QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale promosso
da Magistratura democratica

Il diritto femminile

2022

4

QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale fondato da Giuseppe Borrè

Direttore
Nello Rossi

Vice Direttori
Vincenza (Ezia) Maccora, Rita Sanlorenzo

Comitato di redazione
Maria Acierno, Silvia Albano, Giovanni Armone, Giuseppe Battarino, Marco Bignami, Francesco Buffa, Daniela Cardamone, Giulio Cataldi, Maria Giuliana Civinini, Elena Riva Crugnola, Linda D'Ancona, Carlo De Chiara, Riccardo De Vito, Antonella Di Florio, Fabrizio Filice, Mariarosaria Guglielmi, Vincenza (Ezia) Maccora, Marco Manunta, Daniele Mercadante, Gualtiero Michelini, Luca Minniti, Piergiorgio Morosini, Ilario Nasso, Andrea Natale, Luigi Orsi, Marco Patarnello, Carla Ponterio, Gaetano Ruta, Giuseppe Salmè, Rita Sanlorenzo, Valerio Savio, Enrico Scoditti, Simone Spina, Anna Luisa Terzi, Glauco Zaccardi.

Comitato scientifico
Perfecto Andrés Ibáñez, Luciana Barreca, Remo Caponi, Sergio Chiarloni, Riccardo Conte, Maurizio Converso, Beniamino Deidda, Mario Dogliani, Massimo Donini, Luigi Ferrajoli, Paolo Ferrua, Simone Gaboriau, Antonio Gialanella, Gianfranco Gilardi, Glauco Giostra, Elisabetta Grande, Francesco Macario, Vittorio Manes, Luigi Marini, Federico Martelloni, Luca Masera, Silvia Niccolai, Elena Paciotti, Mauro Palma, Livio Pepino, Marco Pivetti, Roberto Romboli, Vincenzo (Enzo) Roppo, Renato Rordorf, Alessandro Simoni, Irene Stolzi, Alberto Maria Tedoldi.

Segreteria di redazione
Mosè Carrara

Service editoriale
Guaraldi S.r.l. (Via Macanno 38B - 47923 Rimini)

QUESTIONE GIUSTIZIA - Rivista trimestrale è una pubblicazione online
editata dalla Associazione Magistratura democratica, codice fiscale 97013890583
ISSN 1972-5531

direttore editoriale:	Nello Rossi
sede:	c/o Associazione Nazionale Magistrati,
	Palazzo di Giustizia - Piazza Cavour 00193 - Roma
segreteria di redazione:	Mosè Carrara
indirizzo di posta elettronica:	redazione@questionegiustizia.it
sito web:	www.questionegiustizia.it
service provider:	Aruba

IV trimestre 2022 - chiuso in redazione in gennaio 2023

Sommario

Editoriale
La libertà e la vitalità delle donne:i dinieghi, i contrasti, le insidie
di *Nello Rossi* *4*

Introduzione al diritto femminile
di *Fabrizio Filice* *6*

La dismisura della giustizia: ripensare i diritti con Simone Weil
di *Iolanda Poma* *11*

Le persecuzioni nei confronti delle donne e il sistema di protezione internazionale: quale Paese può dirsi "sicuro" per le donne?
di *Ilaria Boiano* *21*

Genere e diritto penale. Il crimine d'odio misogino
di *Luciana Goisis* *44*

L'insostenibile "inadeguatezza" del contrasto giudiziario alla violenza di genere
di *Maria Monteleone* *64*

Il ragionamento giuridico stereotipato nell'assunzione e nella valutazione della prova dibattimentale
di *Elisabetta Canevini* *72*

Il diritto penale non è un diritto per le donne: il caso della legittima difesa
di *Paola Di Nicola Travaglini* *77*

Un ascolto parziale: il lavoro ideologico dei miti di stupro in aula di giustizia
di *Eleonora Volta* *90*

Donne e uomini davanti alla giustizia penale: un'indagine empirica presso il Tribunale di Milano
di *Claudia Pecorella* e *Massimiliano Dova* 98

Le discriminazioni economiche e di carriera delle donne nel mercato del lavoro
di *Elisabetta Tarquini* *108*

Le molestie nei confronti delle lavoratrici
di *Marta Giaconi* *119*

Come gamberi spaventati. Un balzo indietro di cent'anni nell'affermazione dell'uguaglianza e dei diritti delle donne
di *Susanna Pozzolo* e *Giacomo Viggiani* *134*

Cittadinanza, sangue e patriarcato: note per una critica femminista
di *Enrica Rigo* *149*

Gli autori

La libertà e la vitalità delle donne: i dinieghi, i contrasti, le insidie

1. La riflessione collettiva racchiusa in questo numero di *Questione Giustizia*, affidato alle cure di Fabrizio Filice, viene pubblicata in un momento in cui si ode ancora – e speriamo che non si affievolisca – il grido delle giovani donne iraniane, dei loro coetanei e di tantissimi cittadini di quel Paese, grido che è ormai divenuto l'emblema della protesta rivoluzionaria in atto: "Donna, vita, libertà". Un grido universale, che potrebbe essere fatto proprio dalle donne di tutto il mondo.

2. Per l'invocazione della "libertà", innanzitutto.

Le tirannie, le oligarchie, i regimi totalitari possono essere promotori di inaudite violenze, di brutali repressioni e di guerre feroci fino al genocidio contro "gli altri", siano essi popoli, gruppi etnici, minoranze religiose.

Ma nessuno Stato come quello teocratico può essere illiberale ed oppressivo verso il suo stesso popolo, nella pretesa di sorvegliare non solo i comportamenti esteriori, ma anche il costume, la morale, la dimensione spirituale e di punire con estrema durezza ogni trasgressione. Sorveglianza e punizioni che il totalitarismo teocratico iraniano esercita al massimo grado nei confronti delle donne, ultime tra gli oppressi, sottoposte a una serie infinita di restrizioni nella vita sociale ed economica e assoggettate a un vero e proprio *apartheid* femminile.

La libertà che oggi chiedono le donne iraniane è una libertà che la teocrazia non sembra in grado di comprendere e che non ha alcuna intenzione di riconoscere.

Lo dimostra la risposta alle rivendicazioni femminili della «Guida Suprema» Khamenei, che – parlando nel giorno della Festa della Mamma a un pubblico femminile accuratamente selezionato – non ha sentito il bisogno di dire una sola parola sulla crudele repressione in atto nel Paese e sulla sorte delle tante ragazze incarcerate e sottoposte a trattamenti inumani e degradanti, mentre non ha esitato ad affermare una pretesa superiorità morale del regime iraniano, che sarebbe capace di proteggere le donne dallo sfruttamento e dalla mercificazione cui sono soggette altrove e segnatamente in Occidente.

Guardando a questo e ad altri contesti di disparità e di oppressione delle donne, misuriamo l'immenso valore dell'eguaglianza nelle libertà e nei diritti – quell'eguaglianza formale di cui pure continuiamo a vedere e denunciare tutti i limiti – come frontiera da cui possono muovere e progredire tutti i processi di emancipazione e di conquista di eguaglianza sostanziale.

È in forza di tale eguaglianza nella libertà e dello svolgimento di un incessante lavoro culturale e politico di individuazione e rimozione di ostacoli – di cui partecipa anche la ricerca svolta in questo numero – che vengono raggiunti nuovi traguardi simbolici e sostanziali sul terreno della valorizzazione delle energie e delle potenzialità femminili e della sensibilità verso i temi di genere.

Di libertà e di eguaglianza – non di veli, di dominio, di segregazioni travestite da protezione o di paternalismo – hanno bisogno le donne per essere più sicure, più rispettate, più forti e autonome. E ciò vale in Iran, dove le donne sono le più oppresse di tutti, come in ogni altro Paese del mondo.

3. Accanto alla rivendicazione di libertà, nel grido di rivolta c'è il richiamo alla "vita".

Un richiamo egualmente ricco di significati perché le donne, sinonimo di vita, sono per ciò stesso al centro di grandi tensioni.

Come generatici di vita le donne hanno conquistato, nei Paesi avanzati, la libertà di decidere del proprio corpo e del proprio destino, in una parola della "loro" vita, grazie a normative regolatrici del diritto di interrompere una gravidanza indesiderata. Eppure tale conquista, che sembrava indiscutibile e irreversibile, è insidiata nel cuore stesso dell'Occidente democratico. Chiamata a decidere su di una legge del Mississippi che vietava l'interruzione volontaria di

gravidanza oltre la quindicesima settimana, in contrasto con la libertà per la donna – affermata nella sentenza *Roe* del 1973 e confermata nella decisione *Casey* del 1992 – di abortire fino alla ventiquattresima settimana, la Corte suprema degli Stati Uniti ha abolito «*tout court* il diritto delle donne statunitensi di abortire – perché (...) non menzionato nel testo della Costituzione né profondamente radicato nella storia e nella tradizione degli Stati Uniti –, lasciando completa libertà agli Stati di regolare come meglio credono la questione»[1].

Un inquietante passo indietro, che mostra come il diritto all'autodeterminazione della donna sia tuttora fragile e revocabile in dubbio perfino sul piano giuridico-formale, e debba perciò essere oggetto di costante attenzione e salvaguardia.

Per altro verso, la vitalità delle donne – che reclama autonomia, indipendenza, libera scelta delle relazioni personali – continua ad apparire minacciosa, inaccettabile e intollerabile a molti uomini ad essa impreparati, che non esitano a ricorrere alla violenza, anche estrema, per spegnerla.

Anche nel nostro Paese, dove il numero degli omicidi è in calo costante, resta aperta la piaga dei femminicidi, giustamente denunciata dal presidente della Corte di cassazione nel discorso di inaugurazione dell'anno giudiziario 2023. A riprova di quanto sia difficile incidere su stereotipi culturali che vengono da un passato lontano, sopravvivendo sotterraneamente a dispetto di ogni evoluzione sociale e culturale.

4. Già queste prime, frammentarie notazioni mostrano come quanti operano sul versante del diritto e del giudiziario siano direttamente e continuamente investiti dai conflitti e dalle tensioni che si appuntano sulla libertà, sulla vita e sulla condizione delle donne.

Di qui il valore di una ricerca centrata sul diritto femminile, svolta grazie all'apporto di chi a questo campo di problemi ha dedicato anni di studio e di impegno professionale, acquisendo una particolare sensibilità giuridica che qui mette a disposizione di tutti.

Chi scrive prevede che la lettura dei saggi raccolti in questo volume monografico rivelerà nuove prospettive e riserverà sorprese anche ai lettori che si credono più avvertiti e smaliziati.

Una ragione in più per dedicare tempo e attenzione ad un lavoro che, in fondo, riguarda "solo" una metà del genere umano...

Nello Rossi

Gennaio 2023

1. Così Elisabetta Grande, *Le recenti sentenze della Corte Suprema statunitense su armi, aborto e clima: una sfida alla sua sopravvivenza?*, in *Questione giustizia online*, 12 luglio 2022 (www.questionegiustizia.it/articolo/scotus-armi-aborto-clima).

Introduzione al diritto femminile

di *Fabrizio Filice*

Perché un diritto femminile? E in che senso un diritto femminile? La neutralità sessuale della norma non è già in sé una garanzia di eguaglianza e di parità per tutti i consociati, senza distinzione di sesso o di altre condizioni personali? E al contrario, non è rischioso tentare un percorso teorico di sessualizzazione o di "genderizzazione" del diritto? Non significherebbe forse piegarne la tendenziale neutralità all'adesione a istanze politiche di parte?

Con questo numero della Trimestrale cerchiamo di rispondere, come si evidenzia nell'introduzione che segue, a questi comprensibili interrogativi. E di dimostrare come la neutralità sessuale (ma anche razziale e censitaria) del diritto occidentale contemporaneo sia più una tautologia che una realtà. Quando invece un'apertura dei confini del ragionamento giuridico potrebbe consentire l'ingresso a una prospettiva altra, universale, intimamente connessa al concetto di legame e di obbligo incondizionato verso i corpi, tutti i corpi, che abitano questa terra nel qui e ora. Una prospettiva che ritroviamo in una parte significativa (ma sistematicamente ignorata tanto dai giuristi teorici quanto dai pratici) del pensiero filosofico e giuridico maturato nel contesto degli studi di genere. E che può costituire una preziosa occasione per una nuova fondazione dei diritti umani, in modo che essi diventino davvero uno strumento concretamente agibile ed efficace nel contrasto alle crescenti disuguaglianze e alle sfere di vulnerabilità che ne conseguono.

Nell'esperienza di ogni giurista, così come di ogni utente della giustizia, vi è a un certo punto la percezione di una distanza apparentemente incolmabile tra la tensione verso la giustizia, intesa in senso universale, e la prassi dell'amministrazione giudiziaria.

L'impressione di questo iato e l'angoscioso interrogativo di una sua possibile colmatura rivelano però, se sottoposti a congrua lettura critica, una cifra auto-illusoria.

Ciò che ci appare come una contraddizione nel termine è, in realtà, la linea di coerenza del termine stesso.

Le istituzioni dello Stato liberale moderno, imperniato sull'edificio teorico schmittiano, accentuano per vocazione – invece di contrastarla – la struttura gerarchica su cui è imperniata la costruzione statale, la cui missione, secondo Carl Schmitt, è quella di esprimere la sovranità nazionale.

Lo Stato detta un ordine e usa il diritto come una forza conformatrice da esercitare al proprio interno (nei confronti dei consociati) e al proprio esterno (nei rapporti di forza con gli altri Stati) per affermare la primazia e, soprattutto, la insostituibilità di quell'ordine.

La critica schmittiana al diritto internazionale stigmatizza il tentativo di porre su base consensuale un freno all'uso della forza tra gli Stati, come un attentato alla stessa ontica dello Stato che è tale, si concepisce tale, solo nell'espressione della propria sovranità nazionale e della propria forza di conquista e di negoziazione.

Il pensiero schmittiano dello spazio come proiezione della forza statale è profondamente legato alla mistica heideggeriana del moto individuale, ma anche collettivo, del ritorno alla grandezza dell'autentico *Essere*, nonostante il binomio Heidegger-Schmitt, non tanto inteso come legame biografico quanto come relazione concettuale, non sia stato oggetto di ricerche molto approfondite in dottrina[1].

1. Vds., sul punto, E. Sferrazza Papa, *Linguaggio originario e pensiero dello spazio in Carl Schmitt*, in *Rivista di filosofia*, n. 2/2018, pp. 245-264.

Sovranità nazionale e, in essa, pubblica amministrazione e giurisdizione sono quindi i luoghi di un dissidio intrinseco e senza pace. Da un lato la consegna della continua riaffermazione dell'ordine oppressivo che si esercita, dall'alto verso il basso, all'interno e all'esterno dei confini territoriali, secondo una linea antropologicamente riconoscibile di sesso, genere, etnia e censo (inteso, quest'ultimo, secondo la nozione illuministica di *labour*, *i.e.* non come una rendita di posizione ma come la capacità di produrre, attraverso il proprio *self* mente-corpo, ricchezza e progresso sociale).

Dall'altro lato la consegna nuova, nata dal neo-costituzionalismo e dai diritti umani del Secondo dopoguerra nella misura in cui essi – pur certamente correlati per ragioni storico-filosofiche alla teoria illuminista dei *moral rights*, intesi come fattore di ordine sociale (e quindi *includens non excludens* il contesto sovranista schmittiano) – promettono, per la prima volta nella storia, di discostarsene e di dare attenzione e cura ai corpi di tutti gli individui, le individue e lə individuə senza distinzione di sesso, etnia, genere, censo, e di concepire lo spazio giuridico europeo, principalmente attraverso lo *jus migrandi*, come una funzione di estensione e di circolazione di libertà, di accoglienza, di attenzione e cura dei bisogni corporei e spirituali; di protezione dei corpi e dei legami.

Il diritto dell'ordine sovranista è il diritto con il quale lo Stato impone ai propri consociati ruoli prestabiliti e tendenzialmente immodificabili, a cominciare dall'uso conformatore che da sempre il diritto fa della differenza sessuale, in base alla quale vengono concepiti i ruoli originari di genere: riproduttivo e di cura per le femmine; produttivo, decisionale e bellico per i maschi della specie.

La promessa dei diritti umani è stata tradita immediatamente, senza soluzione di continuità con la sua enunciazione, dalla reciproca rivendicazione degli Stati di sottomettere alla propria sovranità anche il nucleo teorico dei diritti fondamentali. Decidendo, attraverso i propri organi politici e giurisdizionali, se e come consentire l'ingresso dei diritti fondamentali all'interno degli ordinamenti nazionali, a quali condizioni e soprattutto sempre con la possibilità di attivare contro-limiti di ordine pubblico per non essere costretti a cedere porzioni di sovranità oltre il confine invalicabile dello snaturamento identitario.

L'aspirazione universale dei diritti è stata, anche con la complicità delle giurisdizioni europee, ridotta sino a rientrare nei ranghi di un *glocalismo* nel quale ogni cessione di sovranità è oggetto di una spregiudicata negoziazione politica condotta esclusivamente sulla base degli interessi nazionali, e all'esito della quale a ogni cessione deve corrispondere un acquisto in termini di forza dello Stato singolo nel contesto internazionale.

L'attenzione ai corpi e ai loro bisogni non è mai stata la priorità. E questo spiega quanto si diceva all'inizio, e cioè che non è frutto di contraddizione bensì di coerenza il fatto che alla formale affermazione dei diritti fondamentali in accordi e trattati internazionali via via dotati di sempre maggiore capacità astratta di vincolo, corrisponda nello spazio reale una più che mai sistematica negazione in concreto, per moltissimi esseri umani, del diritto alla sopravvivenza, alla dignità, all'istruzione, alla cura, alla libertà, alla mobilità e alla protezione dei legami.

Spezzare il solecismo strutturale dal quale il discorso dei diritti non riesce a liberarsi richiede un ripensamento radicale tanto del suo fondamento soggettivistico quanto del ruolo delle giurisdizioni indipendenti.

L'impronta soggettivistica del diritto è ben visibile nel momento in cui si considera che a partire dagli albori della civiltà e, poi, attraverso tutte le tappe fondamentali della costruzione teorica dei sovranismi – tra le quali, per amore di sintesi, mi limito a richiamare il diritto romano, l'Illuminismo e il colonialismo – non sarebbe stato possibile teorizzare né praticare l'esercizio dell'oppressione se non attraverso un soggetto di dominio, la cui esplicita tematizzazione è restituita dal soggetto hegeliano e dalle figure fenomenologiche che lo connotano, a cominciare dall'eterna lotta tra il servo e il padrone.

L'esperienza umana sulla terra è, da sempre e per sempre, esperienza di forza, di lotta per la sopravvivenza e per il potere, sino a spingersi al punto di non ritorno in cui, per non recedere dalla manifestazione del proprio potere, il soggetto di dominio non ha altra scelta che sopprimere l'oggetto stesso del proprio assoggettamento. Per dimostrare, a costo dell'annientamento totale e quindi dello svuotamento di senso della lotta stessa, di essere capace di una signoria assoluta sull'altro, sino a poterne decidere l'eliminazione dal reale. Non è che questo l'*ubi consistam* della (mai così attuale) minaccia nucleare tra superpotenze.

La volontà di potenza assoluta sull'altro è il fondamento teorico dell'oppressione ed è su questa base che il soggetto di dominio ha dato corso alla storia.

Una potenza che l'uomo ha sognato di strappare alla natura sin dalla presa di coscienza delle proprie abilità specistiche. La costruzione dello Stato e la dotazione di armi di distruzione di massa rispondono ancora oggi all'illusione di poter dettare, l'uomo al posto della natura, le regole e le condizioni della sopravvivenza su questa terra.

Una guerra insensata alla natura matrigna, ma anche alla natura materna.

L'esercizio dell'oppressione e i formanti attraverso i quali lo si è reso possibile, a cominciare dal formante teologico-politico teorizzato da Spinoza nell'omonimo trattato del 1670, hanno infatti una connotazione spiccatamente sessuale.

L'uomo, non la donna, è il soggetto di dominio. E la principale modalità attraverso cui lo Stato sovranista esercita la forza all'interno dei propri confini è, non casualmente, il controllo della facoltà riproduttiva dei corpi delle donne. Le legislazioni storiche, e quelle attuali, in materia di interruzione della gravidanza, a cui il progresso culturale e tecnologico ha successivamente affiancato i temi della procreazione medicalmente assistita, della gestazione per altri, delle famiglie omogenitoriali e dell'identità di genere, rappresentano campi costantemente sottratti dagli Stati alla disponibilità e all'autodeterminazione dei corpi, soprattutto dei corpi delle donne. Normative bioetiche e sentenze delle corti supreme sono tuttora utilizzate per limitare l'autonomia riproduttiva delle donne: quando, come, se. È lo Stato a decidere e il corpo deve piegarsi alla funzione conformatrice del diritto.

A questo punto, possiamo porci la domanda: *perché un diritto femminile?*

Tengo subito a precisare che con *diritto femminile* non intendo un diritto ideologicamente o politicamente adesivo all'attivismo dell'universo femminista, a sua volta peraltro frammentato in posizioni fortemente diversificate sui temi della differenza sessuale, dell'identità di genere e dell'identità *trans*, della riproduzione e dell'uso del corpo.

Intendo, piuttosto, un diritto capace di sciogliere concettualmente il legame che lo subordina al soggetto di dominio, che è innegabilmente un soggetto maschile.

E per fare questo occorre un nuovo radicamento del diritto nella concretezza del corpo, nella dimensione di necessità che lo governa e nella quale la forza è esercitata dalla natura, ma dalla natura è anche equilibrata con la capacità di generare e di rigenerare ciò che viene distrutto.

Un uso del corpo disarmato, attento, curativo, che muova dal rispetto del corpo proprio e altrui, nelle infinite differenze e nella lucida consapevolezza dell'incoercibilità umana sul corpo, giacché l'unica coercizione reale e che ci rende tutti, servi e padroni, vulnerabili è la necessità. La dimensione necessariamente biologica in cui affondano i nostri corpi, ma anche le nostre coscienze.

Simpoiesi, *mondeggiamento*, per dirla con Donna Haraway[2], con e nella natura. La nostra specie all'interno del suo insieme e nei rapporti con le altre.

Il diritto può reggere la sfida di diventare il risvolto operativo di questo assoluto rispetto dei corpi che deriva dall'unitarietà, dalla *simpoiesi* appunto, dal nostro coesistere, co-agire e contaminarsi nel mondo?

Ovviamente non è possibile profetizzare una risposta, ma solo delineare una direzione. Quella di un graduale svuotamento del soggettivismo e del personalismo giuridico a cui faccia da *pendant* una ricollocazione dei diritti umani dal settore dei diritti glocali, soggetti ai sovranismi nazionali, a quello degli obblighi universali ed eterni, che fanno di ogni infinitesimo frammento di vita sulla terra un centro di attenzione, di cura e di rispetto. Un centro di bene.

Così anche l'azione giudiziaria, almeno quella delle giurisdizioni indipendenti, viene ricollocata su un formante diverso, ontologicamente contro-maggioritario perché svincolato, tramite una reinterpretazione della garanzia di indipendenza, dalla sovranità nazionale. È nell'universalismo a-localistico e a-sincrono degli obblighi reciproci che le giurisdizioni indipendenti devono cercare un nuovo radicamento, in asse con le organizzazioni non governative che proteggono i lavoratori, i migranti, le donne, le bambine e i bambini, le persone LGBTQIA+, le vittime delle guerre e dei conflitti, i detenuti. Il tratto comune della ferma e assoluta indipendenza, intesa anche come lontananza ideale dal potere politico e da tutte le sue espressioni, si unisce alla vocazione a proteggere per costruire una comune intelligenza di protezione tra le organizzazioni non governative e le giurisdizioni, e alterare così la linea della forza, invertendone il flusso e spiegandola a proteggere piuttosto che a offendere e a opprimere.

Il riferimento a un femminile giuridico, almeno per come io lo intendo, è quindi universale e a-essenzialista. Il che non rischia, d'altra parte, di neutralizzare la differenza sessuale perché essa è incancellabile, in quanto appartiene proprio a quella dimensione di necessità non alterabile dall'uomo. Il corpo sessuato e la differenza sessuale segneranno sempre il dato naturale di necessità da cui partire, come sottolinea Judith Butler (il cui pensiero è molto diverso dalla vulgata butleriana) quando afferma, in *Vite precarie*[3], «Il corpo è mio e non è mio».

Il dialogo con i femminismi e, in particolare, con le correnti che più esplorano la dimensione anti-soggettivistica e impersonale dell'esistenza, fra le

2. D.J. Haraway, *Staying with the Trouble: Making Kin in the Chthulucene*, Duke University Press, Durham (North Carolina) 2016 – trad. it.: *Chthulucene. Sopravvivere su un pianeta infetto*, NERO, Roma, 2019.

3. J. Butler, *Precarious Life: The Powers of Mourning and Violence*, Verso Books, Londra/New York, 2004 – trad. it.: *Vite precarie. I poteri del lutto e della violenza*, Postmedia Books, Milano, 2013.

quali quella del femminismo intersezionale, quella trans-femminista e quella anti-specista, può avere una parte importante nell'evoluzione di un diritto che protegge, che accoglie, che include e paradossalmente (ma il paradosso è solo apparente) non giudica. Un'etica della giurisdizione non è una giurisdizione etica, ma al contrario una possibile via per immettere dei granelli di bene nella prassi del reale, (non solo ma) anche attraverso l'amministrazione della giustizia.

Questo deciso ripensamento della funzione giuridica, dai diritti della persona agli obblighi universali, così come le sue conseguenze politiche in termini di graduale svuotamento semantico, di vero e proprio *disfieri* dei sovranismi nazionali intrinsecamente connessi all'oppressione patriarcale, incontrano un primo, fondamentale e ineludibile passaggio nello sguardo sul diritto europeo che ci consegna l'immensa opera di Simone Weil.

