai rischi insiti nella panpenalizzazione, si tratta di principi cui il legislatore penale ha abdicato ormai da tempo in maniera strutturale e, forse, irreversibile. Mi rendo conto che rispondere al "male" con il "peggio" non sia certo l'atteggiamento più auspicabile, ma mi pare intriso di retorica (intenzionalmente) ipocrita un atteggiamento del legislatore che, dopo aver introdotto risposte differenziate per l'omicidio stradale e addirittura per quello nautico o dopo aver sovraccaricato l'art. 61 c.p. con circostanze chiaramente destinate a un impatto applicativo pressoché nullo, si rifugi dietro un rassicurante "le norme già ci sono" quando si discuta di violenza di genere o, più in generale, di *gender-based crimes*.

Il solo argomento che forse potrebbe risultare decisivo è quello relativo alle effettive ripercussioni di una riforma orientata alla repressione delle discriminazioni legate al genere anziché alla (sola) violenza domestica. Non credo, in effetti, che un intervento di questo tipo cambierebbe molto da un punto di vista del *quantum* sanzionatorio, se, guardando al diritto sostanziale, questo è l'effetto al quale si mira in maniera immediata e diretta. Credo, però, che il sistema uscirebbe rafforzato da un punto di vista della sua coerenza interna e credo altresì che la tanto vituperata funzione simbolico-culturale del diritto penale potrebbe ricevere un nuovo e significativo impulso vitale. Così come il formale superamento dei reati d'onore e del matrimonio riparatore ha segnato la linea di demarcazione tra un "prima" e un "dopo", il formale riconoscimento, anche "agli effetti della legge penale", di una forma di discriminazione talmente evidente da risultare innegabile potrebbe, forse, riallineare la legislazione penale tanto alle indicazioni ricavabili dalle fonti non nazionali quanto alle esigenze di tutela che emergono dal tessuto sociale.