La lettura weiliana del diritto è senza dubbio una lettura femminile nel senso descritto, perché si nutre di un genio che è propriamente femminile in quanto a-soggettivistico e teso verso l'impersonale, ma è anche estremamente concreto, sino all'esplorazione di ogni umore e sentore del corpo, compresi quei gradi di saturazione dell'essere che immettono porzioni di *non solo finito* nello scorrere delle nostre esistenze.

Un modo di abitare la soggettività molto diverso da quello della persona giuridica al quale siamo abituati. Un nuovo soggetto, pronto a immettersi nella storia per scardinarne il moto ascendente unico, realizzando la *rupture* dello storicamente imprevisto.

Seguendo il pensiero weiliano come la stella polare di un possibile percorso ri-fondazionale del diritto, ad aprire questo numero monografico, dedicato al diritto femminile, è il contributo di Poma, che ci porta *in medias res* nel discorso degli obblighi universali weilianamente intesi come una categoria antitetica ai diritti rivendicativi ed egocentrati del costrutto illuminista "persona", *alter ego* del soggetto di dominio.

I contributi che seguono restituiscono tutta la dinamicità discorsiva – e talora oppositiva – tra il diritto e le vite delle donne. Boiano propone una lettura dei moti migratori nella prospettiva delle donne migranti, per le quali l'esigenza di mobilità transfrontaliera è spesso dettata da persecuzioni per motivi di sesso e genere, e quindi da una persecuzione sistemica e costante all'interno di tutte le persecuzioni occasionali e variabili per motivi razza, religione, nazionalità, appartenenza a un particolare gruppo sociale od opinioni politiche. Goisis approfondisce il significante del motivo d'odio misogino e ne sottolinea i necessari risvolti penalistici, indispensabili per una chiave di lettura in prospettiva di genere del fenomeno della violenza maschile, notoriamente trasversale e comune, sia pure con diversi accenti e diverse intensità, a tutte le nazioni e a tutti i popoli.

Monteleone, Canevini e Di Nicola Travaglini descrivono invece le consistenti e deliberate aporie del sistema penale nella sua funzione di contrasto all'odio, alla discriminazione e alla violenza maschile contro le donne. Rifiuto aprioristico e politico da parte del ceto dei giuristi di accogliere la prospettiva di genere come categoria di lettura del diritto, mancanza di formazione della magistratura e dell'avvocatura quantomeno nei fondamentali degli studi multidisciplinari di genere, che coinvolgono aspetti giuridici ma anche statistici, sociologici e psicologici, e mancanza (o scarsità) di specializzazione degli uffici giudiziari, soprattutto di quelli funzionalmente deputati alla protezione delle vittime di violenza, come le procure e gli uffici dei giudici per le indagini preliminari.

Sono fattori, tutti, che contribuiscono a delineare un quadro estremamente insoddisfacente del sistema giudiziario italiano, permeato da diffusi stereotipi di genere nella valutazione delle prove e nelle decisioni giudiziarie, da valutazioni superficiali, quando non vere e proprie sottovalutazioni delle denunce delle donne vittime di violenza e dalla inaccessibilità alle donne degli istituti storici di autotutela, *in primis* l'esimente della legittima difesa. Il contributo di Volta entra invece nel vivo del linguaggio, strettamente correlato al diritto, descrivendoci le pratiche linguistiche scorrette e discriminatorie che, nel contesto delle indagini e dei processi per violenza sessuale, domestica e di genere, pongono ancora oggi le donne in una situazione di ingiustizia ermeneutica tramite l'indiretta colpevolizzazione per la violenza subita, il travisamento dei fatti e delle motivazioni, la posizione dell'accento sulle caratteristiche personologiche, caratteriali, di orientamento sessuale o di identità di genere delle vittime, così contribuendo a descrivere il diritto come il luogo di un immaginario vittimizzato e vittimizzante, con conseguente disincentivo delle donne a cercare protezione e sostegno nelle autorità giudiziarie e crescita esponenziale della cifra nera della violenza. Chiude l'analisi penalistica il contributo di Pecorella e Dova, che evidenzia come le storture di un sistema sociale tutt'oggi sbilanciato in senso patriarcale abbiano conseguenze non solo in termini di donne vittime, ma anche di donne autrici di reati. Attraverso un'analisi empirica, gli Autori esplorano la variabile di genere come fattore esplicativo anche della criminalità, poiché la questione criminale viene da sempre concepita come un universo essenzialmente maschile e questo difetto di prospettiva ha condizionato l'intera architettura del sistema penale, che è stato edificato sul modello maschile, dando origine a un insieme di disposizioni e di prassi interpretative che, pur sembrando formalmente in

grado di adattarsi a una realtà complessa, non prendono in considerazione le differenze di genere.

I contributi di Tarquini e Giaconi ci introducono al settore del diritto del lavoro, anche in questo caso evidenziandone i profondi squilibri consolidati in danno alle donne. Discriminazioni economiche e di carriera del tutto insensibili e resistenti alla normativa in tema di pari opportunità (il cd. *gender mainstreaming*). Aggressioni e molestie diffuse sui luoghi di lavoro, agite su una base sessuale e sessista che agevolmente si cumula con la discriminazione su base etnico-religiosa, a potenziare intersezionalmente l'azione discriminatoria e i suoi effetti.

Chiudono il numero il contributo di Pozzolo e Viggiani e il contributo di Rigo.

Pozzolo e Viggiani, partendo dall'analisi della sentenza della Corte suprema americana *Dobbs v. Jackson*, resa nel giugno 2022, che ha notoriamente escluso il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza dall'alveo dei diritti costituzionalmente garantiti, delineano con precisione e dovizia di ricostruzione storica l'indefesso moto tellurico con il quale i sovranismi nazionali mantengono il pugno del controllo sul corpo riproduttivo delle donne, attraverso argomentazioni di tipo originalista che, a un'attenta analisi, si rivelano abili revisionismi e travisamenti storico-culturali deliberatamente artefatti per limitare fortemente – quando non escludere del tutto – i diritti umani e, in particolare, i diritti delle donne dai principi costituzionali che reggono gli ordinamenti giuridici.

In chiusura, Rigo si confronta con il meta-concetto di cittadinanza, evidenziandone anche in questo caso l'immaginario maschile e patriarcale di riferimento, ma al contempo non rinunciando a ripensarlo in termini democratici, sovranazionali e aperti alla prospettiva di genere. E così contribuendo a delineare quella direzione, filosoficamente weiliana, di ripensamento del diritto in termini universali di inclusione, di accoglienza, di riconoscimento e di protezione dell'altrə.

La dismisura della giustizia: ripensare i diritti con Simone Weil

di *Iolanda Poma*

Il contributo intende trasportare il giurista teorico, ma anche il giurista pratico, dall'usuale contesto del ragionamento tecnico-giuridico alla dimensione universale della riflessione sulla giustizia, sul bene dell'umanità e sulla promessa mai compiutamente realizzata dei diritti umani nati dal Secondo dopoguerra. Una riflessione che ha interamente occupato l'ultima parte della vita di Simone Weil, che si spegne nel 1943 dopo aver contribuito alla resistenza gollista e, soprattutto, dopo aver denunciato, con gli ultimi scritti londinesi, il profondo stato di abbandono in cui versavano l'Europa e le sue istituzioni. Sul finire delle guerra e della sua stessa vita, Weil si interroga incessantemente, in particolare ne *L'Enracinement*, sulla possibile declinazione dei diritti umani come obblighi eterni che ci legano gli uni agli altri, ricollocando anche il diritto, così come ogni altra espansione delle attività umane, nel contesto di una grande teoria della necessità e del bene universale.

1. L'obbligo, alla luce del bene / 2. Il bisogno/dovere di radicamento / 3. La critica alla persona / 4. La critica al diritto / 5. «Il carattere infinitesimale del bene» / 6. Operare la giustizia

1. L'obbligo, alla luce del bene

«Vi è una realtà situata fuori del mondo, vale a dire fuori dello spazio e del tempo, fuori dell'universo mentale dell'uomo e di tutto ciò che le facoltà umane possono cogliere. A questa realtà corrisponde, al centro del cuore umano, l'esigenza di un bene assoluto che sempre vi abita e non trova mai alcun oggetto in questo mondo»[1].

Così si esprime Simone Weil nella *Professione di fede*, in apertura alla sua *Dichiarazione degli obblighi verso l'essere umano* del 1943 e che, da subito, si presenta come alternativa rispetto a quella *Dichiarazione dei diritti dell'uomo* del 1948 a cui siamo per tradizione abituati. Immediatamente traspare un nesso tensivo tra un dato sempre particolare e concreto (l'esigenza umana di bene) e un principio sempre universale (la realtà assoluta di un bene trascendente), che opera nel movimento di quella pluralità.

Per affrontare il tema del diritto femminile attraverso il pensiero di Simone Weil, è necessario andare incontro a una serie di provocazioni, che possono però aiutare a restituire autenticità a quelle dinamiche relazionali, sociali e comunitarie che si trovano in un'evidente asimmetria di rapporto, risultante da un'oggettiva differenza di potere tra i soggetti in gioco. La responsabilità senza potere proposta da Weil prefigura una logica che contraddice i rapporti che, anche nell'obiettivo di un'assunzione di responsabilità, continuano a porre nel principio della forza la loro condizione di possibilità. L'esercizio weiliano dell'attenzione, in atto nella lettura del reale, illumina una

1. S. Weil, *Écrits de Londres et dernières lettres*, Gallimard, Parigi, 1957, p. 74; *Dichiarazione degli obblighi verso l'essere umano*, in *Ead.*, *Una Costituente per l'Europa. Scritti londinesi*, a cura di D. Canciani e M.A. Vito, Castelvecchi, Roma, 2013, p. 114.

verità inequivocabile: ai fini della giustizia non si può agire secondo la logica della forza; la giustizia oltrepassa le leggi del peso degli attori e indica che la differenza di forza non è l'unica via percorribile.

In natura opera la forza, che però è sempre limitata dall'equilibrio complessivo di un ordine necessitato, tanto reale quanto lo è l'esigenza di giustizia su cui s'incardinano le comunità umane e che abita il cuore umano, la cui struttura «è una realtà fra le realtà di questo universo, non diversamente dalla traiettoria di un astro»[2]. Entrando però nella sfera delle relazioni umane, la forza perde il suo naturale equilibrio perché, associandosi all'arbitrio umano, si contamina con un'infondata pretesa d'illimitatezza, facendosi strumento di sopraffazione tra gli uomini. Per un soggetto che si ammanti di questa forza contraffatta, la necessità sarà sempre percepita come una costrizione insopportabile. Solo un soggetto che dismetta ogni legame con questa forza può comprendere che il contrario della libertà non è la necessità, ma il libero arbitrio, il capriccio, la discrezionalità, che sono i mali che producono l'oppressione sociale[3].

Una libertà, che non è l'opposto della necessità, trova nel carattere impersonale dell'ordine naturale e trascendente il modello dell'agire umano: «Agire come farebbe il sole, se sapesse. Esso è senza pietà solo perché non sa. La giustizia. Essere come sarebbe la materia incosciente – se fosse cosciente»[4]. Riconoscere la forza e il saperla disprezzare permette di raggiungere un'equità pari a quella della saggezza divina «che effonde equamente su tutti la pioggia e la luce del sole»[5]. Il modello di necessità dell'universo, in cui si dà un ordine di delicati equilibri tra azioni indipendenti, evoca «la presenza di qualcosa di analogo alla saggezza che vorremmo possedere per appagare il nostro desiderio del bene»[6]. Il male peggiore per l'uomo è nel suo arbitrio, rispetto al quale bene è ciò che ne è privo, ossia la necessità. Sebbene ci sembrino opposti, il bene assoluto parla lo stesso linguaggio della necessità: «Una necessità rigorosa, che esclude ogni arbitrio, ogni caso, regola i fenomeni materiali. Nelle cose spirituali, benché libere, vi è se possibile ancor meno arbitrio e caso»[7].

Nella *Dichiarazione*, scritta in previsione di una nuova Costituzione per la Francia, Weil riconosce l'indiscussa centralità, entro la convivenza umana, degli obblighi come forma incondizionata del rispetto dovuto a ogni essere umano nei suoi bisogni fisici, morali e spirituali. Questa è la condizione indispensabile per una comunità civile che aspiri alla giustizia. L'obbligo verso gli esseri umani, connesso alla realtà assoluta del bene, è una parola della necessità. Il preambolo richiama alla fedeltà a una comune fonte d'ispirazione: una spiritualità non confessionale, un bene assoluto da cui può discendere «tutto il bene suscettibile di esistere, ogni bellezza, ogni verità, ogni giustizia, ogni legittimità, ogni ordine, ogni subordinazione del comportamento umano a degli obblighi»[8]. Tutto ciò che ha la sua radice nel bene posto fuori da questo mondo ne riflette la natura eccentrica, ossia esorbitante un piano esclusivamente mondano, in un rapporto di radicale asimmetria che fa del mio obbligo, riprendendo le parole di Lévinas, una «pura testimonianza della dismisura che già mi comanda»[9].

L'unica vera motivazione per un rispetto per tutti in una realtà fatta di differenze e di ineguaglianze può riferirsi solo a qualcosa che è uguale in tutti e «tutti gli esseri umani sono assolutamente identici nella misura in cui possono essere concepiti come costituiti da un'esigenza centrale di bene attorno alla quale si dispone un po' di materia psichica e carnale»[10]. L'orientamento universalistico in grado di proteggere qualsiasi riflessione giuridica, politica, ma anche religiosa dall'esposizione a un continuo parteggiamento e a un

2. S. Weil, *L'Enracinement. Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain*, Gallimard, Parigi, 1949, ora in *Ead.*, *Œuvres*, a cura di F. de Lussy, Gallimard, Parigi, 2011 (1999), p. 1179; *La prima radice. Preludio a una dichiarazione dei doveri verso l'essere umano* (trad. it.: F. Fortini), SE, Milano, 1990, p. 218.

3. *Cfr.* S. Weil, *Réflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale*, Gallimard, Parigi, 1955, ora in *Ead.*, *Œuvres*, *op. cit.*, p. 315; *Ead.*, *Riflessioni sulle cause della libertà e dell'oppressione sociale*, a cura di G. Gaeta, Adelphi, Milano, 2011, pp. 76-77.

4. S. Weil, *La connaissance surnaturelle*, Gallimard, Parigi, 1950, ora in *Ead.*, *Œuvres complètes*, tomo VI, vol. IV, Gallimard, Parigi, 2006, p. 118; *Ead.*, *Quaderni*, vol. IV, a cura di G. Gaeta, Adelphi, Milano, 2005, p. 111.

5. S. Weil, *Intuitions pré-chrétiennes*, La Colombe, Parigi, 1951, pp. 193-194; *Ead.*, *La rivelazione greca*, a cura di M.C. Sala e G. Gaeta, Adelphi, Milano, 2014, pp. 200-201.

6. S. Weil, *La prima radice*, *op. cit.*, p. 1032 (it. 19).

7. S. Weil, *Cahiers II*, Plon, Parigi, 1972, p. 360; *Ead.*, *Quaderni*, vol. II, a cura di G. Gaeta, Adelphi, Milano, 1997, p. 190.

8. S. Weil, *Dichiarazione*, *op. cit.*, p. 74 (it. 114).

9. E. Lévinas, *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*, Martinus Nijhoff, L'Aia, 1974, p. 217 – ed. it.: *Altrimenti che essere o al di là dell'essenza* (trad. di S. Petrosino e M.T. Aiello), Jaca Book, Milano, 1983, p. 174.

10. S. Weil, *Dichiarazione*, *op. cit.*, p. 76 (it. 115).

dibattito potenzialmente infinito dei *pro* e dei *contro*, deriva per Weil dal riconoscimento di un'esperienza universalmente condivisibile che è il bisogno del bene: più concretamente, il bisogno che ci venga fatto del bene e non del male (e che non appartiene solo ai viventi umani). Questo significa anzitutto astenersi dal ricorso agli schemi interpretativi classici, prodotti per salvaguardare la pari dignità degli uomini: la concezione biblica dell'uomo creato a immagine e somiglianza di Dio e la concezione di stampo illuminista dell'uomo dotato di ragione. Essi non solo hanno fallito nell'obiettivo di garantire agli esseri umani quell'uguaglianza, ma hanno anche creato un incolmabile iato tra gli umani e tutti gli altri viventi. Rispetto all'idea di una forma sostanziale predeterminata dell'essere umano – in quanto immagine di Dio o in forza della propria ragione – che inevitabilmente finisce per escludere qualcuno, Weil intercetta nell'esigenza di bene la parte sacra in ogni essere a cui portare il dovuto rispetto. Solo questo è in grado di disinnescare la duplice e insana proiezione di una creatura che si crede Dio e di un umano che misura gli altri viventi sul proprio modello razionale, rivendicando su di essi un diritto di predazione.

2. Il bisogno/dovere di radicamento

Il bene, che è fonte del sacro, investe l'insieme delle condizioni della nostra esistenza e risuona nei bisogni fisici e spirituali degli esseri umani[11], per contrasto rispetto a una reale situazione di sradicamento, resa manifesta «dalle assurdità, dalle contraddizioni insanabili, contro le quali urta sempre il pensiero umano quando si muove esclusivamente in questo mondo»[12]. Il primo fra tutti i doveri nei confronti di ciascun essere umano è quindi quello del suo radicamento, che si può raggiungere rispondendo ai suoi bisogni, il cui soddisfacimento si realizza in una diversificata ramificazione nei diversi ambienti da cui l'essere umano riceve il suo nutrimento materiale, morale e spirituale: «La patria, gli ambienti definiti dalla lingua, dalla cultura, da un passato storico comune, la professione, la località, sono degli esempi di ambienti naturali. È criminale tutto ciò che ha come effetto di sradicare un essere umano o d'impedirgli di mettere radici»[13].

Vi è un bisogno essenziale di radicamento, comune a tutti gli esseri viventi, e c'è un sentimento con cui esprimiamo la cura per questa esigenza, che è la compassione: un sentimento universale che «può varcare i confini senza trovare ostacoli, estendersi a tutti i paesi sventurati, a tutte le patrie, senza eccezioni; perché tutte le popolazioni umane sono soggette alle miserie della nostra condizione. Mentre l'orgoglio della grandezza nazionale è per natura esclusivo e non trasferibile, la compassione è per natura universale»[14]. Niente a che vedere con un vago sentimentalismo, che nasconde un insano ritorno a sé del soggetto che lo prova: la compassione si esercita nell'estroflessione al di là di sé piuttosto che nel riferimento a sé. Richiamare la centralità del radicamento nel bene scalza la nostra identità individuale e collettiva da un suo forzato posizionamento centrale e la libera dall'illusione di una sua costruzione autoreferente. Siamo tutti disposti intorno a questa radice primaria, umanamente esperita come esigenza di bene, e nessuno può impossessarsi di quel centro da cui siamo tutti equidistanti. Il tipo di relazione che ne deriva è quindi quella che vede una pluralità d'identità convergente in un punto focale, che esclude rapporti esclusivi o inclusivi. Intorno a questa radice si dispone una pluralità d'identità che sono i frutti diversi, i diversi germogli di quella radice comune che rende possibile e comprende quella ricchezza plurale.

Che del bene non si dia definizione può lasciare insoddisfatti, in un tempo in cui non si sa più dare un nome alle cose ma, se a un nome non corrisponde una "cosa", ci si sente persi e disorientati. Simone Weil ne riconosce il valore incondizionato e ne parla come di un postulato: «Ciò che è bene spiritualmente è bene da tutti i punti di vista, sotto tutti gli aspetti, in ogni tempo, in ogni luogo, in ogni circostanza»[15]. E questo bene, nella pluralità delle singolarità umane, parla il linguaggio concreto del rispetto: ognuno si aspetta sempre di essere amato e trattato con gentilezza,

11. Rientrano tra i bisogni fisici: protezione, abitazione, nutrimento, sonno, vestiario, calore, igiene, cura, riposo, aria pura, etc. Costituiscono bisogni spirituali: ubbidienza consentita e libertà, responsabilità, uguaglianza e gerarchia, considerazione, castigo, onore, sicurezza e rischio, solitudine e vita sociale, proprietà privata e collettiva, verità (*cfr*. la «Prima parte» de *La prima radice* e *Dichiarazione*).

12. S. Weil, *Dichiarazione*, *op. cit*., p. 74 (it. 114).

13. S. Weil, *Dichiarazione*, *op. cit*., p. 83 (it. 121). Weil concepisce una nuova vita comunitaria «a misura della costituzione fisica e spirituale dell'individuo» (G. Gaeta, *Una* politeia *per i nostri giorni*, in Aa.Vv., *Le passioni di Simone Weil. Politica, cultura, religione*, in *Testimonianze*, quad. n. 370, 1994, pp. 29-44). *Cfr*. anche G. Fiori, *Il lascito di Simone Weil (1909-1943): una nuova costituzione per l'essere umano*, in *Studium*, n. 2/2009, pp. 239-249.

14. S. Weil, *La prima radice*, *op. cit*., p. 1136 (it. 159).

15. *Ivi*, p. 1152 (it. 182).

tanto che l'esperienza del male subìto ingiustamente ci coglie sempre impreparati e increduli: «Perché mi viene fatto del male?»[16].

Chi è sradicato sradica e chi è davvero radicato si prodiga a mettere in atto nei confronti altrui pratiche di radicamento: «In qualsiasi innovazione politica, giuridica o tecnica suscettibile di ripercussioni sociali, bisogna anzitutto mettere in programma provvedimenti che consentano agli esseri umani di riavere radici»[17]. Questo deve renderci attenti al fatto che la mancanza di questa predisposizione al radicamento altrui è l'indizio di un anche nostro, forse inavvertito, sradicamento.

Due ambiti sono particolarmente capaci di garantire una protezione concreta di ogni essere umano, favorendo il suo radicamento in un ambiente vitale, capace di nutrire la sua anima: il lavoro e l'istruzione. Questo a partire da un bisogno di uguaglianza, in grado di salvaguardare le diverse specificità, che Weil intende come uguaglianza delle possibilità, che oggi chiameremmo "pari opportunità": «Se chiunque può arrivare al livello sociale corrispondente alla funzione che è capace di compiere e se l'educazione è abbastanza diffusa perché nessuno, per il solo fatto della sua nascita, venga privato della possibilità di sviluppare qualche capacità, allora la speranza è uguale per tutti i bambini»[18]. L'istruzione risponde al bisogno di verità: tutti devono avere accesso alla cultura dello spirito, perché nessuno si senta estraneo ed escluso dal mondo del pensiero[19], e perché tutti possano scorgere il collegamento essenziale tra i contenuti della conoscenza e le esperienze concrete della vita[20].

Dall'uguaglianza delle possibilità deriva una mobilità sociale che non dev'essere solo ascendente, perché laddove tutti possono salire, chi fallisce raddoppia la sua amarezza e può sviluppare un rancore pericoloso. Per questo, «nella medesima misura in cui è realmente possibile che il figlio di un garzone di stalla sia un giorno ministro dev'essere realmente possibile che il figlio di un ministro sia un giorno garzone di stalla»[21]. Senza che questo implichi un qualche giudizio di valore sul mestiere svolto, perché, pur essendo differenti tra loro, tutti i lavori possono contribuire a realizzare la libertà fondamentale per ogni essere umano, che si dà attraverso il pensiero e l'azione. Per questo allora non ci si deve liberare dal lavoro, ma rendere il lavoro libero dalle catene di oppressione con cui spesso finiamo per associarlo. Lavorare vuol dire riconoscere e obbedire alla necessità, che non rafforza il potere umano, contenendone al contrario la presunta illimitatezza. Poiché, lavorando, l'essere umano può esercitare un alto grado di attenzione, che coinvolge la mente e il corpo e che lo avvicina al bene, Weil non ha dubbi sul posto che il lavoro deve occupare in una vita sociale bene ordinata: «Deve esserne il centro spirituale»[22]. Il punto di equilibrio che il lavoro permette di raggiungere tra l'azione umana e la necessità universale è proporzionato al rapporto che potrebbe stabilire la giustizia tra gli esseri umani[23].

3. La critica alla persona

La giustizia si produce come un fenomeno naturale quando non c'è esercizio di forza di un essere umano sull'altro e dove si esprime un reciproco bisogno di consenso[24]. Ma questa forma di giustizia, per così dire neutra, per Weil non è ancora sufficiente: vi è una giustizia come amicizia soprannaturale che si produce come armonia, ossia come unità dei contrari. Ma l'unità dei contrari, ossia di colui che si pone al centro del mondo e dell'altro che è un frammento insignificante del mondo, richiede il riconoscimento che nessun essere umano può occupare quel centro[25]. Occorre allora lavorare contro l'autoinganno che ci pone al centro del mondo, e che trova forma ed espressione per Weil nella nozione di "persona". Questo termine,

16. *Cfr*. S. Weil, *La personne et le sacré*, in *Ead*., *Œuvres complètes*, *op. cit*., tomo V, vol. 1, p. 214 – ed. it.: *La persona e il sacro*, a cura di M.C. Sala, Adelphi, Milano, 2012, p. 14.

17. S. Weil, *La prima radice*, *op. cit*., p. 1058 (it. 56).

18. *Ivi*, p. 1036 (it. 24).

19. *Cfr*. S. Weil, *Dichiarazione*, *op. cit*., p. 82 (it. 120); *La prima radice*, *op. cit*., p. 1066 (it. 67).

20. *Cfr*. S. Weil, *op. ult. cit*., p. 1068 (it. 70), p. 1084 (it. 91).

21. *Ivi*, p. 1036 (it. 25).

22. *Ivi*, p. 1218 (it. 268).

23. *Cfr*. S. Weil, *La rivelazione greca*, *op. cit*., p. 274 (it. 290).

24. *Ivi*, pp. 268-269 (it. 283).

25. *Ibid*.

alla base del personalismo, affondando le sue radici nella tradizione giuridica del diritto romano, si trova per Weil compromesso nelle dinamiche della forza e risulta inadeguato a proteggere dalla violenza l'essere umano.

Cosa c'è di sacro nella *persona*? Non la persona, risponde Weil[26], ma quel bene impersonale, che rappresenta quanto vi è di trascendente e insieme di concreto nell'essere umano:

«La giustizia consiste nel vigilare che non sia fatto del male agli uomini. Viene fatto del male a un essere umano quando grida interiormente: "Perché mi viene fatto del male?" (...). Il grido "Perché mi viene fatto del male?" pone problemi (...) per i quali è indispensabile lo spirito di verità, di giustizia e di amore»[27].

Ecco che, nello stesso periodo, Weil mette insieme la parte più sensibile della realtà umana ("perché mi viene fatto del male?") e la realtà più trascendente (la verità, la giustizia e l'amore). Dunque sacro in un essere umano è ciò che è vero, buono e giusto e, insieme, i suoi occhi, le sue braccia, i suoi pensieri. I due piani di realtà sono distinti, ma indisgiungibili ed è da pensare che ognuno assuma il suo pieno significato nell'intreccio con l'altro. È quanto esprime nella *Dichiarazione*: «Ogni volta che, in conseguenza di atti o di omissioni da parte di altri uomini, la vita di un individuo è distrutta o mutilata da una ferita o da una privazione dell'anima o del corpo, in lui non è soltanto la sensibilità a subire il colpo, ma anche l'aspirazione al bene. Viene commesso in questo caso un sacrilegio verso ciò che di sacro l'uomo racchiude in sé»[28]. L'errore insito nella parola e nel concetto astratto di persona deriva dalla sua incapacità a tenere assieme questi due ordini di realtà, soprattutto a discapito dell'estrema concretezza dell'incontro con l'altro: «Il prossimo è colui che si incontra nudo e ferito sulla strada, non colui che non si incontra»[29]. Nella trasposizione ideale di una realtà concreta ciò che va perso è il nesso indissolubile tra l'idea di persona e la sua realtà. E non è un caso che la prospettiva intellettuale degli autori del personalismo (in particolare Maritain) coincida con una posizione di privilegiato distacco rispetto alla realtà da analizzare[30], una sostanziale estraneità alla realtà umana che pure essi intendono interpretare:

«Nell'uomo la persona è qualcosa nell'afflizione, che ha freddo, che anela a un riparo e a un po' di calore. Coloro nei quali essa è avvolta dal calore della considerazione sociale, seppure solo come aspettativa, lo ignorano. Per questo motivo la filosofia personalista ha avuto origine e si è diffusa non negli ambienti popolari, ma in cerchie di scrittori che, per professione, detengono o sperano di acquisire un nome e una reputazione»[31].

Per questo il termine di "persona" non risulta in grado di mettere al riparo l'essere umano dalla violenza: «Se quel che vi è di sacro in lui per me fosse la persona umana, potrei cavargli gli occhi facilmente. Una volta cieco, sarà una persona umana esattamente come prima. Non avrò affatto colpito la persona umana che è in lui. Avrò soltanto distrutto i suoi occhi»[32]. L'unica cosa che può trattenermi dal fare violenza a un essere umano è sapere che in lui, come in tutti e sempre, «dalla prima infanzia sino alla tomba qualcosa in fondo al cuore (...) si aspetta invincibilmente che gli venga fatto del bene e non del male. È questo, anzitutto, che è sacro in ogni essere umano. Il bene è l'unica fonte del sacro. Solo il bene e ciò che è relativo al bene è sacro»[33]. La parola "persona" dunque indica di per sé un concetto pieno, un'interezza che però non è in grado di proteggere tutti gli aspetti di quell'intero, e questo proprio perché è una concezione tutta umana dell'uomo, mentre le parole che esprimono il sacro eccedono sempre le concezioni (solo) umane: parole come Dio, verità, giustizia, amore, bene hanno un nucleo di inconcepibile[34], esprimono solo del bene

26. *Cfr*. S. Weil, *La persona e il sacro*, *op. cit*., p. 212 (it. 11).

27. *Ivi*, p. 232 (it. 47-48).

28. S. Weil, *Dichiarazione*, *op. cit*., p. 77 (it. 116).

29. S. Weil, *Cahiers III*, Plon, Parigi, 1972, p. 360; *Ead*., *Quaderni*, vol. III, a cura di G. Gaeta, Adelphi, Milano, 1997, p. 190.

30. Come osserva Giancarlo Gaeta, lo sguardo borghese, malgrado tutta la sua buona intenzione e capacità di analisi, resta in definitiva esterno all'oggetto della sua rappresentazione – *Id*., *La fabbrica della schiavitù*, postfazione a S. Weil, *La condizione operaia* (trad. it.: F. Fortini), SE, Milano 1994, p. 308. È noto l'aneddoto dell'incontro di Weil con Simone De Beauvoir e del veloce scambio di battute alla notizia della carestia in Cina: De Beauvoir auspica che si dia un senso all'esistenza di questo popolo, Weil commenta secca: «Si vede che Lei non ha mai avuto fame» (*cfr*. C. Rancé, *Simone Weil. Le courage de l'impossible*, Seuil, Parigi, 2009, pp. 18, 34).

31. S. Weil, *La persona e il sacro*, *op. cit*., p. 220 (it. 24).

32. *Ivi*, p. 213 (it. 12).

33. *Ibid*. (it. 13).

34. *Ivi*, pp. 235-236 (it. 53-54).

allo stato puro[35], e solo queste portano reale conforto «e quasi un reale nutrimento»[36].

L'inadeguatezza del termine "persona" gli deriva dall'inclusione nel vocabolario della regione mediana dei valori e delle istituzioni, dove si trovano anche il diritto e la democrazia, posizionati al livello del sociale e delle collettività umane, spesso inadatti a sfiorare i problemi laceranti dell'esistenza. Per Weil la persona rappresenta l'individuo nel suo risvolto pubblico-sociale, impegnato in un antagonismo di diritti per il suo riconoscimento. Questa ricerca di un'aura di prestigio e di considerazione compromette l'autentico significato dell'essere umano nei suoi bisogni fisici, morali e spirituali. Pur affermando il bisogno umano di radicarsi in un ambiente sociale, Weil avverte che, se questo non viene riletto alla luce di un orientamento al bene e alla giustizia, rischia di essere solo un male, da cui il bene non si differenzia per grado, ma per natura: il bene non esercita mai la forza. Le parole che appartengono alla collettività restano nell'ambiguità, possono rientrare in frasi sia positive sia negative: se dico che egli mette la sua persona davanti a tutto; se parlo di abuso della democrazia; se riconosco un cattivo uso del diritto, tutto ciò significa che persona, democrazia, diritto non sono parole buone in tutti i loro aspetti[37].

Il personalismo ha contribuito a potenziare il termine di persona, non essendoci in realtà alcun bisogno di un pensiero che rafforzi il soggetto, visto che l'ipertrofia è già il suo conclamato vizio congenito. Restare su questo piano, magari associando alcune di queste parole tra loro, in espressioni come "diritti della persona", non risolve la loro inadeguatezza[38]. Weil sceglie non di aggiungere o d'incrementare, d'inventare o di produrre qualcosa di meglio o di più rispetto alla realtà umana, riconoscendo che proprio questo tipo d'intervento ha generato il morbo corrosivo che l'ha vulnerata. Il suo gesto va piuttosto nel senso inverso del togliere e del levare, perché solo così si può tornare a fare esperienza della vivente presenza dell'essere umano, verso la sua parte sacra e impersonale. La nozione weiliana d'"impersonale" rappresenta la più radicale sovversione del paradigma soggettivo moderno[39]. Impersonale significa privo di nome proprio, irriducibile cioè all'identità personale. Esso si presenta come una determinazione negativa, come è evidente in tutti i riferimenti alti e soprannaturali: la giustizia (che non è il diritto), la sventura (che non è il dolore), la verità (che non è la ragione).

Non si può sottolineare abbastanza l'attenzione di Weil per il linguaggio e il suo lavoro paziente sulle parole, che devono essere aperte, interrogate, curate e protette, facendovi emergere il contenuto e il senso. Occorre «chiarire le nozioni, screditare le parole intrinsecamente vuote, definire l'uso delle altre attraverso analisi precise, ecco un lavoro che, per quanto strano possa sembrare, potrebbe preservare delle vite umane»[40].

4. La critica al diritto

Veniamo allora alla critica a cui Weil sottopone il termine di "diritto", che funge da sostegno al concetto di persona, procedendo a una sua risemantizzazione alla luce dell'impersonale che lo spoglia della sua vuota astrattezza e lo riconnette alla realtà, consistendo il suo male proprio nell'aver perso quel contatto. Non si tratta di parlare *contro* il diritto, ma di individuare nella giustizia la sua eccentrica radice. La critica, allora, ha lo scopo di porlo in un giusto ordine, da cui discende la sua autentica funzione, ossia quella di essere un ponte verso il bene di ogni essere umano[41], nel rapporto con le circostanze, il contesto e l'aspirazione alla giustizia[42]. Questo significa per Weil poterne parlare anche positivamente, con riferimento a fatti reali e storici:

«L'antichità non ci ha consegnato soltanto la storia di massacri interminabili e inutili attorno a Troia, ci ha lasciato anche la testimonianza dell'azione

35. *Cfr*. S. Weil, *La persona e il sacro*, *op. cit*., p. 226 (it. 36).

36. S. Weil, *La prima radice*, *op. cit*., p. 1146 (it. 175).

37. S. Weil, *La persona e il sacro*, *op. cit*., p. 226 (it. 37).

38. *Ivi*, p. 213 (it. 12).

39. Sul tema della cancellazione dell'io e della conseguente concezione impersonale dell'uomo, rimando essenziale va ad alcuni fra i testi di R. Esposito, anzitutto *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Einaudi, Torino, 2007. Mi permetto di rimandare anche al mio *Simone Weil. Per una decostruzione religiosa del soggetto moderno*, Mimesis, Milano, 2022.

40. S. Weil, *Ne recommençons pas la guerre de Troie*, in *Œuvres complètes*, tomo II, vol. 3, p. 51 – ed. it.: *Non ricominciamo la guerra di Troia*, in *Ead*., *Sulla guerra. Scritti 1933-1943* (trad. it.: D. Zazzi), Il Saggiatore, Milano, 2013, p. 57.

41. Su questo vds. R. Fulco, *Responsabilità e diritti umani*, in *Ead*., *Soggettività e potere. Ontologia della vulnerabilità in Simone Weil*, Quodlibet, Macerata, 2020, pp. 157-165, dove si sofferma sulle implicazioni etico-politiche dell'ontologia della vulnerabilità dell'essere umano in Weil, lavorando interpretativamente sui concetti di "diritto", "obbligo" e "responsabilità".

42. *Cfr*. T. Greco, *La bilancia e la croce. Diritto e giustizia in Simone Weil*, Giappichelli, Torino, 2006.

energica e unanime con cui la plebe di Roma, senza versare una goccia di sangue, è uscita da una condizione che rasentava quella della schiavitù e ha ottenuto come garanzia dei suoi nuovi diritti l'istituzione dei tribuni. È esattamente nello stesso modo che gli operai francesi, con l'occupazione delle fabbriche, ma senza violenza, hanno imposto il riconoscimento di alcuni diritti elementari, e a garanzia di questi l'istituzione dei delegati eletti»[43].

I valori più alti devono "tradursi" nella regione mediana dell'esistenza umana. Ed è nel riferimento a questi valori incondizionati che le parole intermedie trovano la loro giusta misura, impedendo una loro ingiustificata e pericolosa assolutizzazione.

Sul diritto ricorro, per amore di brevità, a delle espressioni che Weil riprende per far cogliere intuitivamente la povertà di questa nozione: «Se diciamo a qualcuno: "Ciò che mi fai non è giusto", possiamo scuotere e destare alla sorgente lo spirito di attenzione e di amore. Non capita la stessa cosa con parole quali "Ho il diritto di...", "Lei non ha il diritto di..."; esse racchiudono una guerra latente e destano uno spirito bellicoso»[44]. Si tratta di situazioni rispetto alle quali, come un'arma spuntata, il diritto non è in grado d'incidere nella realtà, sostanzialmente incapace a risvegliare davvero l'attenzione, come invece può accadere se si dà voce alla giustizia.

Il tono rivendicativo del diritto segue un modello meramente retributivo e si collega alla spartizione e alla quantità. La critica weiliana per disarmare il diritto della sua aggressività intrinseca, che ruota intorno al cardine della forza, consiste nel porlo sotto la luce dell'obbligo, il cui adempimento, che è «sempre e incondizionatamente, un bene sotto qualsiasi riguardo»[45], può ripristinare le condizioni per ricollegare il diritto a una concezione della giustizia avulsa dalla forza e dall'arbitrio[46]. Privo del suo radicamento nell'obbligo, il diritto rivela la sua inadeguatezza rispetto ad alcune situazioni che esulano, per la loro profondità, da una qualsiasi contrattazione e negoziazione. Alla rivendicazione economico-giuridica dei propri diritti, che dipende sempre dal riconoscimento altrui, Weil oppone l'incondizionato del dovere che, anche non riconosciuto da nessuno, non perderebbe il suo significato. Il diritto è sempre relativo agli aspetti personali dell'individuo, che può rivendicarli in base a ciò che gli appartiene in quanto "proprio": si applica bene a ciò di cui si vanta o di cui si reclama la proprietà. Mentre il diritto opera un discrimine fra coloro che lo posseggono e coloro che ne sono privi, il dovere invece trascende il soggetto personale e indica una sfera impersonale del sé, che precede o è al di là del soggetto personale, e a cui si può accedere mediante un'attenzione pura, traducendosi in una prassi orientata a rispondere ai bisogni degli altri esseri umani.

Com'è noto, Giorgio Agamben ha dedicato la sua tesi di laurea in filosofia del diritto al pensiero politico di Simone Weil, colpito dalla sua critica alle nozioni di persona e di diritto contenute ne *La persona e il sacro*[47]. Se ne trova traccia nella sua *Prefazione* all'edizione francese[48], in cui, pur nella raffinata lettura interpretativa che ne offre, Agamben osserva criticamente che Weil, dopo aver affermato l'insufficienza delle nozioni di diritto e di persona, ritorni nello stesso ordine del diritto quando introduce dei concetti «perfettamente omogenei, benché simmetricamente opposti», tra cui il concetto di obbligo. Ma, facendo valere il primato dell'obbligo sul diritto, osserva Agamben, Weil «non si accorge di ciò che ogni giurista sa perfettamente, cioè che l'obbligo non è che l'altra faccia del diritto e appartiene integralmente allo stesso sistema»[49]. Mi sembra che, in questo giudizio, l'Autore non consideri il ruolo che gioca nel discorso weiliano il riferimento alto al bene: obbligo e diritto sicuramente si corrispondono, ma a partire da una radicale asimmetria, indotta dal legame dell'obbligo al bene, che lo spoglia della forza, mentre il diritto resta, se sganciato dall'obbligo, il braccio armato del riconoscimento.

---

43. S. Weil, *Non ricominciamo la guerra di Troia*, *op. cit.*, p. 58 (it. 65). Come ben osserva Rolland, la critica anche molto severa al diritto non conduce a una sua negazione, ma a una sua gerarchizzazione, nella subordinazione all'obbligo (P. Rolland, *Avant-propos* alla sezione intitolata *Questions politiques et religieuses*, in *Œuvres complètes*, tomo V, vol. I, p. 376).

44. S. Weil, *La persona e il sacro*, *op. cit.*, p. 223 (it. 31).

45. S. Weil, *La prima radice*, *op. cit.*, pp. 1202-1203 (it. 247-248).

46. Sul primato dei doveri in Simone Weil, vds. T. Greco, *Il ritorno dei doveri*, in *Cultura e diritti*, n. 1/2012, pp. 91-98.

47. Un critica che egli approfondisce a partire dal primo volume di *Homo sacer*, trovando in quel saggio la sua prima radice – come afferma in un'intervista a *La Repubblica* del 15 maggio 2016 –, e che si srotola nel nesso che unisce la persona giuridica, la maschera teatrale e poi teologica dell'individuo moderno.

48. G. Agamben, *Au-delà du droit et de la personne*, in S. Weil, *La personne et le sacré*, Payot & Rivages, Parigi, 2017.

49. *Ivi*, pp. 19-20.

5. «Il carattere infinitesimale del bene»[50]

Leggendo Weil, non bisogna incorrere nel rischio di proiettare sul suo pensiero categorie di un dibattito a lei successivo, con il risultato di imputarle esiti estranei, come quello d'ispirare l'idea di uno Stato bio-politico o teocratico/etocratico, che interviene capillarmente nella vita biologica, psichica e spirituale dei singoli cittadini[51]. Lo sguardo diffidente o critico sulla proposta socio-politica di Weil sembra originarsi da due differenti snodi del suo discorso, solo apparentemente distanti tra loro e che riguardano, come abbiamo visto, l'estrema concretezza e l'estrema altezza del bene. Il primo passaggio si esprime nell'esigenza umana di nutrimento. Il secondo è, invece, costituito dalla tensione ideale al bene presente nel cuore di ogni vivente.

In questi casi è sempre buona cosa tornare alla fonte, che è il pensiero dell'Autrice, per liberarla da interpretazioni distorsive. Sul primo punto è bene sottolineare che, soprattutto ne *La prima radice*, il bisogno fisico della fame e il corrispettivo obbligo di nutrimento rappresenta per Weil il modello paradigmatico per concepire, *per analogia*, i bisogni morali e spirituali dell'essere umano e la necessità di una risposta per il loro soddisfacimento. Senza scivolare in un riduzionismo fisico-corporeo, è però riconosciuto il peso fisico e materiale dell'esistenza umana, anche nelle sue articolazioni morali e spirituali. La fisicità corporea gioca quindi un ruolo fondamentale nel discorso weiliano come cifra di quel riferimento concreto alle condizioni materiali dell'esistenza degli esseri umani, che orientano e danno radicamento a qualsiasi verticalità di pensiero.

Anche il secondo riferimento del discorso weiliano respinge il dubbio di una sua deriva autoritaria, perché il bene a cui si tende non esercita alcuna forza e disinnesca qualsiasi tentativo di farne uno strumento nelle mani di un potere collettivo-statale. Questo svuota di contenuto il timore di una forma dittatoriale del bene, di per sé una pura contraddizione in termini. Non a caso il bene si presenta nella vita sociale sempre in una forma minima e discreta e, per parlarne, Weil ricorre alle immagini del più piccolo, del lievito nella pasta, della perla nel campo: «Innanzitutto la discrezione, il carattere infinitesimale del bene»[52], anche qualora assuma il nome di Dio[53]. È come il baricentro di un corpo o come la chiave di volta di un intero edificio, che sono immagini di un punto che scarica il peso senza pesare, che riposa sul vuoto per un equilibrio spoglio di potere e di forza[54].

La critica a Weil si aggancia probabilmente alla sua fedele adesione al pensiero di Platone, anche lui oggetto di attacchi analoghi. Ma di Platone Weil condivide proprio la contestazione non tanto della democrazia, quanto della oclocrazia, ossia del predominio della massa sul potere legittimo e sulla legge stessa. Ed è questa una posizione che stride con il procedere inesorabile della macchina politica totalitaria, a scongiurare il pericolo anche solo d'ispirare nuove procedure di assoggettamento. Per questo Weil ritiene necessaria una limitazione del potere, sia del popolo sia dello Stato, i quali devono rispettare precisi vincoli che ne impediscano l'espansione indiscriminata. Lo Stato deve occuparsi dello stretto necessario[55], in una forma che gli economisti definirebbero Stato minimo: «Una società ben fatta sarebbe quella in cui lo Stato svolgesse solo un'azione negativa, come quella del timone; una leggera pressione al momento opportuno per compensare un inizio di squilibrio»[56]. Ma per evitare qualsiasi forma di potere arbitrario e per garantire la legittimità, vale soprattutto il rapporto a doppio nodo del consenso accordato dal popolo sovrano alle autorità alle quali esso è sottomesso[57]. Il cortocircuito tra sovranità e sottomissione spezza l'alternativa oppositiva.

Il richiamo al bene può sconcertare chi ritiene che il piano giuridico, politico e sociale non abbia bisogno, e anzi debba fare a meno di questo riferimento, giudicato "fuori luogo". E certo potrebbe comprensibilmente generare qualche timore se si presentasse nella forma di una confusa sovrapposizione degli ambiti spirituale e politico. Ma in Weil la loro distinzione, pure connessa in un rapporto inscindibile, è

50. S. Weil, *Quaderni*, vol. III, *op. cit.*, p. 361 (it. 370).

51. In tal senso, *cfr*. P. Dujardin, *Simone Weil : idéologie et politique*, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 1975.

52. S. Weil, *Quaderni*, vol. III, *op. cit.*, p. 361 (it. 370).

53. S. Weil, *Quaderni*, vol. II, *op. cit.*, pp. 418-419 (it. 247).

54. S. Weil, *En quoi consiste l'inspiration occitanienne?*, in *Œuvres*, *op. cit.*, pp. 677-678.

55. S. Weil, *Idées essentielles pour une nouvelle Constitution*, in *Œuvres complètes*, tomo V, vol. 1, p. 422 – ed. it.: *Idee essenziali per una nuova Costituzione*, in *Una Costituente per l'Europa*, *op. cit.*, p. 112.

56. S. Weil, *Quaderni*, vol. III, *op. cit.*, p. 273 (it. 275).

57. *Cfr*. S. Weil, *Remarques sur le nouveau projet de Constitution*, in *Œuvres complètes, tomo V*, vol. 1, p. 430; *Osservazioni sul nuovo progetto di Costituzione*, in *Ead.*, *Una Costituente per l'Europa*, *op. cit.*, p. 109.

netta e insuperabile. Questo significa – come osserva Patrice Rolland – che allo Stato non viene chiesto di occuparsi direttamente della "realtà fuori di questo mondo", ossia del bene assoluto, ma di adempiere gli obblighi eterni che ne discendono e che prescrivono di rispettare ognuno, rispondendo ai suoi bisogni nella realtà di questo mondo[58]:

«Il rispetto ispirato dal legame dell'uomo con la realtà estranea a questo mondo rende testimonianza di sé a quella parte dell'uomo che si trova nella realtà di questo mondo. (...) Esiste una sola possibilità di esprimere indirettamente il rispetto verso l'essere umano: essa è data dai bisogni degli uomini che vivono in questo mondo, i bisogni terrestri dell'anima e del corpo»[59].

Come osserva Robert Chenavier, il posto delle istituzioni è quello della regione mediana dei valori e questo esclude che una penetrazione spirituale possa sostituirvisi e proporsi come la soluzione diretta di problemi politici e sociali. Noi abbiamo a che fare con la realtà mondana, ma, se non ci riferiamo a qualcosa di perfetto, difficilmente riusciremo a rendere meno imperfetta la realtà di questo mondo, perché è illusorio pensare che «ciò che è mediocre possa produrre da se stesso qualcosa di migliore»[60].

Impostare in questo modo una teoria della giustizia rassicurerebbe il giurista, preoccupato di preservare una specificità del diritto contro il rischio di una sua riduzione moralizzante[61], tenendo fermo alla differenza intercorrente tra una giurisdizione etica – propria dei regimi totalitari – e un'etica della giurisdizione.

6. Operare la giustizia

Inserire nella *Dichiarazione* il riferimento al bene al di là del mondo, la cui esigenza abita il centro del cuore umano, riflette l'imperativo, più volte ribadito da Weil, di dare come nutrimento agli esseri umani le parole giuste, buone in tutti i sensi, non ambigue. Questo «sarebbe uno dei problemi urgenti di una vera politica»[62].

Chi pone attenzione alla sorgente di luce, rispecchiata dalla domanda di giustizia, di verità e di compassione espressa da ciascun essere, diventa un intermediario, *metaxy*, attraverso il cui consenso il bene potrà irradiarsi e prendere realtà nel mondo. Dobbiamo essere, dice Weil, come «un intermediario tra la terra incolta e il campo lavorato, tra i dati del problema e la soluzione, tra la pagina bianca e la poesia, tra lo sventurato che ha fame e lo sventurato saziato»[63]. L'essere umano, non manovrato dalla forza, prevede sempre, quale condizione necessaria del suo rapporto con il bisogno umano di bene e con la vertiginosa altezza di un bene assoluto, il paziente lavoro della mediazione, riferito anzitutto a se stesso: l'essere umano si fa intermediario. «Chiunque abbia la sua attenzione e il suo amore effettivamente rivolti verso la realtà estranea al mondo riconosce al contempo di essere vincolato, nella vita pubblica e privata, all'obbligo perenne ed esclusivo di porre rimedio, nei limiti della propria responsabilità e per quanto è in suo potere, a tutte le privazioni dell'anima e del corpo in grado di distruggere o mutilare la vita terrestre di qualsiasi essere umano»[64].

In questo senso si comprende l'auspicio di Weil di una formazione anche spirituale, filosofica ed extra-giuridica dei magistrati, degli interpreti della giurisdizione e di chiunque rivesta incarichi di responsabilità nella vita pubblica, essendo per essi indispensabili qualità etiche e di sensibilità quali condizioni per l'esercizio di un giudizio secondo equità e di un impegno civile e politico nel suo significato autentico[65]. È un compito che si costituisce e che si autolegittima attraverso un alto grado di attenzione che è alla radice di ogni forma di responsabilità ed è una facoltà che va esercitata a partire dall'insegnamento scolastico, perché è «necessario apprendere a essere *attenti* per poter essere, più tardi, *giusti*»[66]. Se ci si pone attentamente di fronte al bene e al male, sicuramente l'attenzione ci guida nel consenso al bene: «È impossibile evitare

58. *Cfr.* P. Rolland, *Avant-propos*, *cit.*, pp. 374-375.
59. S. Weil, *Dichiarazione*, *op. cit.*, p. 77 (it. 116).
60. S. Weil, *Quaderni*, vol. III, *op. cit.*, p. 122 (it. 114-115).
61. *Cfr.* P. Rolland, *Simone Weil et le droit*, in *Cahiers Simone Weil*, tomo XIII, n. 3, 1990, p. 244.
62. S. Weil, *La persona e il sacro*, *op. cit.*, p. 225 (it. 33-34).
63. S. Weil, *Quaderni*, vol. II, *op. cit.*
64. S. Weil, *Dichiarazione*, *op. cit.*, p. 78 (it. 117).
65. S. Weil, *Osservazioni sul nuovo progetto di Costituzione*, *op. cit.*, p. 426 (it. 105).
66. S. Weil, *Fragments et notes*, in *Ead.*, *Écrits de Londres et dernières lettres*, *op. cit.*, p. 177.

il bene se non distogliendo da esso la propria attenzione. Se gli si presta un'attenzione sufficiente e per un tempo sufficientemente lungo, non ci si può più difendere: si è presi. Al contrario, si è presi dal male quando non vi si dirige la propria attenzione»[67].

Solo chi ha assunto l'obbligo di rispettare ogni essere umano è legittimato ad assumere un ruolo di guida responsabile all'interno della collettività: «Lo scopo della vita pubblica consiste nel porre, nella misura più elevata possibile, ogni forma di potere nelle mani di quelli che consentono effettivamente a essere vincolati da quest'obbligo al quale ciascun uomo è tenuto verso gli altri esseri umani»[68]. È un obbligo infinito, assoluto, nei confronti di un essere umano che, seppur imperfetto e limitato, esprime una relazione al bene[69]. Il rapporto tra il singolo e la collettività, seppur necessario e naturale, se calibrato secondo la logica della potenza, non può che portare a un'inevitabile oppressione del singolo a causa di un evidente squilibrio tra le forze in campo, pari a quello che passa tra un grammo e un chilogrammo. Solo ciò che si sottrae e non fa ricorso alla forza può preservare il soggetto da quella dinamica stritolante:

«Una bilancia può essere fatta in modo che il chilogrammo ceda al grammo. Basta che uno dei bracci sia più di mille volte più lungo dell'altro. La legge dell'equilibrio trionfa sovrana sulle diseguaglianze di peso. Mai però il peso inferiore vincerà quello superiore se non vi sarà tra loro un rapporto in cui si cristallizzi la legge dell'equilibrio»[70].

67. S. Weil, *Quaderni*, vol. II, *op. cit.*, p. 383 (it. 216).

68. S. Weil, *Dichiarazione*, *op. cit.*, pp. 100-101 (it. 118).

69. S. Weil, *La prima radice*, *op. cit.*, p. 1126 (it. 145).

70. S. Weil, *La persona e il sacro*, *op. cit.*, p. 236 (it. 54).

Le persecuzioni nei confronti delle donne e il sistema di protezione internazionale: quale Paese può dirsi "sicuro" per le donne?

di *Ilaria Boiano*

Per sondare le potenzialità analitiche del femminismo giuridico, inteso come limite esterno del diritto positivo e di una giurisprudenza che non sempre garantisce spazio all'esperienza concreta e singolare, in questo contributo propongo un approfondimento sull'accesso delle donne alla protezione internazionale e sulla violenza sessuale quale forma specifica di persecuzione, partendo dall'esperienza delle singole richiedenti asilo e dalla consapevolezza che ne deriva: non esiste un Paese "sicuro" per le donne.

1. Il femminismo giuridico: una breve nota introduttiva / 2. Le donne e il diritto internazionale dei rifugiati / 3. Le persecuzioni per motivi di sesso e genere e la Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato / *3.1. Il ragionevole e fondato timore di persecuzione e il danno grave / 3.2. Le persecuzioni / 3.3. Gli agenti della persecuzione e l'assenza una via di fuga interna alternativa / 3.4. I motivi di persecuzione* / **4. Le esperienze delle donne e le persecuzioni per motivi basati sul genere** / *4.1. Le regole sociali e il concetto di "onore" / 4.2. Le forme di violenza di genere e la protezione internazionale* / **5. La forza della ribellione delle donne alle persecuzioni per motivi di genere nascosta dalla costruzione giuridica della vulnerabilità / 6. Conclusioni: un rifugio per tutte ovvero ricentrare il discorso sulla protezione internazionale come questione che riguarda i diritti e le libertà di tutte le donne**

1. Il femminismo giuridico: una breve nota introduttiva

È nel contesto accademico statunitense che, a partire dagli anni sessanta, si è andato delimitando un campo di studio, di ricerca e pratica forense denominato "femminismo giuridico" (*legal feminism*) o "dottrina femminista del diritto" (*feminist jurisprudence*), definizioni che si fanno risalire all'attivista, avvocata e accademica statunitense Ann Scales[1].

In Italia, l'analisi del diritto ha attraversato sin dagli anni settanta il pensiero femminista, senza però delimitarsi nei termini di settore specifico di studio e riflessione.

La voce "femminismo giuridico" è apparsa per la prima volta all'interno del *Digesto delle discipline privatistiche* (sez. civ.) solo nel 1992, ad opera della giurista Sylviane Colombo[2], che ha segnalato, quale elemento di originalità comune alle elaborazioni femministe d'Oltreoceano, la critica del formalismo

1. Tra i tanti, vds. A. Scales, *Towards a Feminist Jurisprudence*, in *Indiana Law Journal*, vol. 56, n. 3/1981 (www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol56/iss3/1); *Ead.*, *Legal Feminism: Activism, Lawyering, and Legal Theory*, New York University Press, New York, 2006.

2. S. Colombo, *Femminismo giuridico*, in *Digesto delle Discipline privatistiche – Sezione civile*, vol. VIII, UTET, Torino, 1992, pp. 247 ss.

giuridico contestuale alla valorizzazione degli aspetti emotivi e non razionali della vita e delle situazioni concrete interessate dal diritto. Non altrettanto positivo, però, il giudizio di Colombo sulle modalità con le quali si è sviluppato il filone di pensiero in commento: secondo l'Autrice, la pluralità di voci non unanimi, la molteplicità delle discipline in cui si muovevano le studiose, l'inconciliabilità dei loro posizionamenti non facevano ben sperare per il consolidamento del femminismo giuridico quale accreditata cornice di ricerca giuridica. Mentre alcune si rivolgevano alla produzione legislativa, altre contestavano l'ordinamento attraverso la pratica forense, tenendo però sempre presenti obiettivi di natura concreta, ossia politici. Tutto ciò rivelava, per Colombo, l'assenza di uno sforzo epistemologico che impediva al femminismo giuridico di proporsi quale prospettiva rigorosa e, al contempo, innovativa in campo filosofico-giuridico.

In realtà, in questa restituzione del primo lavoro sul diritto delle studiose femministe americane si possono cogliere già chiari enunciati di una prospettiva generativa e trasformativa, poi condivisi anche in altri contesti e, per di più, particolarmente promettenti quanto a innovatività e radicalità dell'approccio: il primo enunciato è il riconoscimento dell'improduttività della *reductio ad unum* del punto di vista; il secondo coincide con il rifiuto del confinamento disciplinare; il terzo riguarda il concetto di oggettività e il rapporto tra soggetto e oggetto della ricerca, e si traduce nell'assunzione di una posizione attiva che si fonda su particolari forme di esperienza vissuta, un approccio che suggerisce che l'indagine e la ricerca che prende le mosse dai punti di vista delle donne e di altri gruppi emarginati sia più obiettiva e più completa della ricerca basata sulla prospettiva dei privilegiati[3].

Questo posizionamento ha condotto il femminismo a una lettura critica dell'universo di regole di vario tipo che informano i rapporti tra i soggetti e le relazioni sociali, verificando come il genere concorra a strutturarle[4].

In questo attraversamento, la critica femminista si è soffermata anche sulle regole propriamente giuridiche, dapprima proprio sul diritto positivo che, come evidenzia Silvia Niccolai nel saggio *Controversia, disciplina dell'esperienza*, si presenta come visibile «controfigura della politica istituzionale, della politica seconda fondata sulla rappresentanza, sulla delega e sui partiti della quale la legge è il prodotto»[5], nonché come cristallizzazione dei rapporti di potere così come articolati in una certa società, in un tempo e luogo definiti.

L'azione di critica e, al contempo, di produzione di diritto positivo si è rivolta poi anche alle regole procedurali, al fine di garantire la costruzione di un luogo di ricomposizione dei conflitti rinnovato, nel quale potesse trovare pienamente ascolto la domanda di giustizia proveniente dalle donne[6].

Come per il femminismo (*rectius*: i femminismi) inteso quale movimento politico, anche al "femminismo giuridico" non si attaglia nessuna delle definizioni correnti di teoria: esso è uno spazio che offre orizzonte di senso a una molteplicità di elaborazioni, autoindividuatesi come femministe. Quest'orizzonte di senso, in continuo dialogo interno ed esterno, come precisa Tamar Pitch, «non è finito o definito: il senso cambia continuamente a misura dei discorsi che lo riproducono e che esso stesso produce», mantenendosi sempre «crossdisciplinare», nel senso che ha vocazione «a forzare i paradigmi disciplinari tradizionali, a non farsene contenere e a renderli confusi e incerti»[7].

---

3. L. Stanley e S. Wise, *Breaking Out Again: Feminist Ontology and Epistemology*, Routledge, Londra/New York, 1993.

4. Per l'analisi delle diverse prospettive di critica femminista del diritto, si rinvia ad A. Simone, *L'approccio del "femminismo giuridico" come limite ed esperienza del diritto. Un'interpretazione*, in R. De Giorgi (a cura di), *Limiti del diritto. Prospettive di riflessione e analisi*, Pensa Multimedia, Lecce, 2017, pp. 272-283.

5. S. Niccolai, *Controversia, disciplina dell'esperienza*, in R. Buttarelli e F. Giardini (a cura di), *Il pensiero dell'esperienza*, Baldini Castoldi Dalai, Milano, 2008, p. 265.

6. La condizione personale e processuale delle vittime dei crimini sessuati è presa in considerazione nella sua peculiarità dalle norme procedurali introdotte negli statuti delle corti penali internazionali: la *Rule* 96 delle regole di procedura e prova del TPIY stabilisce che non è necessario trovare riscontri alle dichiarazioni delle vittime, non è ammessa indagine sulle pregresse esperienze sessuali delle vittime e il consenso della vittima non è ammesso come argomento di difesa se esso risulta essere stato reso in un contesto di minaccia o fondato timore di temere violenza fisica o psicologica, detenzione, o allorché la vittima abbia ritenuto ragionevolmente che, non acconsentendo, la condotta sarebbe ricaduta su un'altra persona. La *Rule* 34 A del TPIY istituisce un'unità di supporto e assistenza alle vittime e ai testimoni, reclutando donne di alto profilo professionale e specializzazione tra il personale addetto all'unità. Presso la Corte penale internazionale è stata predisposta un'unità dedicata al supporto e all'assistenza delle vittime e dei testimoni (artt. 43, 68, 75) e anche nell'organizzazione dei servizi e nella definizione della composizione della Corte è stato colto l'invito proveniente dalle organizzazioni di donne riunite nella *Women's Caucus for Gender Justice in International Criminal Court* a coinvolgere un cospicuo numero di donne esperte di violenza nei confronti delle donne sia tra il personale dell'unità di supporto sia tra i giudici (artt. 36.8; 42; 44.2).

7. T. Pitch, *Sesso e genere del e nel diritto: il femminismo giuridico*, in E. Santoro (a cura di), *Il Diritto come questione sociale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 94.

L'assenza di confini non significa, però, che il femminismo giuridico così inteso non abbia limiti: da un lato, si individua un limite nel senso di confine che rende riconoscibile, dato dall'insieme delle pratiche prodotte dal femminismo giuridico, a sua volta informato dalle medesime pratiche in una chiave autoriflessiva e, per questo, costitutiva di soggettività[8].

Dall'altro lato, il femminismo giuridico agisce all'esterno quale limite del diritto e dei diritti: in questa direzione, Anna Simone ha chiarito che «la critica femminista al diritto è situata ma può parlare a tutti perché assume l'esperienza e la controversia, nonché il limite stesso del diritto e dei diritti, come punto di partenza per l'analisi e la trasformazione della società, decostruendo il soggetto universale del diritto e dei diritti, avulso dalla realtà materiale dei conflitti e delle relazioni»[9].

Per sondare le potenzialità analitiche del femminismo giuridico inteso come limite esterno del diritto positivo e di una giurisprudenza che non sempre garantisce spazio all'esperienza concreta e singolare, in questo contributo propongo un approfondimento in tema di accesso delle donne alla protezione internazionale e sulla violenza sessuale quale forma specifica di persecuzione nei confronti delle donne, fino a divenire un'arma nel contesto dei conflitti interni e internazionali.

2. Le donne e il diritto internazionale dei rifugiati

L'esperienza della migrante, esule, profuga, apolide e rifugiata è stata e rimane fortemente influenzata dal diritto, che produce o si appropria delle molteplici definizioni ed etichette impiegate nel dibattito filosofico e politico, così contribuendo a delineare le frontiere per chi si sposta da un Paese all'altro e la misura della legittimità del loro attraversamento[10].

Benché riguardanti i rapporti tra le diverse comunità politiche, la condizione degli stranieri è stata disciplinata, nel tempo, prevalentemente dal diritto interno per rispondere a finalità di autoconservazione, protezione economica e sociale dei nascenti Stati-nazione.

È nell'Europa contemporanea che l'esodo di massa della popolazione si è posto quale tema di politica internazionale, che influisce sui rapporti tra Stati e definisce un soggetto collettivo identificabile e identificato anche giuridicamente (profughi, richiedenti asilo, rifugiati): la svolta in tal senso si registra, prima, a seguito delle guerre balcaniche (1912-1913), poi con il primo conflitto mondiale, fino a connotare il XX secolo all'indomani del Secondo dopoguerra come il "secolo dei rifugiati", e ciò proprio in ragione del più consistente e drammatico movimento di popolazione in fuga mai sperimentato in Europa che ha fatto vivere, per la prima volta, a una imponente numero di persone uno «sradicamento totale»[11]. Le masse, infatti, si ritrovarono private a livello simbolico dell'appartenenza alla comunità dello Stato-nazione e, a livello materiale, di ogni bene, "senza casa", oltre che senza un Paese[12], poiché costrette a recidere quei «legami morali e legali» che stanno alla base del rapporto fra gli individui e lo Stato, grazie ai quali si diviene cittadini e cittadine[13]. Da queste considerazioni, che gettano le fondamenta dei *refugee studies*, ha preso avvio una stagione di intenso dibattito, che ha influenzato le politiche del diritto nazionali e internazionali in materia di condizione giuridica dei rifugiati fino ai nostri giorni, dalle quali tuttavia le donne rifugiate sono state a lungo assenti, sia come soggetto attivo sia come beneficiarie della produzione normativa[14].

Come la maggior parte dei sistemi giuridici, anche l'ordinamento internazionale è stato costruito da una prospettiva prevalentemente maschile, e la differenza sessuale o è stata ignorata completamente oppure è stata assimilata a tutti gli altri fattori che diversificano e distinguono i soggetti in gruppi e categorie.

Il soggetto di riferimento del diritto internazionale, infatti, come avviene per gli ordinamenti interni, è solo in apparenza neutro ed astratto, poiché di fatto coincide con la dimensione maschile, mentre le don-

8. *Ibid.*

9. A. Simone, *L'approccio*, *op. cit.*

10. Sia consentito il rinvio a I. Boiano, *Cittadinanza/Frontiere*, in A. Simone - I. Boiano - A. Condello, *Femminismo giuridico. Teorie e problemi*, Mondadori Università, Milano, 2019, pp. 55-68.

11. S. Salvatici, *Senza casa e senza paese. Profughi europei nel secondo dopoguerra*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 10.

12. S. Salvatici, *op. ult. cit.*, p. 11.

13. J. Vernant, *The Refugee in the Post-War World*, Allen & Unwin, Londra, 1953, pp. 4-6 (*cit.* in S. Salvatici, *Senza casa e senza paese*, *op. cit.*, p. 11).

14. Per una ricostruzione degli studi e delle ricerche che compongono i *refugee studies* si rinvia a R. Black, *Fifty Years of Refugee Studies: From Theory to Policy*, in *International Migration Review*, vol. 35, n. 1/2001, p. 57.

ne rimangono il paradigma per eccellenza del «soggetto estraneo [*alien*] del diritto internazionale»[15].

Tali considerazioni trovano conferma nella lettura dei verbali che documentano i lavori della Conferenza dei plenipotenziari delle Nazioni Unite, convocata nel 1951 per elaborare la Convenzione per regolare la condizione giuridica dei rifugiati: vi parteciparono ventuno Stati, rappresentati da altrettanti delegati uomini. I verbali registrano la presenza di appena due donne, con il ruolo di osservatrici dei lavori della Conferenza per conto di tre organizzazioni internazionali[16].

Nella Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato del 1951 (di seguito: Convenzione di Ginevra)[17], all'art. 1A, n. 2, par. 1 si rinviene la definizione di «rifugiato»: è tale

«chiunque, nel ragionevole timore d'essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua nazionalità, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la protezione di detto Stato; oppure a chiunque, essendo apolide e trovandosi fuori del suo Stato di domicilio in seguito a tali avvenimenti, non può o, per il timore sopra indicato, non vuole ritornarvi».

Questa definizione, nel suo insieme molto restrittiva, fu il frutto di una negoziazione che ha visto come protagonisti gli Stati Uniti e gli Stati alleati europei, che hanno promosso una prospettiva fortemente individualistica e limitata ai casi di coloro che giungevano in Occidente dal blocco dei Paesi dell'Est, così riflettendo la politica internazionale dell'epoca della guerra fredda[18], con la sistematica esclusione soprattutto dell'esperienza delle donne rifugiate.

Gli atti di tutela internazionale dei diritti umani che, negli anni seguenti, hanno contribuito a riempire di significato la definizione di "persecuzione" rilevante ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato, hanno offerto rimedio effettivo alle donne allorché queste ultime fuggivano alla negazione pervasiva e strutturale dei diritti sperimentata nei Paesi di origine, condizione che però non era ritenuta inquadrabile nella definizione codificata dalla Convenzione di Ginevra[19].

Neppure all'art. 3 della Convenzione di Ginevra, intitolato «Divieto delle discriminazioni», si rinviene riferimento al sesso come ragione non legittimante trattamenti diseguali, e ciò benché nella Dichiarazione universale dei diritti umani fosse stata già vietata ogni forma di discriminazione:

«Ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciate nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione. Nessuna distinzione sarà inoltre stabilita sulla base dello statuto politico, giuridico o internazionale del Paese o del territorio cui una persona appartiene, sia indipendente, o sottoposto ad amministrazione fiduciaria o non autonomo, o soggetto a qualsiasi limitazione di sovranità» (art. 2).

L'art. 3 della Convenzione di Ginevra si limita, al contrario, solo a precisare che:

«gli Stati Contraenti applicano le disposizioni della presente Convenzione ai rifugiati senza discriminazioni quanto alla razza, alla religione o al Paese d'origine».

Dalla lettura dei verbali della Conferenza emerge che l'omesso riferimento al sesso non fu casuale dimenticanza, né si può invocare l'uso del maschile come universale astratto da parte dei redattori della Convenzione di Ginevra. Dalla lettura dei verbali che documentano la discussione tra i rappresentanti degli Stati intervenuti alla stesura dell'atto, emerge infatti che il delegato della Jugoslavia, proprio citando l'art. 2 della Dichiarazione universale dei diritti umani sopra menzionato, propose di integrare l'art. 3 aggiungendo le parole «in particolare» prima di «quanto alla razza (...)», così da ampliare i motivi di discriminazione

15. C.A. MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method and the State: Toward a Feminist Jurisprudence* , vol. 8, n. 4/1983, pp. 635-658.

16. Miss J. de Romer per la *Catholic International Unions for social services* e l'*International Union of Catholic Women's League*, e Mrs. Renée Girod, portavoce dell'*International Council of Women*.

17. In seguito alla risoluzione dell'Assemblea generale n. 429 (V) del 4 dicembre 1950 (A/RES/429, https://www.refworld.org/docid/3b00f08a27.html), nel 1951 a Ginevra fu convocata una Conferenza di plenipotenziari delle Nazioni Unite allo scopo di elaborare una convenzione per regolare lo *status* giuridico dei rifugiati. La Convenzione fu adottata il 28 luglio 1951 ed entrò in vigore il 21 aprile 1954 (www.unhcr.it/wp-content/uploads/2017/01/Convenzione-di-Ginevra-del-1951_.pdf). Inizialmente essa conteneva limitazioni temporali e territoriali: la condizione giuridica di "rifugiato" era riconosciuta solo a coloro che si trovassero nella condizione di cui all'art. 2 per «avvenimenti anteriori al 1° gennaio 1951» in Europa. I limiti temporali e geografici sono stati eliminati dal Protocollo di New York del 1967, «considerando l'opportunità di applicare il medesimo statuto a tutti i rifugiati compresi nella definizione espressa dalla Convenzione, senza tener conto della data limite del 1° gennaio 1951».

18. A. Edwards, *Transitioning Gender: Feminist Engagement with International Refugee Law and Policy 1950–2010*, in *Refugee Survey Quarterly*, vol. 29, n. 2/2010, p. 72.

19. H. Charlesworth - C. Chinkin - S. Wrigth, *Feminist Approaches to International Law*, in *American Journal of International Law*, vol. 85, n. 4/1991, pp. 613-645; H. Crawley, *Refugees and Gender: Law and Process*, Jordan, Bristol, 2001; A. Edwards, *Transitioning Gender*, *op. cit.*, pp. 21-45; J. Freedman, *Gendering the International Asylum and Refugee Debate*, Palgrave Macmillan, Londra, 2015.

vietati anche a quelli non menzionati, che avrebbero assunto solo una funzione esemplificativa. Il delegato jugoslavo suggerì, inoltre, di introdurre le parole «o al sesso», dopo il riferimento al Paese di origine, così da riscrivere l'art. 3 come segue:

«Gli Stati Contraenti applicano le disposizioni della presente Convenzione ai rifugiati senza discriminazioni *in particolare* quanto alla razza, alla religione, al Paese d'origine o *al sesso*»[20].

I delegati convenuti non condivisero questa proposta, esplicitando senza mezzi termini il timore di un eccessivo ampliamento della dimensione applicativa della Convenzione di Ginevra, e ciò con argomentazioni che comprovano l'intrinseca adesione a un sistema sociale e giuridico fondato proprio sulla disuguaglianza tra i sessi.

Le esperienze delle donne sono rimaste ignorate o, comunque, marginali nel discorso pubblico generale in tema di protezione internazionale e *status* di rifugiato per oltre trent'anni, durante i quali ha prevalso il paradigma androcentrico dell'uomo come parametro universale (*male-as-norm paradigm*), la cui validità è stata progressivamente messa in discussione solo grazie alle studiose e attiviste femministe[21], denunciando il silenzio sulle donne del diritto internazionale dei rifugiati come elemento costitutivo del sistema di protezione internazionale da mettere in discussione. Ciò è stato possibile solo grazie al racconto delle singole donne richiedenti asilo nei gruppi informali di donne e alla pratica femminista del diritto: dalla narrazione delle singole, infatti, abbiamo lavorato per trarre gli elementi da valorizzare sotto il profilo giuridico e sottoporli al vaglio delle autorità competenti (commissioni territoriali e tribunali in sede di impugnazione).

3. Le persecuzioni per motivi di sesso e genere e la Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato

La Convenzione di Ginevra non menziona espressamente né il sesso né il genere tra i motivi che possono fondare il riconoscimento dello *status* di rifugiato, e il Comitato CEDAW, nella raccomandazione generale n. 34, ha espresso preoccupazione per il fatto che «molti sistemi di asilo continuano a trattare le richieste di asilo delle donne attraverso la lente delle esperienze maschili, il che può comportare che le loro richieste di *status* di rifugiato non vengano adeguatamente valutate o vengano respinte» (§ 16).

Se, da un lato, l'assenza di espresso riferimento al sesso e al genere nella Convenzione di Ginevra è considerata tra le ragioni prevalenti della marginalizzazione della richiesta di protezione internazionale delle donne, dall'altro lato, l'opzione di una modifica normativa per integrare l'art. 1A, n. 2, par. 1 della Convenzione di Ginevra è stata accantonata non solo dalle organizzazioni internazionali, tra cui proprio l'UNHCR, ma anche dalle studiose e attiviste femministe e dal Comitato CEDAW, il quale ha chiarito che, «anche se il genere non è specificamente menzionato nella definizione di «rifugiato» data nella Convenzione del 1951 relativa allo *status* di rifugiato, esso può influenzare o dettare il tipo di persecuzione o danno subito dalle donne e le ragioni di tale trattamento. La definizione della Convenzione del 1951, correttamente interpretata, copre le richieste di *status* di rifugiato legate al genere» (Comitato CEDAW, 2014, § 16).

La Convenzione di Ginevra infatti, ricorda il Comitato CEDAW, fa parte di un quadro giuridico internazionale complesso, nel quale esiste un'importante interrelazione tra il diritto internazionale dei diritti umani, tra cui la CEDAW, la Convenzione del 1951 sullo *status* dei rifugiati e il relativo Protocollo del 1967, e le molteplici convenzioni in tema di tutela dei diritti umani, comprese quelle regionali di prevenzione e contrasto della violenza di genere, come la Convenzione interamericana sulla prevenzione, punizione e sradicamento della violenza contro le donne del 1994[22], il Protocollo sui diritti delle donne della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, adottato a Maputo nel 2003[23], e poi nel 2011 la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e il contrasto della violenza nei confronti delle donne (di seguito: Convenzione di Istanbul)[24], tutti

20. Corsivo mio. Vds. la Conferenza Onu dei plenipotenziari sullo *status* dei rifugiati e degli apolidi, *Summary Record of the Fifth Meeting*, 4 luglio 1951, A/CONF.2/SR.5, p. 9 (https://digitallibrary.un.org/record/696253?ln=en).

21. A. Edwards, *Transitioning Gender*, *op. cit.*, p. 22; J. Freedman, *Gendering*, *op. cit.*, p. 72.

22. www.oas.org/juridico/english/treaties/a-61.html.

23. www.un.org/en/africa/osaa/pdf/au/protocol_rights_women_africa_2003.pdf.

24. La Convenzione sulla prevenzione e il contrasto della violenza nei confronti delle donne, ivi compresa la violenza domestica, è stata adottata a Istanbul nell'aprile del 2011, prodotto di un Comitato *ad hoc* («Committee on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence», CAHVIO), istituito dal Consiglio d'Europa a seguito della sentenza *Opuz c. Turchia* del 2009. Per maggiori approfondimenti, si rinvia a Consiglio d'Europa, *Explanatory Report*, CETS, n. 210, Istanbul, 11 maggio 2011 (www.istat.it/it/files/2017/11/ExplanatoryreporttoIstanbulConvention.pdf).

atti che sono da intendersi in un regime di reciproca complementarità[25].

Di conseguenza, le studiose e attiviste femministe hanno promosso la prospettiva di genere nell'interpretazione di tutti e cinque i motivi indicati dall'articolo 1A, n. 2, par. 1, Convenzione di Ginevra (così anche Comitato CEDAW, 2014, § 13), senza però mai distinguere la riflessione teorico-giuridica dalla dimensione di pensiero e azione più propriamente politica e pratico-operativa dell'attivismo e del supporto concreto alle donne richiedenti asilo.

Grazie a questo lavoro d'interpretazione e rafforzamento di pratiche di accoglienza e supporto, negli anni si è prodotto un significativo impatto sull'intero sistema: mentre sempre più marginale è divenuta la posizione, mantenuta da alcuni ordinamenti interni, di refrattarietà a una riflessione sulla questione, come il Regno Unito[26], le autorità statali e le organizzazioni internazionali hanno avviato un lavoro d'integrazione dei parametri interpretativi della Convenzione di Ginevra attraverso linee guida specifiche e l'elaborazione di riforme legislative[27].

Nel prosieguo, si offre un quadro di questa attività interpretativa, incoraggiata dall'azione di sensibilizzazione e rielaborazione condotta dalle studiose e attiviste femministe che hanno veicolato, nei singoli casi sottoposti al vaglio delle autorità, interpretazioni dei motivi di riconoscimento della protezione internazionale più vicine ai concreti vissuti delle donne, seppure in un quadro complessivo di accesso delle donne allo *status* di rifugiata che ancora non può ritenersi soddisfacente, sia per quantità sia per qualità.

Nella ricostruzione dell'interpretazione dell'art. 1A, n. 2, par. 2, Convenzione di Ginevra, che contiene la definizione generale di «rifugiato» recepita anche in ambito italiano ed europeo[28], primario riferimento è il *Manuale sulle procedure e sui criteri per la determinazione dello status di rifugiato ai sensi della Convenzione del 1951 e del Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati*, pubblicato nel 1979 e aggiornato nel 1992[29]. Questo testo sarà integrato nell'analisi che segue con le convenzioni in tema di tutela dei diritti delle donne, tra cui la Convenzione di Istanbul, gli atti di indirizzo dell'UNHCR, le raccomandazioni del Comitato CEDAW, la giurisprudenza delle corti regionali di tutela dei diritti umani, senza trascurare l'evoluzione del diritto dell'Unione europea e del diritto italiano, ma soprattutto tenendo conto dell'esperienza concreta delle donne che lottano per vedersi riconosciuto lo *status* di rifugiata.

3.1. Il ragionevole e fondato timore di persecuzione e il danno grave

Elemento chiave della definizione contenuta all'art. 1A, n. 2, par. 1, Convenzione di Ginevra è il concetto di "persecuzione", per il quale tuttavia non esiste «una definizione universalmente accettata» (vds. il citato *Manuale* UNHCR, § 51). La riconducibilità dei fatti ricostruiti di volta in volta alla definizione di persecuzione rilevante ai fini della Convenzione di Ginevra implica la verifica della sussistenza dei seguenti elementi:

- danno grave che deriva dalla persecuzione;
- fondato timore di subire l'atto persecutorio;
- natura concretamente persecutoria delle condotte subite o che si rischia di subire;
- assenza di una via di fuga interna alternativa.

L'approfondimento del profilo soggettivo del timore di persecuzione e della sua fondatezza (profilo

25. Vds. Comitato CEDAW, 2014, § 9 ; Consiglio d'Europa e UNHCR, *Refugee women and the Istanbul Convention*, Strasburgo, 23 gennaio 2013 (file:///C:/Users/avvst/Downloads/99913%20GBRBrochureRefugeeWomen.pdf).

26. T. Spijkerboer, *Gender and Refugee Status*, Routledge, Londra, 2000, p. 171.

27. Per un compendio sulle linee guida adottate dagli Stati, si rinvia a Center for Gender and Refugee Studies, *Review of Gender, Child, and LGBTI Asylum Guidelines and Case Law in Foreign Jurisdictions: A Resource for U.S. Attorneys*, San Francisco, 2014, (www.amnesty.org/en/library/asset/POL33/004/2006/en/b1ed18d8-d40a-11dd-8743- d305bea2b2c7/pol330042006en.htm). Di seguito, i documenti rilevanti dell'UNHCR (consultabili in rete sul sito dell'Agenzia): *Guidelines on the Protection of Refugee Women*, luglio 1991; *UNHCR's Commitments to Refugee Women*, 12 dicembre 2001; *Guidelines on International Protection: Gender-related persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/02/01, 7 maggio 2002; *Handbook for the Protection of Women and Girls*, 6 marzo 2008; *Position Paper on Violence against Women and Girls in The European Union and Persons of Concern to UNHCR*, marzo 2014; *UNHCR's views on Gender-Based Asylum Claims and Defining "Particular Social Group" to Encompass Gender*, UNHCR Asylum Lawyers Project, novembre 2016.

28. La procedura per il riconoscimento della protezione internazionale è disciplinata dalla direttiva 2013/32/UE del 26 giugno 2013 – cui è stata data attuazione nell'ordinamento italiano con il d.lgs 18 agosto 2015, n. 142 – che, come rilevato nel primo *considerando*, apporta una serie di modifiche sostanziali alla dir. 2005/85/CE del 1° dicembre 2005, attuata nell'ordinamento interno con il d.lgs 28 gennaio 2008, n. 25 (per come modificato da: d.lgs 3 ottobre 2008, n. 159; l. 24 luglio 2008, n. 125; l. 15 luglio 2009, n. 94; d.lgs 1° settembre 2011, n. 150; d.lgs 4 marzo 2014, n. 24; d.lgs 18 agosto 2015, n. 142; l. 13 aprile 2017, n. 46; l. 1° dicembre 2018, n. 132).

29. UNHCR, *Manuale sulle procedure e sui criteri per la determinazione dello status di rifugiato ai sensi della Convenzione del 1951 e del Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati*, Ginevra, settembre 1979 (www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2020/07/Manuale-procedure-e-criteri-determinazione-status-rifugiato-compresso.pdf).

oggettivo) è preliminare al vaglio del danno grave e della natura persecutoria degli atti lamentati o temuti. L'UNHCR chiarisce sul punto la necessità di una valutazione di opinioni e sentimenti della persona interessata, alla luce delle quali «si devono considerare le misure poste in atto ovvero preannunciate» (*Manuale* UNHCR, § 52).

Nelle linee guida pubblicate dall'UNHCR sulla protezione delle donne rifugiate[30], seguite nel 1995 dalle direttive *Sexual Violence Against Refugees: Guidelines on Prevention and Response*[31], l'Organizzazione internazionale chiarisce che, nel merito della valutazione delle richieste di asilo, le circostanze che spingono le donne a fuggire dal loro Paese (per esempio, per aver violato norme sociali), non rientrano nella definizione universale di rifugiato (§ 54) e, in generale, come si legge nelle *Linee guida sulla protezione internazionale n. 1. La persecuzione di genere nel contesto dell'articolo 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati* del 2002, si ritiene che «persecuzione di genere» sia «un'espressione che non ha valenza giuridica di per sé. Essa, piuttosto, comprende una serie di domande diverse tra loro, nelle quali il genere assume un ruolo di considerazione rilevante nell'ambito della determinazione dello *status* di rifugiato» (§ 1).

Malgrado ciò, l'UNHCR ritiene comunque non necessario integrare la definizione di rifugiato inserendo riferimenti al genere, dal momento che «è ampiamente accettato che esso può influenzare o condizionare il tipo di persecuzione o danno sofferto e le ragioni di tale trattamento. La definizione di rifugiato pertanto, se interpretata correttamente, copre le istanze relative al genere» (*ivi*, § 6), tenendo però presente che:

«Adottare un'interpretazione sensibile alle questioni di genere della Convenzione del 1951 non significa che tutte le donne abbiano automaticamente diritto allo *status* di rifugiato. Deve essere stabilito che abbiano un fondato timore di subire persecuzione per ragioni di razza, religione, nazionalità, appartenenza a un determinato gruppo sociale od opinione politica» (§ 4).

Nella valutazione della domanda di protezione delle donne bisogna, quindi, seguire un approccio interpretativo che consideri l'impatto del genere, che:

«si riferisce alla relazione tra uomo e donna basata su identità, *status*, ruoli e responsabilità, costruite e definite socialmente o culturalmente, che vengono assegnate alle persone appartenenti a un sesso o ad un altro, mentre il sesso è una determinazione biologica. Il concetto di genere non è statico o innato, ma acquista significati costruiti socialmente e culturalmente nel tempo» (§ 3).

L'UNHCR, nel 2002, ritorna sul concetto di «fondato timore di persecuzione» con riferimento specifico ai casi delle donne richiedenti asilo[32], evidenziando che solo una valutazione caso per caso consente di comprendere in modo approfondito le richieste di protezione internazionale delle donne e coloro che sono chiamati ad applicare la Convenzione di Ginevra devono tener presente il fatto che:

«Se è vero che i richiedenti uomini e donne possono essere soggetti alle stesse forme di danno, è altrettanto vero che essi possono anche sperimentare forme di persecuzione specifiche del loro sesso. Il diritto internazionale dei diritti umani e il diritto penale internazionale indicano con chiarezza determinate azioni come violazioni di tali diritti, come la violenza sessuale, e sostengono la loro caratterizzazione di gravi abusi come risultante in persecuzione. In questo senso, il diritto internazionale può assistere le persone incaricate di prendere decisioni nel determinare la natura persecutoria di una particolare azione. Non vi è dubbio che lo stupro e altre forme di violenza di genere, come le violenze legate alla dote, la mutilazione genitale femminile, la violenza domestica e la tratta, sono azioni che infliggono grave dolore e sofferenza – sia mentale che fisica – e che sono state utilizzate come forme di persecuzione, sia da parte di Stati che di attori privati» (*ivi*, § 9).

Si riconosce quindi che, se le donne sono esposte da un lato alle stesse forme di danno che patiscono gli uomini, rischiano dall'altro lato anche specifici danni che dipendono da fattori di genere, come quelli sopra menzionati, che però sono per lo più ignorati nel procedimento di valutazione delle loro domande

30. UNHCR, *Guidelines on the Protection of Refugee Women*, Ginevra, 1991 (www.unhcr.org/publications/legal/3d4f915e4/guidelines-protection-refugee-women.html), nelle quali si rinvengono prime direttive in tema di procedure, da adeguare alle specifiche necessità di protezione delle donne sin dal momento della fuga, al fine di ampliare l'effettivo accesso delle donne al procedimento di valutazione delle richieste di protezione internazionale, ma anche per prevenire violazioni secondarie che le richiedenti asilo possono subire nei Paesi di transito e destinazione.

31. UNHCR, *Sexual Violence Against Refugees: Guidelines on Prevention and Response*, Ginevra, 1995 (www.unhcr.org/publications/operations/3b9cc26c4/sexual-violence-against-refugees-guidelines-prevention-response-unhcr.html).

32. UNHCR, *Linee guida sulla protezione internazionale n. 1. La persecuzione di genere nel contesto dell'articolo 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati*, Ginevra, 7 maggio 2002, HCR/GIP/02/01 (www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5513ca474).

di protezione internazionale, cosicché le violazioni subite o che le donne rischiano di subire sono qualificate raramente nei termini di persecuzione[33].

Utile a colmare la lacuna interpretativa che si registra nei vari ordinamenti è l'evoluzione della tutela internazionale dei diritti umani, contesto nel quale, ricorda Heaven Crawley, si ritengono costituire un danno grave:

tutte le violazioni dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciute dagli atti internazionali (diritto alla vita, divieto di tortura e di trattamento inumano e degradante, divieto di schiavitù, libertà di pensiero, coscienza e religione);

la discriminazione o violazione dei seguenti diritti e libertà fondamentali: protezione dall'arresto e detenzione arbitraria; uguaglianza davanti alla legge; equo processo; libertà di movimento, libertà di opinione, espressione, riunione e associazione; diritto di voto e accesso al pubblico impiego;

ogni forma di limitato godimento non giustificato dalla scarsità di risorse del diritto al lavoro, ai beni essenziali (cibo, vestiti e alloggio), alla salute, all'istruzione e all'espressione culturale.

In definitiva, il danno grave si ravvisa allorché si riscontri «la violazione prolungata o sistemica dei diritti umani fondamentali, in quanto dimostrativa di un fallimento della protezione dello Stato»[34], violazione dinanzi alla quale risulta altresì calzante la definizione di danno grave rilevante ai fini dell'applicazione della Convenzione di Ginevra.

3.2. Le persecuzioni

Costituisce una persecuzione rilevante ai fini dell'art. 1A, n. 2, par. 1, Convenzione di Ginevra «ogni minaccia alla vita o alla libertà per ragioni di razza, religione, nazionalità, opinioni politiche o appartenenza ad un determinato gruppo sociale» (*Manuale* UNHCR, § 52), così come altre violazioni gravi o minacce di tali violazioni dei diritti umani, alla luce delle circostanze del singolo caso. Secondo le indicazioni contenute nel *Manuale*, rilevano inoltre le «misure non persecutorie in se stesse (per esempio, discriminazioni di vario tipo), cui si aggiungono in certi casi altre circostanze avverse (per esempio, una generale atmosfera di insicurezza nel Paese di origine)», tutti elementi che possono aver determinato «uno stato d'animo tale da giustificare ragionevolmente l'assunto di un fondato timore di persecuzione per "concorso di motivi"», alla luce di tutte «le circostanze del caso, tenuto conto del particolare contesto geografico, storico ed etnologico» (§ 53), senza trascurare di considerare il genere (UNHCR, *Linee guida sulla protezione internazionale n. 1*, 2002), che in prevalenza influenza o condiziona il tipo di persecuzione o danno sofferto dalle donne e le ragioni del trattamento loro riservato (*ivi*, § 6).

Bisogna comunque procedere all'accertamento della sussistenza di tutti i requisiti individuati dalla definizione dello *status* di rifugiato, adottando «un approccio complessivo alla valutazione», e «considerare tutte le circostanze rilevanti del caso», per ricostruire così «un quadro complessivo della personalità, del vissuto e delle esperienze personali del richiedente asilo» avvalendosi di un'analisi e di una conoscenza aggiornata delle specifiche circostanze storiche, geografiche e culturali del Paese d'origine, evitando di «fare generalizzazioni su donne o uomini (...), poiché si rischia di trascurare importanti differenze che potrebbero risultare rilevanti nell'ambito di un determinato caso» (§ 7).

Con riferimento alla natura persecutoria degli atti subiti o che temono ragionevolmente di subire le donne, nelle linee guida del 1995 (vds. *supra*, nota 31: *Guidelines*) l'UNHCR menziona il timore di subire un trattamento inumano «per aver trasgredito le leggi o consuetudini della loro società riguardanti il ruolo delle donne» – situazioni in cui le donne subiscono violenza e pene, finanche la morte, per adulterio, ma anche per ciò che indossano, oppure discriminazioni sessuali specifiche. Si prende atto, nel documento, della difficoltà di inquadrare queste condotte nella definizione di rifugiato. E se dinanzi a punizioni per la violazione di norme sociali l'UNHCR raccomanda agli Stati di considerare le donne come perseguitate (*Guidelines*, 1995, § 54), con riguardo alle discriminazioni si evidenzia che «la linea di demarcazione tra discriminazione e persecuzione non è chiara» (*ivi*, § 55): ciò accade, per esempio, allorché le donne aggredite dai militari debbano dimostrare di essere vittime di persecuzione piuttosto che di violenza casuale, così come difficilmente sono qualificate come «persecuzioni» gli stupri subiti da parte delle forze armate, ancora ritenute «danni collaterali delle guerre» (*ivi*, § 56).

L'UNHCR si sofferma sulla violenza sessuale, raccomandandone l'inquadramento come forma di persecuzione allorché risulti perpetrata da agenti statali per intimidire o punire, e sottolinea che «ci può essere una base per la concessione dello *status* di rifugiato quando un governo non può o non vuole proteggere le donne che sono soggette ad abusi per aver trasgredito

33. H. Crawley, *Refugees and Gender*, *op. cit.*; J. Freedman, *Gendering*, *op. cit.*

34. J.C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Butterworths, Toronto (CA-ON), 1991, pp. 104-105.

gli *standard* sociali. Non è necessario che il governo stesso sia stato l'istigatore degli abusi» (*ivi*, § 71).

Possono rientrare, inoltre, nella definizione di persecuzione non solo le conseguenze pubbliche che le donne subiscono per la violazione di norme giuridiche, sociali o consuetudinarie, come già chiarito nelle linee guida del 1995, ma anche il rischio di subire conseguenze dell'applicazione di una legge «persecutoria in sé»: tale è quella che codifica norme e pratiche tradizionali o culturali non conformi agli *standard* internazionali sui diritti umani; che prevede una grave punizione per le donne che trasgrediscono costumi sociali (UNHCR, *Linee guida sulla protezione internazionale n. 1*, 2002, § 12), anche allorché siano ancora tollerati e giustificati nonostante l'abrogazione delle leggi che prima, eventualmente, avevano recepito determinate pratiche (§§ 10-11).

Sono da ritenersi persecutorie anche quelle leggi e quelle politiche pubbliche che pur avendo finalità ragionevoli e legittime, tuttavia sono implementate con pratiche lesive dei diritti e delle libertà individuali: si pensi, per esempio, al caso della pianificazione familiare, ritenuta generalmente una risposta appropriata a una forte pressione demografica, ma che nella pratica si è tradotta nella costrizione delle donne all'aborto o alla sterilizzazione forzata (§ 13).

Con riguardo alla qualificazione di una determinata condotta nei termini di persecuzione è sempre necessario accertare la sussistenza del fondato timore di essere perseguitato: per esempio, dinanzi a una legge che astrattamente risulta essere discriminatoria e con conseguenze gravemente dannose per la richiedente asilo, si ritiene non sussista più il fondato timore ove la legge persecutoria sia in vigore formalmente, ma senza essere più applicata in concreto (§ 10). La prova che, di conseguenza, la richiedente asilo dovrà apportare a sostegno del timore fondato di persecuzione nei suoi confronti è molto rigorosa e complessa: non basterà addurre in modo generico la sussistenza di disposizioni giuridiche discriminatorie, ma occorrerà dimostrare se e in che misura le stesse ancora siano applicate nel contesto di riferimento della richiedente asilo.

Dopo un primo accenno alla discriminazione come forma di persecuzione contenuta nelle linee guida del 1995, l'UNHCR ha precisato che di norma «la "mera" discriminazione non potrebbe costituire persecuzione di per sé», tuttavia «un modello di discriminazione o di trattamento meno favorevole potrebbe, su base cumulativa, risultare in persecuzione e giustificare la protezione internazionale» (UNHCR, 2002, § 14)[35], così come l'omessa protezione contro certi tipi di danno da parte dello Stato nei confronti di una parte della popolazione, come accade nei casi di violenza domestica o di abusi perpetrati per ragioni relative a un differente orientamento sessuale (§§ 15-17).

Anche la tratta di persone finalizzata alla prostituzione forzata o allo sfruttamento sessuale rileva come forma di persecuzione «quando lo Stato non è in grado o non vuole fornire protezione contro tali danni o minacce di danno». Sul tema, l'UNHCR è ritornato più recentemente con l'elaborazione di specifiche linee guida finalizzate alla rilevazione degli indicatori che consentono, caso per caso, di accertare la condizione di vittimizzazione nell'ambito della tratta di esseri umani e la rilevanza dell'esperienza vissuta nel contesto della procedura di riconoscimento dello *status* di rifugiato[36].

È importante comprendere la differenza tra le persecuzioni legate al genere (*gender-related persecutions*) e le forme di danno specifiche in base al genere (*gender-specific harms*). Con riguardo a queste ultime, l'attenzione è da porsi sulle modalità della persecuzione che con maggiore probabilità le donne affrontano, prescindendo quindi dai motivi che possono essere anche scollegati dal genere. Sono forme specifiche di danno e modalità di persecuzione, per esempio, la violenza sessuale o le mutilazioni genitali femminili, l'aborto e la sterilizzazione forzata, l'impedimento nell'accesso alla contraccezione. È importante precisare che le violazioni specifiche di genere non costituiscono necessariamente una persecuzione a causa del genere. Per esempio, se i genitali di un uomo sono sottoposti a scosse elettriche, egli viene torturato in modo specifico per il genere: non ne consegue necessariamente che sia perseguitato "a causa del suo genere", ma può essere perseguitato con modalità "di genere" a causa della sua identità o attività politica o religiosa. Analogamente, molte donne subiscono forme di persecuzione specifiche di genere, tra cui la violenza sessuale, a causa della loro attività politica o per motivi religiosi reali o attribuiti. Di conseguenza, non si può dare per scontato che tutte le donne subiscano persecuzioni legate al genere

35. Costituirebbero «persecuzione», ad esempio, le misure discriminatorie che conducono a conseguenze di natura sostanzialmente pregiudiziale per la persona interessata, come gravi restrizioni del diritto al sostentamento, del diritto di praticare la propria religione o dell'accesso a strutture educative. Vds. il *Manuale* dell'UNHCR, par. 54.

36. UNHCR, *L'identificazione delle vittime di tratta tra i richiedenti protezione internazionale e procedure di* referral. *Linee Guida per le Commissioni Territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale*, testo a cura di F. Nicodemi, 2017 – *cfr.*, anche per il successivo aggiornamento (2020): www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2021/01/Factsheet-tratta-UNHCR.pdf.

anche quando questa persecuzione assuma in concreto una forma specifica di genere.

Costituiscono, invece, persecuzioni di genere nei confronti delle donne (*gender-related persecutions*) quelle «forme di persecuzione che sono dirette contro una donna perché è una donna o che colpiscono le donne in modo sproporzionato» (Comitato CEDAW, 2014, § 15), ossia quelle violazioni dei diritti e delle libertà fondamentali che le donne subiscono in presenza di una relazione causale tra il genere (come socialmente costruito) e il trattamento loro riservato: per esempio, l'attività sessuale al di fuori di una relazione socialmente tollerata può portare alla persecuzione della donna in ragione del regime di genere vigente in un determinato contesto. Bisogna tener conto, inoltre, del fatto che spesso le donne sono perseguitate non solo in quanto donne, ma perché si rifiutano di corrispondere al modello di donna socialmente imposto (cd. "*proper women*") in un dato contesto[37].

Una volta accertato il fondato timore di una persecuzione capace di produrre un grave danno, bisogna verificare/dimostrare caso per caso che le persecuzioni siano imputabili alle autorità dello Stato di origine, che non vi sia disponibile una via di fuga interna alternativa e che le persecuzioni siano riconducibili a uno o più motivi indicati dalla Convenzione di Ginevra.

3.3. Gli agenti della persecuzione e l'assenza una via di fuga interna alternativa

La rilettura femminista degli elementi della definizione giuridica di rifugiato si è rivelata necessaria affinché le condotte subite dalle donne non solo fossero concretamente inquadrate nella definizione di persecuzione fornita dalla Convenzione di Ginevra, ma anche per superare il principale ostacolo argomentativo che spesso si rinviene nelle motivazioni che fondano i dinieghi, ossia che quanto subito dalle donne, seppure atti integranti violazioni specifiche, siano però commessi in un contesto di relazioni individuali da soggetti privati e per questo motivo non riconducibili alle autorità statali. E quindi ad agenti persecutori pubblici[38].

La richiedente asilo deve dimostrare, infatti, di avere fondato timore di persecuzione da parte di autorità statali o di soggetti che lo Stato non vuole o non riesce a controllare: lo scrutinio della domanda di protezione internazionale riguarda anche la capacità e volontà dello Stato di origine di assicurare protezione. Laddove si riscontri una protezione concreta ed effettiva dalle persecuzioni riferite, non potranno ravvisarsi i presupposti per riconoscere lo *status* di rifugiato/a.

Il Comitato CEDAW è intervenuto sulla questione della prova della protezione e della sua effettività ed efficacia evidenziando che:

«Il danno perpetrato nei confronti delle donne e delle ragazze è spesso nelle mani di attori non statali, compresi i membri della famiglia, i vicini o la società più in generale. In questi casi, l'articolo 2, lettera e) della Convenzione [CEDAW – *ndr*] richiede che gli Stati parti si assumano l'obbligo di diligenza e garantiscano che le donne siano efficacemente protette dai danni che possono essere inflitti da attori non statali. Non è sufficiente lottare per l'uguaglianza verticale di genere della singola donna nei confronti delle autorità pubbliche; gli Stati devono anche lavorare per garantire la non discriminazione a livello orizzontale, anche all'interno della famiglia» (Comitato CEDAW, 2014, § 27).

Di conseguenza, il Comitato CEDAW ha chiarito che anche il danno perpetrato da attori non statali deve essere qualificato nei termini di una persecuzione rilevante ai fini della Convenzione di Ginevra «quando lo Stato non è in grado o non è disposto a prevenire tale danno o ad assicurare protezione a causa di politiche o pratiche governative discriminatorie» (*ibid.*).

Significativo impulso alla qualificazione nei termini di atti persecutori di tutte le forme di violenza di genere cui sono esposte le donne, nonché alla determinazione della misura della responsabilità statale in caso di violazioni subite dalle donne da parte di attori non statali, è stato dato dalla Corte europea per i diritti umani e le libertà fondamentali (di seguito: Corte Edu), che ha fornito indicazioni utili alle autorità statali non solo per adeguare l'ordinamento interno ai parametri convenzionali di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle donne, ma anche per predisporre adeguati strumenti a protezione delle donne richiedenti protezione internazionale per persecuzioni subite in ragione del genere. In particolare, la Corte di Strasburgo ha chiarito che gli Stati, in attuazione degli artt. 2, 3, 6, 8 e 14 Cedu, sono responsabili nel caso in cui non abbiano assicurato alle donne vittime di violenza di genere misure adeguate atte a proteggere l'incolumità psicofisica delle vittime e dei figli esposti alla violenza, a garantire loro il pieno accesso alla giustizia e a perseguire gli autori delle violenze,

37. H. Crawley, *Refugees and Gender*, *op. cit.*, p. 63.

38. J.C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, *op. cit.*; H. Crawley, *Refugees and Gender*, *op. cit.*, p. 37; J. Freedman, *Gendering*, *op. cit.*, p. 45.

considerate trattamenti disumani e degradanti che, sebbene commessi da soggetti privati, gli Stati sono tenuti a prevenire e reprimere[39].

I principi elaborati dalla Corte Edu in materia di violenza di genere sono stati codificati dalla Convenzione di Istanbul che, in tema di riconoscimento della protezione internazionale, all'articolo 60 riconosce la violenza nei confronti delle donne basata sul genere quale forma di persecuzione ai sensi dell'articolo 1A, n. 2, par. 1 della Convenzione di Ginevra, incoraggiando gli Stati ad adottare un approccio *gender-sensitive* in tutte le fasi del procedimento in materia di diritto internazionale dei rifugiati.

Nei casi in cui la persecuzione sia perpetrata da attori non statali, gli Stati di destinazione, spesso, ancora respingono la domanda di protezione delle donne, motivando la decisione sulla base della loro possibilità di beneficiare di una via di fuga interna, alternativa alla partenza dal Paese di origine (Comitato CEDAW, 2014, § 28): una persona, infatti, non è ritenuta a rischio di persecuzione da parte di attori non statali se ha la possibilità di un trasferimento in un luogo sicuro all'interno dello Stato di origine.

Il Comitato CEDAW ha ricordato, sul punto, che l'art. 2, lett. *d* ed *e* della Convenzione CEDAW richiede che gli Stati firmatari garantiscano che le donne siano protette contro la discriminazione generata da attori non statali e, con riguardo alle donne richiedenti asilo, ha sottolineato come i dinieghi di protezione internazionale, motivati sulla disponibilità di una via di fuga interna alternativa alla partenza, non tengano conto che l'alternativa della fuga interna è un'opzione generalmente preclusa alle donne, prive delle risorse e dell'autonomia per spostarsi liberamente (e, a volte, legittimamente) nel Paese di origine o per fuggire all'estero, opportunità rara che le donne spesso hanno solo ricorrendo a canali di migrazione, che le espongono al rischio di ulteriori violenze:

«le difficoltà incontrate dalle donne nel trasferirsi in altre parti del loro Paese d'origine possono includere restrizioni o divieti legali, culturali e/o sociali per le donne che viaggiano o vivono da sole, realtà pratiche come i problemi di garantire l'alloggio, la custodia dei bambini e la sopravvivenza economica senza il sostegno della famiglia o della comunità, e il rischio di molestie e sfruttamento, compresi lo sfruttamento sessuale e la violenza» (Comitato CEDAW, 2014, § 27).

Le autorità statali, di conseguenza, sono tenute a verificare caso per caso, rispetto alla possibilità concreta di una ricollocazione interna, i rischi "di genere" (*ivi*, § 26).

3.4. I motivi di persecuzione

La definizione di rifugiato contenuta all'art. 1A, n. 2, par. 1, Convenzione di Ginevra individua cinque motivi ai quali, alternativamente o congiuntamente, devono essere causalmente correlate le persecuzioni: razza, religione, nazionalità, appartenenza a un particolare gruppo sociale e opinioni politiche[40].

A livello istituzionale si è consolidata, in particolare sul piano applicativo, l'indicazione di considerare le donne «appartenenti a un particolare gruppo sociale», incorporata nelle linee guida dell'UNHCR (1995, § 14; 2002) e ripresa dalla "direttiva qualifiche" 2011/95/UE all'art. 10, par. 1, lett. *d*, che menziona il genere e l'identità di genere tra i fattori rilevanti ai fini della determinazione dell'appartenenza a un determinato gruppo sociale o dell'individuazione delle caratteristiche proprie di tale gruppo.

Questo orientamento è stato criticato dal Comitato CEDAW (2014, § 29), nel solco dei rilievi già mossi dalle studiose e attiviste femministe[41], poiché ha complessivamente rallentato il percorso delle donne verso un pieno godimento del diritto alla protezione internazionale e ha rinforzato la percezione delle donne rifugiate come soggetti determinati «in natura principalmente da società e cultura»[42]. Esso si è mostrato, inoltre, problematico sia in considerazione della frequente inefficacia della stessa richiesta di protezione internazionale così impostata a livello individuale, sia in termini di politica del diritto.

---

39. L'obbligo di assicurare un sistema adeguato di contrasto alla violenza di genere deriva, secondo la Corte, dagli artt. 2, 3, 6, 8 e 14 Cedu, che sono stati considerati violati dalla Corte ove l'ordinamento di volta in volta vagliato non avesse assicurato indagini adeguate, misure cautelari specifiche ed efficaci, una partecipazione effettiva al procedimento penale (si vedano, in proposito, le seguenti sentenze: *M.T. et S.T. c. Slovacchia*, 2012; *Kowal c. Polonia*, 2012; *Kalucza c. Ungheria*, 2012; *V.C. c. Slovacchia*, 2011; *Hajduova c. Slovacchia*, 2010; *A. c. Croazia*, 2010; *E.S. e a. c. Slovacchia*; *Opuz c. Turchia*, 2009; *Branko Tomašić e a. c. Croazia*, 2009; *Bevacqua e S. c. Bulgaria*, 2008; *Kontrova c. Slovacchia*, 2007; *M.C. c. Bulgaria*, 2004).

40. L'approfondimento dei motivi di riconoscimento dello *status* di rifugiata e delle problematiche di valutazione delle domande delle donne richiedenti asilo è condotto attraverso casi di donne che si sono rivolte all'Associazione "Differenza Donna", ong che sin dal 2009 ha strutturato e progressivamente attuato una strategia di supporto e un'azione di *advocacy* specifiche finalizzate al pieno riconoscimento dello statuto giuridico di «rifugiata» alle donne che lasciano il loro Paese per persecuzioni e discriminazioni di genere.

41. H. Crawley, *Gender, persecution and the concept of politics in the asylum determination process*, in *Forced Migration Review*, n. 9/2000, pp. 17-20; A. Edwards, *Transitioning Gender*, *op. cit.*; J. Freedman, *Gendering*, *op. cit.*, p. 45.

42. A. Edwards, *Transitioning Gender*, *op. cit.*, p. 27.

Con riguardo a quest'ultimo profilo, il riconoscimento dello *status* di rifugiata alle donne in quanto «appartenenti a un particolare gruppo sociale» si fonda, infatti, su presupposti non corretti tanto sul piano di strategia politica quanto sul piano strettamente giuridico e, in generale, teorico: da un lato, infatti – ha evidenziato Heaven Crawley –, si è assistito a una replica e al rafforzamento della marginalizzazione delle donne richiedenti asilo, che si vedono generalizzare le loro esperienze come richiedenti prescindendo da un approfondimento individuale delle singole biografie, determinate e qualificate esclusivamente alla luce del genere.

Ciò ha generato confusione sul significato di persecuzione basata sul genere (*gender-related persecution*) e ha rafforzato, sul piano giuridico dell'applicazione e interpretazione della Convenzione di Ginevra, la diffusione di parametri omogenei di verifica di comportamenti che, a loro volta, sono attribuiti alle donne intese come corpo monolitico, a prescindere cioè da una comprensione autentica della relazione tra la forma del danno patito o temuto dalla singola richiedente asilo e i motivi di protezione enumerati dall'art. 1A, n. 2, par. 1, Convenzione di Ginevra.

Così si è assistito, seppure nel quadro di iniziative finalizzate ad emancipare le esperienze delle donne richiedenti asilo dal silenzio che le ha a lungo occultate nel contesto del diritto internazionale dei rifugiati, a ribadire la netta contrapposizione tra l'esperienza della persecuzione che lamentano gli uomini richiedenti e quella delle donne, ancora una volta imprigionate in un modello che generalizza ed enfatizza le persecuzioni che assumono la forma di aggressione sessuale, mentre limita l'immagine della richiedente asilo a quella di una donna povera, impotente e vulnerabile, contrapposta non di rado al modello occidentale di donna libera, anche sessualmente, istruita e indipendente, svuotando di contenuto politico le narrazioni delle richiedenti asilo, estraniate per di più dal complessivo contesto politico-sociale del Paese di origine[43].

Invocando l'art. 5 CEDAW, anche il Comitato di monitoraggio non ha trascurato di segnalare agli Stati i limiti della valutazione delle richieste di asilo delle donne limitando l'accertamento alla loro appartenenza a un particolare gruppo sociale, precisando che questo approccio alimenta pregiudizi e nozioni stereotipate delle donne «che si basano sull'inferiorità o sulla superiorità dell'uno o dell'altro sesso. Gli stereotipi di genere influiscono sul diritto delle donne a un procedimento di asilo equo e giusto e le autorità competenti in materia di asilo devono prendere precauzioni per non creare *standard* basati su nozioni preconcette di violenza e persecuzione basate sul genere» (Comitato CEDAW, 2014, § 31).

Non si può dimenticare, inoltre, nella prospettiva di interpretazione della Convenzione di Ginevra del Comitato CEDAW, che:

«le donne sono agenti attivi che svolgono ruoli importanti come *leader* politiche, membri di governi o gruppi di opposizione, giornaliste, difensore dei diritti umani e attiviste, avvocate e giudici, tra gli altri. [Le donne] sono prese di mira a causa delle loro opinioni politiche e/o delle loro attività, compreso l'esercizio dei loro diritti in quanto donne. Di conseguenza, l'articolo 7 della Convenzione [CEDAW] richiede agli Stati firmatari di agire per realizzare l'uguaglianza delle donne nella vita politica e pubblica. Può, quindi, essere opportuno che le donne presentino richieste di asilo per motivi di persecuzione legati al genere o per motivi politici, religiosi, razziali ed etnici, anche in situazioni in cui siano state costrette a fuggire dal loro Paese d'origine a causa di aggressioni esterne, occupazione, dominazione straniera o gravi conflitti civili» (Comitato CEDAW, 2014, §§ 31-32).

Con riguardo al profilo dell'efficacia dell'impostazione di una domanda di protezione internazionale sostenendo la meritevolezza della protezione internazionale delle donne in quanto appartenenti a un particolare gruppo sociale, non si può trascurare che non è lineare e scontato ravvisare caso per caso la concreta sussistenza, nel Paese di origine delle singole richiedenti di asilo, di un gruppo sociale particolare al quale ciascuna appartiene: l'espressione «gruppo sociale» include «membri che condividono una caratteristica innata o una storia comune che non può essere mutata, oppure condividono una caratteristica o una fede che è così fondamentale per l'identità o la coscienza che una persona non dovrebbe essere costretta a rinunciarvi, ovvero colei che possiede un'identità distinta nel Paese di origine, perché vi è percepita come diversa dalla società circostante»[44].

Si tratta dunque di caratteristiche obiettive, immodificabili o non rinunciabili senza grave sacrificio, degli appartenenti al gruppo stesso oppure del modo in cui il gruppo stesso viene percepito dalla società esterna. Di conseguenza, le richieste delle donne che si fondano sulla persecuzione subita in quanto appartenenti al gruppo di donne di una determinata regione, sono giudicate negativamente perché troppo generiche. Ma anche definizioni più ristrette del gruppo (ad esempio: «donne vittime di violenza domestica in Ecuador»)

43. H. Crawley, *Gender, persecution*, *op. cit.*

44. Così all'art. 8, comma 1, lett. *d*, d.lgs n. 251/2007.

non sono state accettate come elemento comprovante la persecuzione, dal momento che i componenti del gruppo indicato non si ritengono condividere caratteristiche immutabili[45].

Si trascura, inoltre, che il riferimento nei casi di donne richiedenti asilo all'appartenenza a un gruppo sociale determinato costituisce una scelta interpretativa problematica non solo per le donne che chiedono protezione, ma anche, più in generale, per la coerenza interpretativa della categoria di gruppo sociale.

L'orientamento che tende a ricondurre la persecuzione delle donne a questo motivo, inoltre, trascura anche che il genere rappresenta una caratteristica fondamentale e performativa della vita sociale che segna una profonda divisione sulla quale è costruita l'ineguaglianza sociale delle donne, spesso manifestata con la violenza e avverso la quale la protezione in quanto appartenenti al gruppo "donne" non è adeguata né coerente al sistema della convenzione sullo *status* dei rifugiati, in quanto escluderebbe la protezione delle donne dalle persecuzioni subite per motivi diversi dal genere.

Il caso di una giovane donna saudita consente di cogliere in concreto la portata restrittiva dell'inquadramento delle richieste di protezione internazionale nel motivo dell'appartenenza a un particolare gruppo sociale.

Residente con la famiglia in Italia almeno dall'inizio delle scuole medie superiori, tra i sedici e i diciassette anni, la giovane R. comprende la forte disparità di trattamento a lei riservata rispetto ai fratelli: ai limiti alla frequentazione dei compagni di scuola e a una vita sociale tipica per la sua età nel Paese ospitante, si aggiungono reazioni violente del padre dinanzi alla sua richiesta di continuare gli studi dopo il diploma per realizzarsi individualmente e professionalmente attraverso viaggi ed esperienze all'estero. Questi progetti sono infatti sistematicamente messi a tacere dal padre, che dinanzi alla perseveranza della ragazza a ribadire le sue aspettative, la sottopone a punizioni consistenti in isolamento e privazione di ogni mezzo di comunicazione con l'esterno, fino ad atti di violenza fisica. Infine, al compimento dei diciotto anni e dopo il conseguimento del diploma, la ragazza viene informata del suo prossimo rimpatrio in Arabia Saudita per procedere al matrimonio con un uomo benestante e politicamente in vista, obiettivo che avrebbe giovato a tutta la famiglia e, soprattutto, al futuro dei fratelli. Fino alla partenza per il Paese di origine, l'unica attività consentita alla ragazza sarebbe stata la frequenza di un corso di inglese specialistico già avviato. La donna, che inutilmente aveva cercato di opporsi al progetto delineato dai genitori, che riconosceva incompatibile con la sua visione di sé e del suo ruolo nella società, ha raccolto informazioni sulle possibilità e strumenti per ribellarsi, ha pianificato la fuga durante il corso di inglese e ha chiesto aiuto per richiedere la protezione internazionale come *refugee sur place*, la situazione di coloro per i/le quali il bisogno di protezione internazionale si concretizza sul posto (*sur place*) a causa di eventi che hanno luogo quando sono già fuori dal Paese di origine. In sede di audizione dinanzi alla Commissione territoriale per la protezione internazionale, la giovane richiedente asilo ha ricostruito i fatti che l'avevano portata a chiedere lo *status* di rifugiata, sottolineando in ordine ai motivi il fondato timore di essere perseguitata per le sue opinioni politiche: in modo lucido e consapevole, la ragazza chiariva alle autorità che la sua scelta era stata determinata da una visione dei rapporti sociali tra uomini e donne e della struttura politica del suo Paese di origine incompatibile con quella esistente e mantenuta in vigore dall'uso della violenza nelle relazioni private, avallata dalle stesse autorità. In caso di rimpatrio, non avrebbe avuto nessuna via di fuga effettiva né accesso ad altre forme di protezione. A ciò si aggiungeva il fatto che, con la sua richiesta di protezione internazionale, al disonore arrecato alla famiglia si sarebbe aggiunto il tradimento così arrecato al Paese di origine, e dunque le conseguenti ritorsioni pubbliche che ne sarebbero derivate.

La Commissione le riconosce lo *status* di rifugiata, «considerata la forte discriminazione sociale, lavorativa e di libertà di movimento cui sono sottoposte le donne in Arabia Saudita», così riconducendo la decisione al motivo dell'appartenenza a un particolare gruppo sociale. Nonostante l'esito positivo della domanda, la giovane rifugiata ha fortemente criticato questa motivazione, rivendicando la natura politica delle sue scelte, peraltro molto sofferte perché le imponevano la recisione radicale, in giovanissima

45. I. Lieberman, *Women and Girls Facing Gender-Based Violence and Asylum Jurisprudence*, in *Human Rights Magazine* (American Bar Association), 1° luglio 2002. Si segnala, tuttavia, l'interpretazione del gruppo sociale di appartenenza in senso sempre più inclusivo delle esperienze di persecuzione di genere delle donne: in particolare, si definisce un *gruppo sociale* in riferimento «a una caratteristica immutabile o fondamentale che i singoli membri del gruppo non hanno potere di cambiare o che è così fondamentale per la loro identità o coscienza che non dovrebbe essere richiesto loro di essere cambiato» (*Acosta*, U.S. Board of Immigration Appeals, El Salvador/USA, 1° marzo 1985); i membri del gruppo sociale «intendono la loro affiliazione al gruppo, così come tutti gli altri soggetti all'interno di una data società» e il danno subito è di per sé un attributo sociale importante (*RA*, U.S. Board of Immigration Appeals, Guatemala/USA, 19 gennaio 2001); in assenza di altre caratteristiche del gruppo, il genere può essere l'elemento centrale della definizione del gruppo sociale (*Kasinga*, U.S. Board of Immigration Appeals, Togo/USA, 13 giugno 1993).

età, con quelli che comunque erano per lei gli affetti fondanti[46].

La valutazione delle domande di protezione internazionale delle donne necessita, dunque, un radicale ripensamento: le richiedenti asilo non dovrebbero essere incluse nell'ambito di applicazione della Convenzione di Ginevra come "casi speciali" che deviano dai parametri codificati, bensì come parte del variegato panorama dei soggetti che possono beneficiare dello *status* di rifugiato così come definito dall'atto internazionale, nel quale si rinvengono già quei riferimenti utili per assicurare una protezione adeguata anche alle donne. Il nodo problematico, dunque, è nel riconoscere la natura di volta in volta politica, religiosa, sociale, razzista o nazionalista della persecuzione delle scelte femminili:

«Le richieste di *status* di rifugiata con specificità di genere [*gender-specific claims*] non sono diverse da qualsiasi altra richiesta di asilo. Non hai bisogno di una nuova definizione. Non hai bisogno di manipolare l'attuale definizione. Le richieste di *status* di rifugiata con specificità di genere devono essere valutate esattamente alla luce degli stessi presupposti di ogni altra richiesta di *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione [di Ginevra]»[47].

Riprendendo questo monito, Heaven Crawley chiarisce che si tratta di una questione che non comporta necessariamente una modifica letterale del contenuto del testo normativo di riferimento, ma che invita a un lavoro di interpretazione (*content versus interpretation*), poiché le basi giuridiche per riconoscere lo *status* di rifugiata alle donne si possono rinvenire proprio nella Convenzione di Ginevra, se tutti i termini della definizione di cui all'articolo 1 – da persecuzione a danno grave, da fondato timore ad assenza di via di fuga interna alternativa – vengono reinterpretati così da riguardare anche le donne, a partire dalle loro esperienze individuali e concrete, superando le rappresentazioni monolitiche che si sono consolidate nella pratica[48].

4. Le esperienze delle donne e le persecuzioni per motivi basati sul genere

I singoli motivi indicati dall'articolo 1°, n. 2, par. 1 della Convenzione di Ginevra sono sicuramente influenzati o sottendono persecuzione o danno specifico in base al genere (Comitato CEDAW, 2014, § 16). Le specifiche esperienze di persecuzione e discriminazione di genere che solo le donne vivono e contro le quali sempre di più si ribellano nel mondo, cercando di far valere nei Paesi di destinazione quanto subito nel Paese di origine o di transito come persecuzione ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiata, possono essere riconosciute come rilevanti combinando tra loro i diversi motivi (razza, religione, nazionalità, appartenenza a un particolare gruppo sociale e opinioni politiche) previsti dalla Convenzione e declinati congiuntamente alle motivazioni "di genere" sottese alle persecuzioni, a loro volta perpetrate con modalità e mezzi specifici proprio perché rivolte alle donne.

4.1. Le regole sociali e il concetto di "onore"

La persecuzione per motivi di genere può assumere, come più sopra anticipato, anche la forma di restrizioni e imposizioni che, dall'area della religione, sono trasfuse in norme, prima sociali ma comunque molto stringenti e dotate di una generalizzata percezione di inderogabilità, con sanzioni sociali che vanno dall'isolamento e marginalizzazione finanche all'uccisione da parte di componenti della famiglia, che così ristabiliscono l'integrità dell'onore leso dal comportamento trasgressivo delle donne. Vi sono poi contesti nei quali le norme sociali e religiose divengono parte dell'ordinamento giuridico, e alle sanzioni sociali si affiancano quelle previste dalla legge, che prevede anche meccanismi istituzionali di controllo pervasivo del rispetto delle regole mutuate dalla religione e dalla tradizione. Si intersecano così molteplici piani di discriminazione, limitazione della libertà e dell'autodeterminazione femminile, che dalla dimensione personale e familiare si estendono a quella pubblica e si concretizzano in forme di persecuzione rilevanti ai fini del riconoscimento della protezione internazionale.

Il nodo problematico nell'affrontare i casi delle donne richiedenti asilo che fuggono da queste forme di persecuzione rimane quello di comprendere la connessione tra le norme sociali imposte alle donne e la stretta politicità dei regimi di genere, del valore che le stesse norme esprimono riguardo alla sessualità delle donne e, in generale, sul concetto di "onore"[49]. Ciò pure nel contesto dei progetti nazionalisti che, in molti Stati – per contrastare la politica ancora

46. Commissione territoriale per la protezione internazionale di Caserta, 12 novembre 2014.

47. J.C. Hathaway, «Gender specific claims to refugee status and membership in a specificial social group» (conferenza), Convention Refugee Determination Division, Toronto, 1990.

48. H. Crawley, *Refugees and Gender*, *op. cit.*, p. 35. Vds., altresì, Comitato CEDAW, 2014, § 30.

49. H. Crawley, *Refugees and Gender*, *op. cit.*, p. 107.

influente dei Paesi colonizzatori e, al contempo, ridefinire una nuova coscienza nazionalista spesso contrapposta all'Occidente –, ritornano a disciplinare la dimensione privata della famiglia, occupandosi dei ruoli di genere e delle donne, costruite come soggetti «portatrici di una cultura autentica/autenticata»[50]. Heaven Crawley richiama quindi l'attenzione sull'"onore", fortemente associato al comportamento sessuale delle donne in molti contesti:

«All'interno di questo concetto, ogni violazione effettiva o percepita di quelle che sono ritenute "appropriate" relazioni di genere è vista come una violazione dell'onore della donna e insieme dell'onore della nazione stessa. La tutela dell'onore della donna e dell'onore della nazione acquista quindi un significato politico e sarà attuata direttamente attraverso lo Stato, come si vede nelle leggi discriminatorie e nelle leggi che regolano il comportamento delle donne, o attraverso la famiglia della donna e la comunità di appartenenza. Queste ultime diventano particolarmente importanti in molti contesti perché è praticamente e ideologicamente impossibile per lo Stato avere il controllo diretto della sessualità delle donne e dei rapporti con gli uomini»[51].

Si rafforzano, così, pratiche punitive delegate ai privati, ma di fatto riconducibili allo Stato, che non protegge né previene gli atti persecutori che conseguono ai comportamenti ritenuti lesivi dell'onore familiare e collettivo: violazioni dei limiti di movimento o attività specifiche (ad esempio, guidare o fare attività sportive); violare codici di abbigliamento o di comportamento, compresi quelli che impongono di astenersi da relazioni sessuali prima del matrimonio. Vi sono, poi, restrizioni sociali e giuridiche all'accesso all'educazione, all'esercizio di determinate professioni, al godimento di diritti civili e politici, i matrimoni forzati, legittimati giuridicamente oltre che socialmente, anche in tenera età[52].

In questi casi, le donne sono a rischio di molteplici forme di danno grave (*serious harm*) che vanno dalla punizione formale, prescritta dalla legge, che ha recepito precetti religiosi e norme sociali, alla discriminazione di genere fino ai cd. crimini "d'onore".

Con riguardo alle pene previste dalla legge, si cita a esempio la fattispecie incriminatrice, prevista in Iran, che punisce con settantaquattro frustrate la violazione dell'obbligo di indossare l'*hijab*, oppure le pene corporali e pena di morte previste in caso di attività sessuale fuori dal matrimonio, che colpiscono le donne anche se vittime di violenza sessuale.

Le discriminazione, in generale, costituisce un grave danno laddove «produca nella mente della persona coinvolta un sentimento di apprensione e insicurezza riguardo alla sua esistenza nel futuro», e può essere riconosciuta come forma di persecuzione alla luce del contesto e delle circostanze, in particolare dinanzi a forme multiple di discriminazione e laddove sia dunque rilevato un «elemento cumulativo» (*Manuale* UNHCR, §§ 54-55). La violazione delle norme sociali può comportare per le donne diversi tipi di conseguenze, comprese serie minacce alla loro vita in caso di rimpatrio, in particolare il rischio di essere esposte ai "crimini d'onore", rispetto ai quali gli ordinamenti dei Paesi di provenienza non dimostrano, generalmente, di adottare adeguate misure di repressione nei confronti degli autori e di protezione per le vittime[53].

Le persecuzioni di questo tipo possono fondare il riconoscimento dello *status* di rifugiata perché riconducibili, caso per caso, al motivo religioso, alle opinioni politiche e all'appartenenza a un particolare gruppo sociale. Pur prevalendo quest'ultimo inquadramento, è interessante evidenziare come religione e opinione politica siano strettamente intrecciate nella ribellione delle donne alle norme sociali e religiose: la scelta di non adeguarsi ai comportamenti ritenuti "accettabili" per le donne potrebbe implicare, infatti, una critica della singola alla costruzione propriamente politica della posizione delle donne nella società e allo stesso concetto di onore. Sempre di più, in ordinamenti nei quali le discriminazioni di genere sono implementate tramite le leggi dello Stato, le donne rivendicano un ruolo di attiviste e la natura politica delle violazioni delle restrizioni loro imposte.

4.2. Le forme di violenza di genere e la protezione internazionale

Il femminismo, nelle sue molteplici espressioni, ha reso visibili e sempre meno accettabili le aggressioni sistematiche all'integrità psicofisica e alla libertà di autodeterminazione delle donne, nominando espressamente ciò che a lungo era stato percepito come indicibile. In generale, la violenza maschile

50. *Ivi*, p. 108.

51. *Ibid.*

52. Trib. Milano, ord. 12 dicembre 2017; Trib. Bologna, ord. 14 settembre 2017, *status* di rifugiata per appartenenze a un particolare gruppo sociale; Trib. Bologna, ord. 3 marzo 2017, protezione sussidiaria – la costrizione a un matrimonio non voluto costituisce grave violazione della dignità e, dunque, trattamento degradante che integra un danno grave.

53. Codice penale giordano, art. 340.

contro le donne è stata ed è variamente nominata anche all'interno del movimento delle donne, ma deve evidenziarsi come i diversi concetti impiegati dal femminismo situino tutti l'origine della violenza nell'esistenza della disparità di potere esistente tra uomini e donne nel sistema patriarcale.

"Violenza patriarcale" è l'espressione ritenuta inizialmente più adeguata a nominare la questione in contrapposizione a letture neutre, sintetizzate nelle espressioni "violenza familiare" e "violenza domestica", poiché «ricorda continuamente all'interlocutore che la violenza a casa è connessa al sessismo e al pensiero sessista, alla dominazione maschile»[54], che si esplica ad ogni livello della struttura sociale.

La locuzione "violenza di genere" si è affermata con le elaborazioni teoriche della categoria di genere, che irrompe nello scenario accademico-politico inglese intorno alla seconda metà degli anni settanta[55]. Tale categoria viene individuata in opposizione a quella di "sesso", che fa riferimento a tutto ciò che contraddistingue un uomo e una donna da un punto di vista puramente fisico-biologico, per indicare ciò che si sovrappone a tali differenze fisiche quale prodotto di schemi e stereotipi socio-culturali. Secondo questa impostazione di pensiero, il "genere" è un'istituzione sociale[56], che indica tutto ciò che si richiede e si impone all'uno e all'altro sesso strutturando le relazioni sulla base del potere riconosciuto all'uno piuttosto che all'altro sesso.

La violenza è "di genere" (*gendered* o *gender based*), dunque, perché strettamente correlata alla costruzione della mascolinità e della femminilità. In astratto, è da considerarsi tale ogni tipo di violenza commessa nei confronti di un determinato individuo per la sua identificazione di genere. In concreto, negli atti internazionali, con l'espressione «violenza di genere» si indica la violenza commessa nei confronti delle donne in quanto donne ovvero commessa nei confronti delle donne in modo sproporzionato a causa delle relazioni di potere diseguali tra le donne e gli uomini, e per mantenere o restaurare la condizione di subordinazione alla quale le donne si ribellano sia nel privato sia nella sfera pubblica (art. 3 Convenzione di Istanbul). Si rinviene negli atti internazionali anche la locuzione «violenza nei confronti delle donne» e, soprattutto nei documenti femministi, «violenza maschile contro le donne», che «dice esattamente che si tratta di uomini che maltrattano (fisicamente e/o psicologicamente) donne, talvolta (non raramente) fino ad ucciderle»[57] (Pitch, 2008, p. 3).

Nel linguaggio politico-giuridico contemporaneo si registrano prevalentemente definizioni neutre come "violenza domestica", "violenza intra-familiare", "violenza nelle relazioni intime".

La violenza di genere ricomprende molteplici forme, che trovano riferimento nel capitolo V della Convenzione di Istanbul: dalla violenza domestica (fisica e psicologica) alla violenza sessuale, dai matrimoni forzati alle mutilazioni genitali femminili.

A lungo, la questione della violenza di genere è stata marginale nel diritto internazionale dei rifugiati, in quanto considerato fenomeno certamente diffuso e grave, ma comunque relegato alla dimensione personale e alla sfera privata, pertanto non riconducibile ad agenti persecutori statali.

a) La *violenza domestica*. Le richieste di asilo delle donne che lamentavano di temere per la loro vita in caso di rimpatrio nel Paese di origine perché fuggite da forme di violenza di genere, in particolare violenza domestica, sono state a lungo rigettate con riconoscimento di forme minori di protezione e, per lo più, in sede d'impugnazione di provvedimenti di dinieghi delle commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale.

L'orientamento delle autorità deputate al vaglio delle richieste di asilo è gradualmente mutato nel tempo, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore della Convenzione di Istanbul e dell'affermazione, anche da parte dell'UNHCR, della complementarità tra la Convenzione di Ginevra e la Convenzione di Istanbul[58], che all'art. 60 stabilisce l'obbligo per gli Stati di riconoscere la violenza contro le donne basata sul genere come forma di persecuzione ai sensi dell'articolo 1A, par. 2, Convenzione di Ginevra, e di applicare un'interpretazione sensibile a ciascuno dei motivi previsti dalla Convenzione. In una cornice normativa così rinnovata, significativo è stato il ruolo dei centri antiviolenza nel supportare le richiedenti asilo nell'accesso alle procedure, veicolando dinanzi alle autorità amministrative e giudiziarie la lettura femminista della violenza contro le donne basata sul genere, che ne sottolinea costantemente la dimensione politica e pubblica, e dunque la

54. b. hooks, *Feminism Is for Everybody. Passionate Politics*, South End Press, Cambridge (MA), 2000, p. 62.

55. R. Connell, *Questioni di genere*, Il Mulino, Bologna, 2009.

56. T. De Leornardis, *Le istituzioni*, Carocci, Roma, 2001.

57. T. Pitch, *Qualche riflessione attorno alla violenza maschile contro le donne*, in *Id.* (a cura di), *Studi sulla questione criminale*, n. 2/2008, Carocci, Roma, pp. 7-13.

58. Consiglio d'Europa e UNHCR, *Refugee women and the Istanbul Convention*, *cit.*

riconducibilità delle condotte subite da agenti privati alle autorità statali, alla loro inerzia o all'inefficacia delle misure legislative introdotte.

Se nel sostenere la richiesta di asilo delle donne che fuggono da questo tipo di persecuzioni si insiste nel motivare politicamente la persecuzione, sostenendo la natura pubblica e politica della ribellione e della fuga delle donne, prevale ancora in sede decisionale l'inquadramento delle richieste nel motivo dell'appartenenza a un particolare gruppo sociale.

Si registra, comunque, il consolidarsi di un orientamento, che da minoritario, si è progressivamente rafforzato dinanzi alle commissioni territoriali, in particolare a seguito dell'intervento della Corte di cassazione, che con la sentenza 17 maggio 2017, n. 12333 ha annullato la decisione della Corte d'appello di Roma che aveva confermato il diniego di protezione internazionale a una donna marocchina. Quest'ultima aveva addotto come motivo della sua richiesta il rischio di essere esposta, in caso di rientro in Marocco, a gravi violenze da parte del marito, il quale aveva persistito nella sua condotta violenta anche dopo il divorzio e dopo una condanna a tre mesi di reclusione. Secondo la Corte di cassazione, il giudice di secondo grado avrebbe dovuto preliminarmente approfondire la situazione del Paese di provenienza della ricorrente, e procedere all'accertamento della capacità effettiva delle autorità statali di offrire protezione adeguata alla donna. La Corte di cassazione ha quindi ricondotto la vicenda della richiedente asilo alle previsioni della Convenzione di Istanbul, sostenendo che la «violenza domestica» rientra nell'ambito dei «trattamenti inumani e degradanti» cui fa riferimento l'articolo 14, lett. *b*, d.lgs n. 251/2007 e, in applicazione dell'art. 60 Convenzione di Istanbul, configura condotta rilevante ai fini dell'accertamento dei presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiata.

Tale orientamento, ribadito anche con la sentenza 24 novembre 2017, n. 28152[59], non è tuttavia definitivo, ma necessita di un continuo lavoro di vigilanza e supporto specializzato a sostegno delle richieste di protezione internazionale delle donne in ogni fase del procedimento di riconoscimento della protezione internazionale.

b) La *violenza sessuale*. Ancor di più della violenza domestica, essa è questione spesso trascurata nella valutazione del diritto allo *status* di rifugiata: sebbene infatti sia riconosciuta quale specifica forma di violenza alla quale le donne migranti e richiedenti asilo sono esposte durante tutto il percorso migratorio, nelle linee guida delle organizzazioni internazionali e negli atti normativi si menziona questa forma di violenza come fattore che determina la vulnerabilità specifica delle donne, giustificando l'adozione di accorgimenti per lo più procedurali (speditezza dell'esame della domanda di asilo e presenza di personale femminile) e di misure di accoglienza che prevengano la violenza sessuale e rispondano, in termini di trattamento e supporto, alle conseguenze psicofisiche derivanti da quanto patito[60].

Non può ignorarsi che la violenza sessuale, nel corso di conflitti interni e internazionali, è impiegata in misura «che va ben oltre la nozione di danno collaterale»[61] e con una pianificazione tattica che consente di definirla come "arma di guerra"[62].

Con l'espressione «violenza sessuale nelle situazioni di conflitto» (*conflict-related sexual violence*), nel contesto del diritto internazionale, si indica:

«lo stupro, la schiavitù sessuale, la prostituzione forzata, la gravidanza forzata, la sterilizzazione forzata e altre forme di violenza sessuale di pari gravità commesse contro donne, uomini, ragazze e ragazzi collegate direttamente o indirettamente (temporalmente, geograficamente o causalmente) a un conflitto»[63].

In questo contesto si coglie molto nitidamente la

59. La decisione riguarda il caso di una donna nigeriana, fuggita per sottrarsi alle gravi ritorsioni subite dopo la morte del marito, per aver rifiutato il matrimonio con il cognato così come imposto dalle pratiche funebri tradizionali locali: in conseguenza di tale rifiuto, la donna era stata allontanata dalla sua abitazione, era stata allontanata dai suoi figli, spogliata delle sue proprietà e perseguitata dal fratello del marito deceduto.

60. UNHCR, *Action against Sexual and Gender-Based Violence: An Updated Strategy*, giugno 2011 (www.unhcr.org/protection/women/4e1d5aba9/unhcr-action-against-sexual-gender-based-violence-updated-strategy.html); UNHCR-Italia, *Strategia sulla violenza sessuale e di genere 2017-2019*, 2016.

61. Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, *Report of the Secretary-General on the protection of civilians in armed conflict,* Doc.S/2005/740, 2005 (www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2005/740).

62. Per "arma di guerra" si intende infatti ogni modalità, strumento o dispositivo usato in attacco o in difesa in un combattimento, battaglia o guerra e impiegato come parte di una campagna sistematica con finalità strategico-militari. Così I. Skjelsbæck, *Sexual Violence and War: Mapping a Complex Relationship*, in *European Journal Of International Relations*, vol. 7, n. 2, pp. 211-237. Sul tema, vds. anche S. La Rocca (a cura di), *Stupri di guerra e violenza di genere*, Ediesse, Roma, 2015.

63. Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, *Conflict Related Sexual Violence. Report of the Secretary General*, S/2015/203, 23 marzo 2015 (www.refworld.org/docid/5536100a4.htm).

caratteristica dello stupro e delle altre forme di violenza sessuale quale "fatto sociale totale"[64], cioè strutturato in modo tale da racchiudere in sé la struttura e la forma dei rapporti sociali nella loro complessità e della trama di fondo dei rapporti tra sessi, generazioni, classi ed etnie. Le forme di violenza sessuale dispiegano, infatti, la forza di un rituale di degradazione dell'avversario che si rivela particolarmente efficace nei confronti delle donne, colpite in modo sproporzionato, ma anche degli uomini, che subiscono la doppia umiliazione di essere femminilizzati e, quindi, sottoposti a violenze specifiche di genere[65].

La violenza sessuale subita nel Paese di origine, sia in situazioni di conflitto sia nella comunità di appartenenza, in famiglia, da persona conosciuta o sconosciuta, ma anche durante il percorso migratorio nei Paesi di transito, di per sé dovrebbe essere approfondita non solo per predisporre misure di assistenza e accoglienza, ma anche come specifica forma basata sul genere che la persecuzione assume, motivata di volta in volta da religione, opinione politica, appartenenza a particolare gruppo sociale, ma anche razza e nazionalità.

La violenza sessuale, inoltre, può giustificare da sola il riconoscimento dello *status* di rifugiata se si tiene conto anche del fondato timore delle donne che hanno subito tale forma di violenza, qualificato come «trattamento inumano e degradante» e forma di «tortura» dalle Corti regionali di tutela dei diritti umani, di subire un danno grave ulteriore in caso di rimpatrio nel Paese di origine. Qui le donne sarebbero esposte a persecuzioni consistenti in stigma e marginalizzazione, isolamento e trattamento discriminatorio, che impediscono non solo un pieno reinserimento sociale, ma anche di beneficiare di cure e supporto adeguato, essendo precluso il pieno accesso a qualsivoglia misura di tutela della salute sessuale e riproduttiva, compreso l'aborto[66]. Questo è il caso, per esempio, delle donne che giungono in Italia attraverso la traiettoria che, dall'area subsahariana, le conduce fino alla Libia, dove la violenza sessuale nei loro confronti è sistematica, perpetrata in particolare in luoghi di detenzione arbitraria e strumentale alla riduzione delle donne in stato di soggezione per l'inserimento nel circuito della tratta a fini di sfruttamento sessuale[67].

In tali casi, ai fini della valutazione della domanda di protezione internazionale, con riguardo in particolare all'accertamento della fondatezza del timore di subire ulteriori persecuzioni e un danno grave in caso di rimpatrio, rilevano anche i traumi già patiti, come quelli correlati alla violenza sessuale, che in generale sono da considerarsi ostativi al rimpatrio secondo il principio umanitario per il quale non è rimpatriabile una persona che sia stata colpita da «atroci forme di persecuzione di cui stia ancora soffrendo il trauma», anche se «una futura reiterazione delle stesse appaia oggettivamente irrealistica o inverosimile» (*Manuale* UNHCR, § 136)[68].

Sulla base di quest'argomentazione, la giurisprudenza di merito ha riconosciuto la protezione per motivi umanitari in casi di richiedenti asilo costretti a permanere a lungo in Libia e lì sottoposti a trattamenti inumani e degradanti[69]. L'approfondimento di quest'orientamento imporrebbe di valutare, nei casi delle donne, il riconoscimento di forme anche più

64. T. Pitch, *Un diritto per due*, Il Saggiatore, Milano, 1998, p. 149.

65. La violenza sessuale nei confronti degli uomini durante le guerre si è registrata ripetutamente nella storia, ma rimane largamente invisibile, sebbene altrettanto indicibile nella sua brutalità. Gli studiosi hanno esplorato la relazione tra genere, corpi delle donne e violenza sessuale come arma di guerra contro le donne, ma non vi è stata una simile e rigorosa considerazione del rapporto tra generi, corpi maschili e violenza sessuale come arma di guerra contro gli uomini. Vds., sul tema, V.K. Vojdik, *Sexual Violence Against Men And Women In War: A Masculinities Approach*, in *Nevada Law Journal*, vol. 14, n. 3/2014, pp. 923-952. In un recente rapporto a cura dell'organizzazione International Federation for Human Rights (FIDH), è stato segnalato il sistematico ricorso alla violenza sessuale come «strumento politico» contro la società civile, indifferentemente sia uomini sia donne, compresi i minori di età, da parte delle autorità di pubblica sicurezza egiziane (FIDH, 2015). Non si può tacere, infine, delle violenze sessuali documentate ai danni dei migranti e delle migranti provenienti dall'Africa subsahariana e detenuti in Libia in condizioni disumane. Vds., da ultimo, Oxfam, *You aren't human any more. Migrants expose the harrowing situation in Libya and the impact of European policies*, 9 agosto 2016 (www.oxfam.org.uk/media-centre/press-releases/2017/08/migrants-tell-of-torture-sexual-violence-and-slavery-in-libya).

66. Si segnala l'inaccessibilità di misure a tutela della salute sessuale e riproduttiva, compreso l'accesso all'aborto, spesso precluso anche alle donne richiedenti asilo provenienti dalla Libia e approdate sul territorio italiano e notoriamente in stato di gravidanza, a seguito degli stupri subiti durante la prigionia libica – *cfr*. C. Quagliariello, *L'isola dove non si nasce. Lampedusa tra esperienze procreative, genere e migrazioni*, Unicopli, Milano, 2021.

67. Onu, *Statement on "International Day for the Elimination of Sexual Violence in Conflict Zones"*, 19 giugno 2020. Il Consiglio di Sicurezza ha chiarito la stretta connessione tra violenza sessuale correlata a situazioni di conflitto e tratta di esseri umani nella risoluzione n. 2331/2016, nella quale ha indicato agli Stati azioni specifiche di prevenzione e di repressione dei due fenomeni, nonché misure di protezione e supporto per le vittime (www.undocs.org/S/RES/2331%20(2016)).

68. UNHCR - ASGI - SPRAR, *La tutela dei richiedenti asilo. Manuale giuridico per l'operatore*, 2016, p. 10 (www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2020/07/1UNHCR_manuale_operatore.pdf).

69. Trib. Catania, ord. 26 aprile 2017 (RG. 9275/2012); Trib. Genova, ord. 6 dicembre 2017 (RG. 10172/2017).

ampie di protezione, compreso lo *status* di rifugiata, alla luce delle gravi conseguenze che le stesse rischiano nei Paesi di origine per il solo fatto di essere state stuprate.

c) La violazione della salute, della libertà e dei diritti sessuali e riproduttivi delle donne. Le persecuzioni basate sul genere e riconducibili alla motivazione politica che muove le donne ad opporsi alle leggi e pratiche dei Paesi di origine possono riguardare, inoltre, l'ampio tema dei diritti e della salute sessuali e riproduttivi: si consideri, per esempio, l'attacco che spesso subiscono le donne impegnate a promuovere riforme legislative volte a superare il divieto di aborto ancora esistente in molti Paesi, oppure a frenare riforme di segno opposto promosse da forze politiche conservatrici, attacco che non di rado può raggiungere livelli gravi di intimidazione politica fino alla violenza fisica. Rilevante, nella cornice del diritto internazionale dei rifugiati, è anche la condizione delle donne che subiscono in prima persona le conseguenze di leggi discriminatorie che impediscono l'accesso all'aborto, punito come omicidio, con pene detentive molto lunghe e in condizioni disumane e degradanti: le donne salvadoregne, per esempio, non hanno possibilità di accedere a un aborto sicuro nel Salvador, e rischiano di essere perseguite in caso di gravidanza che termini prima delle quaranta settimane, inclusi i casi di aborto spontaneo o di nascite premature[70]. Tra il 2000 e il 2011 sono state perseguite penalmente 129 donne per crimini riproduttivi, 28 delle quali sono state condannate per omicidio aggravato. Almeno 27 tra loro sono ancora detenute in un contesto carcerario sovraffollato, deprivate dei contatti con la famiglia di origine e spesso con i figli lasciati fuori senza cure, esposte a maltrattamenti in ragione delle condanne subite (omicidio) e a sistematiche violazioni del diritto a un processo equo e del principio di uguaglianza[71].

Per lo più trascurato rimane, nell'ambito delle persecuzioni inerenti alla sfera dei diritti e della salute sessuali e riproduttivi, anche l'approfondimento dell'esposizione delle donne richiedenti asilo alle persecuzioni per il loro orientamento sessuale, che se deviante "dalla norma" è punito anche da stupri "correttivi" che subiscono le donne scoperte a intrattenere relazioni lesbiche, così come raramente si considerano rilevanti ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiata le pratiche di controllo delle nascite e di sterilizzazione forzata o indotta[72].

Nell'ambito delle persecuzioni inerenti alla sfera della salute e della libertà sessuale, si annovera anche la pratica delle mutilazioni genitali femminili (di seguito: MGF): malgrado la progressiva introduzione, in molti ordinamenti dei Paesi di origine delle donne migranti e richiedenti asilo, di leggi che sanzionano penalmente le MGF, tale pratica rimane molto diffusa. Ad essa, sempre di più, le donne provano a sottrarre se stesse e le loro figlie[73], ma questa ribellione, spesso punita con gravi violenze, ancora con difficoltà è riconosciuta nella sua natura politica rilevante, insieme alle persecuzioni poi subite o temute in caso di rimpatrio, ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiata[74].

In Italia, il ddl AS 414, poi confluito nella legge 9 gennaio 2006, n. 7, recante disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile, conteneva all'inizio della discussione uno specifico riferimento, nell'art. 5, alle mutilazioni genitali femminili quale motivo specifico per il riconoscimento dello *status* di rifugiata, poi abbandonato, indebolendo così il sistema di protezione che la legge avrebbe poi delineato.

Prevale, per lo più, l'orientamento in base al quale la protezione internazionale può essere riconosciuta ove ancora non sia intervenuta una forma di MGF ai danni della richiedente asilo, che però dia prova di

70. A. Januwalla, *Human Rights Law and Abortion in El Salvador*, in *Health and Human Rights Journal*, 26 agosto 2016 (www.hhrjournal.org/2016/08/human-rights-law-and-abortion-in-el-salvador/).

71. Amnesty International, *Report 2017/18 - El Salvador*, 22 febbraio 2018 (www.refworld.org/docid/5a99390f4.html).

72. Si menziona, tra i vari casi di controllo delle nascite, la politica del figlio unico in Cina, che ha avuto gravi conseguenze sulle donne, costrette ad abortire per sottrarsi alle sanzioni derivanti dalla violazione, subendo peraltro anche la pratica degli aborti selettivi in caso di prima figlia femmina, e oggi ancora esposte alle conseguenze dei regolamenti di pianificazione familiare malgrado, con una dichiarazione del 2015, il Partito comunista abbia dichiarato la fine della politica del figlio unico. Le donne, infatti, in caso di parto di figlio successivo al primo, avvenuto prima del 2015, sono costrette a pagare multe molto onerose, pari anche a tre volte il reddito familiare annuo, a seguito delle quali possono procedere a richiedere il certificato di residenza per i neonati. Non potendo pagare le somme richieste, molti bambini e ora giovani non sono registrati e quindi, in quanto invisibili, non possono ricevere i servizi pubblici, dall'istruzione alla sanità. Tra le pratiche di controllo delle nascite, si registrano inoltre i casi di sterilizzazione forzata nei confronti di donne appartenenti a minoranze etniche oppure nei confronti di donne con disabilità.

73. UNHCR, *Too Much Pain. Mutilation and Asylum In The European Union. A Statistical Overview*, 2013 (www.unhcr.org/protection/women/531880249/pain-female-genital-mutilation-asylum-european-union-statistical-overview.html).

74. A. Middelburg e A. Balta, *Female Genital Mutilation/Cutting as a Ground for Asylum in Europe*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 28, n. 3/2016, pp. 416-452.

essere a rischio di esservi sottoposta in caso di rimpatrio[75], trascurando così che le MGF comportano, anche laddove già patite, conseguenze molto dolorose e danni alla salute che raramente trovano cura nei Paesi di origine. Si ignora, inoltre, che la pratica può essere reiterata a seguito del parto. Tutti trattamenti di tale gravità da poter essere qualificati nei termini di "persecuzione", dalla quale le donne non trovano protezione efficace nei Paesi di origine.

Ancora scarsa, inoltre, è l'attenzione rivolta alle donne migranti e richiedenti asilo che hanno subito MGF e si trovano a vivere in contesti di accoglienza istituzionale, ovvero in stato di detenzione in vista dell'espulsione, in condizioni igienico-sanitarie non adeguate alle loro specifiche esigenze di salute e prive di cura e assistenza.

Le donne provenienti da Paesi in cui le mutilazioni genitali femminili sono ancora praticate, spesso nonostante l'introduzione di leggi che le vietano, sempre di più si attivano per proteggere le figlie dalla pratica. Una strada che, non di rado, percorrono non appena ottenuto un titolo di soggiorno, anche come rifugiate, è quella del ricongiungimento familiare: questo è stato il caso, per esempio, di una giovane donna somala fuggita dal Paese di origine per sottrarsi alla pena di morte inflitta, a seguito di un giudizio sommario delle autorità religiose, per aver violato l'obbligo imposto dall'ex-marito, appartenente al gruppo islamista e terroristico di Al Shabaab, di non sposarsi più. Ottenuto il riconoscimento dello *status* di rifugiata per le persecuzioni subite per motivi religiosi, oltre alle gravi violenze di genere, quali violenza domestica e mutilazioni genitali femminili, la donna decide di richiedere il visto di ingresso per motivi umanitari per le tre figlie minori, che per ordine del padre avrebbero dovuto essere sottoposte alle mutilazioni genitali entro pochi mesi per mano della nonna paterna, pena la loro morte. A seguito di diniego del visto da parte dell'ambasciata italiana, la donna ha presentato ricorso in urgenza al Tribunale di Roma, che ordinava l'immediato rilascio del visto di ingresso per ricongiungimento familiare, riconoscendo come concreto e attuale il pericolo per le bambine di subire la pratica, nonché giuridicamente fondata la domanda della donna alla luce delle disposizioni della Convenzione di Istanbul, richiamando l'attenzione anche sulla paura per il destino delle figlie, che poneva la donna in condizioni psicofisiche delicate, com'era stato documentato dal centro antiviolenza che la sosteneva nella richiesta del visto. Il Tribunale ordinava il rilascio del visto anche per la nonna materna, che aveva accompagnato le bambine dalla Somalia fino al Kenya, dove si trova l'ambasciata italiana competente per l'area geografica, dal momento che riconosceva per la stessa un grave rischio di persecuzione in caso di rientro in Somalia per l'iniziativa assunta a tutela delle nipoti[76].

d) La tratta di esseri umani a fini di sfruttamento sessuale. La tratta di esseri umani rientra tra le forme di violenza che possono fondare il timore di persecuzione, spesso determinata da motivi di genere, tenuto conto delle sue specificità[77]:

«la tratta degli uomini e quella delle donne hanno spesso fini diversi. Per questo motivo, anche le misure di assistenza e sostegno dovrebbero integrare una specificità di genere laddove opportuno. I fattori che spingono le persone a lasciare il proprio Paese d'origine (fattori "push") e quelli che le attraggono nei Paesi di destinazione (fattori "pull") possono divergere in base ai settori interessati, ad esempio l'industria del sesso o lo sfruttamento del lavoro nel settore edile, agricolo o della servitù domestica»[78].

Lo sfruttamento sessuale, il rapimento, la detenzione, lo stupro, la riduzione in schiavitù, tutte condotte attraverso le quali si esplica la tratta delle donne, costituiscono infatti, secondo l'UNHCR, violazioni particolarmente atroci, tali da assurgere a gravi violazioni dei diritti umani di carattere persecutorio. Anche se l'esperienza della tratta della richiedente è ormai conclusa, si ritiene corretto riconoscere lo *status* di rifugiata, dal momento che il suo rimpatrio nel Paese di origine potrebbe esporla a ulteriori violazioni dei diritti umani fondamentali, a ritorsioni

75. Tra le varie, Corte appello Catania, sent. 27 novembre 2012, che riconosce lo *status* di rifugiata a una donna nigeriana fuggita dal Paese di origine per sottrarsi alle mutilazioni genitali femminili per ragioni di appartenenza a un determinato gruppo sociale, ma anche per motivi di opinione politica e religione.

76. Trib. Roma, decreto 13 giugno 2018, n. 8443.

77. Per «tratta di esseri umani» si intende «il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, compreso il passaggio o il trasferimento dell'autorità su queste persone, con la minaccia dell'uso o con l'uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, con il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di potere o della posizione di vulnerabilità o con l'offerta o l'accettazione di somme di denaro o di vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra, a fini di sfruttamento» – art. 3 direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime (che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI), *considerando* n. 3 (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32011L0036&from=IT).

78. *Ibid.*

in danno proprio o dei familiari e/o a nuove esperienze di tratta (*re-trafficking*).

L'esperienza della tratta di esseri umani è per lo più interpretata come forma di persecuzione motivata dall'appartenenza a un determinato gruppo sociale delle vittime, poiché si ritiene che queste ultime condividano caratteristiche comuni e immutabili, o comunque fondanti la loro identità, come per esempio proprio l'essere donna e ragazza in determinati contesti sociali e culturali privi di protezione effettiva. Le stesse vittime di tratta possono essere considerate un gruppo sociale particolare, basato sulla caratteristica immutabile, comune e storica dell'essere stati vittime di tratta. Caso per caso, bisognerà accertare che nel Paese di origine le autorità statali non sono in grado o non intendono fornire protezione a coloro che sono coinvolte nei trasferimenti forzati ai fini di sfruttamento: la tratta di esseri umani è fenomeno che riguarda, in modo prevalente, la popolazione femminile costretta alla prostituzione nei Paesi di transito e destinazione, ma anche ad altre forme di sfruttamento[79]. Essa è stata approfondita, in Italia, come violazione grave dei diritti fondamentali che legittima il riconoscimento dello *status* di rifugiato soprattutto a partire dal 2015, allorché si è registrato un forte incremento tra le richiedenti asilo di donne nigeriane che chiedevano protezione rappresentando alle autorità molteplici vicende di sopraffazione e violenza, poi ricostruendo anche dinamiche di reclutamento, trasferimento e sfruttamento proprie della tratta, così da motivare l'UNHCR a elaborare delle linee guida specifiche finalizzate a individuare caso per caso le circostanze rilevanti (*indicatori* di tratta) per l'inquadramento giuridico delle singole situazioni nel contesto della tratta di esseri umani, e attivare di conseguenza gli strumenti di protezione sociale previsti dalla legge (art. 18 d.lgs n. 286/1998[80]), per poi valutare la configurabilità, in ogni singola situazione, dei presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiata.

A lungo, sia dinanzi alle autorità amministrative sia in sede giudiziaria, la tratta di esseri umani è stata sottovalutata dalle autorità quale violazione tale da rientrare nell'ambito di applicabilità della Convenzione di Ginevra[81], nonostante le linee guida UNHCR del 2006 fossero state chiare sull'applicabilità dell'istituto dello *status* di rifugiato nei casi delle persone coinvolte dal fenomeno.

L'orientamento dei Tribunali in Italia, a fronte di ancora numerosi dinieghi della protezione internazionale da parte delle commissioni territoriali, spesso motivati ricorrendo ad argomentazioni intrise di pregiudizi e stereotipi discriminatori e sessisti, si sta progressivamente uniformando nel riconoscimento dello *status* di rifugiata sia nel caso che le donne riferiscano espressamente di essere state coinvolte da tratta e sfruttamento, sia in assenza di diretta menzione del fenomeno da parte delle richiedenti che, tuttavia, abbiano riferito circostanze e condotte tipiche della vittimizzazione, così consentendo all'autorità giudiziaria di ritenere accertate nei loro confronti violazioni serie dei diritti fondamentali tali da assurgere a persecuzione riconducibile al motivo dell'appartenenza della richiedente al determinato gruppo sociale di vittime di tratta.

5. La forza della ribellione delle donne alle persecuzioni per motivi di genere nascosta dalla costruzione giuridica della vulnerabilità

Dalle questioni approfondite emergono non solo le persecuzioni e discriminazioni subite nei Paesi di origine e di transito, ma anche forme di violenza istituzionale derivanti dai procedimenti di valutazione delle domande di asilo e dalla discriminazione di genere strutturale a tutti gli ordinamenti, compresi quelli dei Paesi occidentali di principale destinazione delle donne in fuga, nei quali l'intreccio di razzismo, sessismo e marginalizzazione sociale ed economica in quanto straniere rende difficile, se non impossibile, ogni tappa del percorso migratorio: dall'accesso a vie di fuga sicure agli strumenti di protezione che gli ordinamenti interni e internazionale sono tenuti ad assicurare, senza dimenticare la posizione, per lo più subalterna, nella quale le rifugiate si trovano collocate nelle società "di accoglienza".

In questo itinerario, che parte dai gesti di ribellione delle singole per arrivare alla narrazione delle

79. Eurostat (Commissione europea), *Trafficking in human beings, working paper*, aprile 2013 (https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3888793/5856833/KS-RA-13-005-EN.PDF.pdf/a6ba08bb-c80d-47d9-a043-ce538f71fa65?t=1414780383000); per *database* aggiornati, *cfr*. www.ctdatacollaborative.org/.

80. Si consenta il rinvio a I. Boiano e C.L. Cecchini, *Le frontiere del diritto: gli artt. 18 e 18 bis TU 286/98 in una prospettiva di genere e femminista*, in M. Giovannetti e N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Franco Angeli, Milano, 2020, p. 662.

81. E. Rigo, *Donne attraverso il Mediterraneo. Una prospettiva di genere sulla protezione internazionale*, in *Notizie di Politeia*, n. 124, 2016, pp. 82-94.

biografie individuali secondo schemi comprensibili a istituzioni che sono fisicamente e culturalmente lontane da quelle di provenienza, ma anche intrise di stereotipi sessisti e razzializzati, ciò che ancora il diritto non riesce a riconoscere e a restituire è la forza trasformativa che le donne rifugiate e richiedenti asilo dispiegano a partire dalla loro singola vita, con ripercussioni sulle società di provenienza e di destinazione.

Il motivo di questa incapacità "giuridica" risiede, spesso, proprio nelle etichette che il diritto elabora e rafforza allorché si dia spazio a un approccio di mera inclusione nominale delle donne nel discorso giuridico: la prospettiva di genere applicata all'analisi del diritto non significa aggiungere *sic et simpliciter* le donne nell'analisi giuridica, ma impone di tener conto della misura in cui il genere condiziona il punto di vista del discorso giuridico, ancora inadeguato a nominare in modo autentico le esperienze delle donne, senza ricorrere a rigidi paradigmi che, a loro volta, imbrigliano la nostra vita[82].

Prevalgono infatti, nei testi normativi e nei documenti d'indirizzo, immagini che marginalizzano le donne rifugiate e richiedenti asilo, per lo più associate nelle statistiche ai bambini, così riconsegnandole a un ristretto ruolo di genere e raggruppandole ancora in una categoria residuale e dipendente, oggi determinata dalle sue "vulnerabilità", che da concetto che intendeva evidenziare temporanee condizioni di difficoltà e fragilità a resistere in un ambiente ostile o, più in generale, dimensione «universale e costante, propria della condizione umana»[83], è divenuto ulteriore elemento interpretato come biologicamente predeterminato da sesso o età, ovvero "patologico", mentre sono respinti di nuovo in secondo piano il contesto, la disparità di potere correlata al regime di genere dominante, la disparità di mezzi economici e di accesso alle risorse primarie. Ciò determina una marginalizzazione delle donne e delle loro narrazioni autentiche, togliendo loro spazio come soggetti e attrici indipendenti, seppure vulnerabili, ma nel senso di esposte alle conseguenze sociali dannose dell'interconnessione di fattori discriminatori di sesso, genere, appartenenza etnica e provenienza geografica, disponibilità di risorse economiche in un dato contesto storico e sociale.

In secondo luogo, a fronte di questa caratterizzazione delle donne si perpetua l'esplicarsi di una risposta paternalistica dello Stato, che interviene a "proteggere" e a "salvare" le donne che, però, devono dimostrare, anche nell'ambito della procedura di riconoscimento della protezione internazionale, di aver agito e di agire in modo "appropriato" per una donna, e cioè secondo gli schemi di una *performance* che restituisca l'immagine di vittima depoliticizzata e senza voce, in quanto proveniente da una cultura oppressiva. Più tace sull'esplicazione della sua capacità di azione individuale (*agency*) e si rappresenta come soggetto privo di voce e iniziativa, più è probabile una decisione positiva della richiesta di protezione, per lo più per l'appartenenza a un particolare gruppo sociale, e cioè al genere femminile, schiacciato in una dimensione di inazione e debolezza e con bisogni speciali.

Il processo di riforma che sarebbe auspicabile impone cambiamenti più ampi e radicali rispetto alla sola interpretazione "sensibile al genere" della Convenzione, che spesso tradisce il portato politico e giuridico che l'approccio di genere porta con sé nella prospettiva femminista.

Si impone, quindi, una visione più ampia e complessa dinanzi alle narrazioni delle richiedenti asilo portate a conoscenza delle autorità competenti per la valutazione delle domande di asilo, e l'apertura di spazi politici e di una produzione giuridica inclusiva delle voci delle donne rifugiate per superare le rappresentazioni dominanti.

6. Conclusioni: un rifugio per tutte ovvero ricentrare il discorso sulla protezione internazionale come questione che riguarda i diritti e le libertà di tutte le donne

Lo *status* di rifugiato/rifugiata è attualmente sempre più al centro del dibattito pubblico, seppure nel contesto di discorsi che riguardano in modo più ampio il controllo dei confini e la regolamentazione del fenomeno migratorio. Anche laddove se ne approfondisce il contenuto giuridico, il tenore del dibattito rimane connotato da una postura distaccata: se ne parla e si approfondisce in ogni sede come istituto giuridico certamente cruciale per il dibattito politico e giuridico contemporaneo, ma prendendone la distanza in quanto concepito come condizione giuridica e dimensione rilevante per gli altri/altre.

Vi è il paradosso per cui i Paesi dell'Unione europea, sempre più barricati dietro confini letali per chi tenti di accedervi, si confortano ancora di un'autorappresentazione come "terra promessa", terra di asilo

82. C. Smart, *Feminism and the Power of Law*, Routledge, Londra, 1989.

83. M. Albertson Fineman, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 20, n. 1/2008 (file:///C:/Users/avvst/Downloads/SSRN-id1131407.pdf).

per chi è esposto alle persecuzioni in Paesi con una "bassa reputazione internazionale" per la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali.

Rischia così l'oblio il fatto storico che sottende la stessa Convenzione di Ginevra, ossia che, all'epoca della sua elaborazione, la fonte primaria che ha ispirato il suo impianto è stata la persecuzione subita in Europa negli anni del totalitarismo nazista e delle dittature fasciste, in Paesi con una struttura sociale fortemente patriarcale e sessista.

In definitiva, per restituire vitalità all'istituto della protezione internazionale, appare imprescindibile ricentrare il discorso pubblico sulla protezione internazionale e il diritto di asilo partendo dall'esperienza delle donne e dalla consapevolezza che ne deriva: non esiste un Paese "sicuro" per le donne.

Certamente, vi sono contesti nei quali più palese è la condizione di persecuzione delle donne perché prevista dalla legge e riconducibile a pratiche tradizionali e religiose ritenute estranee e lontane; tuttavia, per tutte e ciascuna potrebbe configurarsi la necessità di fuggire dal Paese in cui si vive per la violenza sessista istituzionale, o perpetrata e subita nella dimensione personale, nell'impunità correlata all'incapacità dello Stato di assicurare una risposta adeguata.

Si pensi, per esempio, alla situazione delle donne vittime di violenza domestica che, nel proprio Paese, non trovano adeguata protezione e sono per di più esposte a procedure previste dalla legge che le espongono a ulteriori violenze da parte dell'agente persecutore "privato", ma anche alla violenza istituzionale e alla doppia vittimizzazione.

In questo contesto, la richiesta di protezione internazionale che una donna rivolge alle autorità di un Paese terzo rispetto a quello dove risiede e ha patito violenze di genere, meriterebbe un sistema rivisitato sotto il profilo dei presupposti e che potrebbe trovare ispirazione dal diritto di asilo previsto all'articolo 10 della Costituzione italiana: «la protezione va accordata a chi sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana», tenendo presente, però, che "democratico" può dirsi quell'ordinamento che assicura il pieno accesso alla giustizia alle donne senza discriminazione dinanzi alla legge e che garantisce protezione effettiva dalla violenza di genere.

Genere e diritto penale. Il crimine d'odio misogino

di *Luciana Goisis*

Il contributo tratta del rapporto fra genere e diritto penale, assumendo la misoginia, fondata sull'odio verso le donne, quale motivo che sta alla base della violenza di genere nella sua specifica – e prioritaria – manifestazione di violenza maschile contro vittime femminili. Ripercorso il processo di affermazione del concetto di genere nelle discipline criminologiche e penalistiche, nonché nello scenario internazionale, il saggio tematizza altresì il femminicidio, affrontando il problema della possibile valorizzazione del motivo d'odio misogino nell'ambito della legislazione penale, sotto forma di *gender hate crime*, anche alla luce del dato vittimologico.

1. Il concetto di genere approda alle scienze penalistiche / 2. La violenza di genere nello scenario internazionale / 3. La criminologia femminista e l'affermazione del "genere" nella letteratura criminologica / 4. Femminicidio e diritto penale / 5. Il crimine d'odio misogino

1. Il concetto di genere approda alle scienze penalistiche

È un dato di fatto: il concetto di genere si è ormai affermato a pieno titolo nell'ambito delle scienze criminologiche e penalistiche. Può essere utile ripercorrere il cammino che ha condotto sino a questo punto.

I dati statistici più recenti e gli accertamenti attuali sulla violenza contro le donne – che, come emerge dalle inchieste di polizia, nei resoconti giudiziari, negli articoli di giornale e nell'effettività dell'opinione pubblica, è un fenomeno in allarmante crescita – inducono all'indagine diacronica. Rispetto al passato, infatti, le denunce per episodi di violenza subiti dalle donne, per quanto ancora in numero contenuto, sono aumentate. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla forma di violenza più estrema (dopo l'omicidio) perpetrata contro la donna, la violenza sessuale: si può dire che, «passato da un relativo silenzio a una chiassosa visibilità», tale reato è quanto mai presente nella realtà sociale[1].

Come ben noto, è l'evoluzione culturale che spiega la diversa sensibilità verso la violenza perpetrata nei confronti di soggetti femminili e i diversi contenuti giuridici che tale violenza ha assunto nel tempo. Soprattutto, la storia della violenza commessa ai danni di soggetti femminili, di cui la storia della violenza sessuale costituisce un ampio capitolo[2], va di pari passo con l'immagine della donna: «in essa i cambiamenti sono paralleli a quelli dei sistemi di oppressione esercitati sulla donna, alla loro permanenza, al

1. G. Vigarello, *Storia della violenza sessuale*, Marsilio, Venezia, 2001, p. 9.

2. Sia consentito rinviare sul tema, in chiave storica, a L. Goisis, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici. Una storia di 'genere'*, in *Dir. pen. cont.*, 31 ottobre 2012, pp. 4 ss.

loro affinamento, ai loro spostamenti»[3]. La violenza contro le donne è dunque, storicamente, "violenza di genere".

Se il concetto di genere (derivato dall'originario termine anglosassone "*gender*") deve essere inteso, in un'accezione minima e preliminare, pur nella complessità dell'analisi di genere e femminista, come «definizione sociale dell'appartenenza di sesso»[4], è facile comprendere come esso consenta di inquadrare dogmaticamente una forma di violenza che affonda le sue radici nell'immagine sociale della donna così come evolutasi storicamente. Non solo. Come abbiamo avuto modo di sottolineare in altra sede, il concetto di genere si rivela uno strumento di analisi assai efficace anche sul terreno penalistico e criminologico, consentendo di disvelare alcune delle più gravi forme di discriminazione, di genere appunto, riscontrabili nell'ambito della storia della giustizia penale[5].

Tanto che oggi (mutuando dalla tradizione della criminologia sudamericana, che avremo modo di ricordare nel prosieguo) si parla, con riferimento a tale forma radicata di violenza, di "femminicidio", inteso come violenza rivolta contro la donna «in quanto donna»[6]. In particolare, secondo Barbara Spinelli, autrice del primo lavoro monografico di taglio socio-giuridico sul tema, tale violenza assume forme anche diverse: oltre che fisica, violenza psicologica, economica e istituzionale. «Femminicidio si ha in ogni contesto storico e geografico, ogni volta che la donna subisce violenza fisica, psicologica, economica, normativa, sociale, religiosa, in famiglia e fuori, quando non può esercitare "i diritti fondamentali *dell'uomo*", perché donna, ovvero in ragione del suo genere»[7]. Tutto ciò, secondo la studiosa, avverrebbe soprattutto laddove la donna si ribelli al ruolo sociale attribuitole all'interno di una società patriarcale.

È evidente che tale definizione, per quanto incapace di indicare con precisione al giurista i confini della tutela da apprestare – segnatamente, sul terreno penalistico – per arginare la violenza sulle donne, e benché individui un termine ("femminicidio") sulla cui indeterminatezza si potrebbe dibattere e di cui diremo[8], dimostra la sua valenza sul terreno storico, oltre che – è evidente – politico. Come acutamente osservato di recente, «nelle società moderne, in una certa fase storica, il monopolio della violenza è passato dal singolo individuo allo Stato; però questo non è successo per quanto ha riguardato il monopolio del controllo della violenza sulle donne, che è rimasto all'interno della famiglia patriarcale, con consequenziale diritto per il *pater familias*, o per il marito, di praticarla»[9].

Senza guardare alla storia più antica, e limitandoci alla storia europea, l'*Ancien Régime* rappresenta l'esempio di un'epoca di tolleranza del fenomeno della violenza contro le donne. Si pensi, ancora una volta, alla violenza sessuale. Benché severamente punito dai testi giuridici del tempo, il reato di violenza sessuale viene poco perseguito dai tribunali. Soprattutto, i giudici dell'*Ancien Régime* mostrano un atteggiamento di indulgenza e di comprensione rispetto agli episodi di stupro[10]. Ogni forma di violenza, sia

3. Così G. Vigarello, *Storia*, *op. cit.*, p. 11. Ciò potrebbe indurre a leggere i dati statistici odierni in una chiave culturale: il riconoscimento di una maggiore uguaglianza fra uomo e donna, il tramonto dell'immagine del padre e dell'autorità potrebbero aver reso meno tollerabili violenze nella storia accettate e lasciate impunite, e aver contribuito a un aumento delle denunce.

4. *Cfr*. E. Cislaghi, *Genere: storia di un concetto*, in B. Pezzini (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole. Vol. I - Studi*, Bergamo University Press, Bergamo, 2012, pp. 75 ss., part. p. 89. Rifacendosi alla concezione di Saraceno, scrive l'A.: «il genere è l'insieme di *status*-ruoli attribuiti ad una persona o a un gruppo di persone esclusivamente sulla base della loro appartenenza sessuale. È perciò la definizione sociale dell'appartenenza di sesso. Si parla quindi di "identità di genere" per riferirsi al modo in cui l'essere donna (o uomo) viene prescritto socialmente»; vds. altresì *Id.*, *L'orizzonte teorico femminista e l'analisi di genere*, 2009, dattiloscritto gentilmente concessomi dall'Autrice, pp. 1-2. Sul punto, anche S. Piccone Stella e C. Saraceno (a cura di), *Genere. La costruzione sociale del femminile e maschile*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 11. Le due Autrici individuano nella nascita del concetto di "genere" la volontà di attribuire peso a quanto vi è di socialmente costruito nella disuguaglianza sessuale.

5. L. Goisis, *La violenza sessuale*, *op. cit.*, p. 4. Sottolinea Cislaghi (*Genere*, *op. cit.*, p. 87) come il concetto di genere, nato nell'ambito della letteratura femminista, si diffonda in tutte le branche del sapere.

6. B. Spinelli, *Femminicidio. Dalla denuncia globale al riconoscimento giuridico internazionale*, Franco Angeli, Milano, 2008, pp. 21 ss.

7. *Ivi*, p. 21.

8. *Cfr*. sul tema, più approfonditamente, *infra*, par. 4.

9. M.L. Fadda, *Differenza di genere e criminalità. Alcuni cenni in ordine ad un approccio storico, sociologico, criminologico*, in *Dir. pen. cont.*, 20 settembre 2012, p. 7.

10. Esempi eloquenti si ritrovano in alcuni casi tratti dalla giurisprudenza francese di quegli anni: processi in cui lo stupro, unito ad altre forme di violenza, a dispetto dell'inclusione del primo fra i crimini puniti con la pena capitale, vengono lasciati nell'impunità, concludendosi per lo più con l'assoluzione. «La querela è poco ascoltata, i fatti poco approfonditi, l'accusato poco interrogato» (G. Vigarello, *Storia*, *op. cit.*, p. 24), soprattutto quando la vittima è una donna adulta e di estrazione sociale non elevata (lo stupro delle serve comportava solo un risarcimento del danno), e in particolare quando non vi è traccia né di delitto né di ferita fisica grave – *cfr*. L. Goisis, *La violenza sessuale*, *op. cit.*, pp. 5 ss.; S. Pinker, *The Better Angels of Our Nature. Why Violence Has Declined*, Penguin, New York, 2011, p. 395.

essa fisica o sessuale, viene trattata con incuria, quasi con indifferenza: la sensibilità verso la brutalità è attenuata. La giustizia penale settecentesca, è ben noto, si caratterizza per una crudeltà, un arbitrio e una ferocia che non hanno pari: l'arte del supplizio, ben descritta da Foucault, costituisce una costante nell'amministrazione quotidiana della giustizia e coinvolge anche la donna[11].

Nella visione degli stessi illuministi, s'impone l'idea che la donna non debba essere riconosciuta quale soggetto di diritto e, dunque, non possa godere di alcuna tutela giuridica[12].

Solo negli ultimi decenni del XVIII secolo si manifesta un primo mutamento nel quadro giuridico[13] e, nella giurisprudenza del XIX secolo, si afferma una prima differenziazione delle diverse forme di violenza e assume rilievo, per la prima volta, anche la violenza morale[14].

Evidentemente diverso è il panorama del XX secolo: la nuova uguaglianza uomo/donna trasforma l'atteggiamento delle vittime, garantendo maggior legittimità alle denunce e accuratezza nei processi[15]. Anche se un dato rimane costante, nella storia recente come in quella meno recente: la maggioranza degli atti di violenza contro le donne non viene né denunciata né registrata. Il cd. "numero oscuro" – ossia quel fenomeno, noto alla ricerca criminologica, per cui esiste una criminalità sommersa che non viene a conoscenza dell'autorità giudiziaria e che rappresenta l'ammontare dei reati che non risulta dalle fonti ufficiali – costituisce, sul terreno della "violenza di genere", un problema assai grave[16].

Poste queste brevi premesse di ordine storico, occorre operare un approfondimento sul concetto di genere.

La nozione di "genere", che nasce e viene elaborata essenzialmente nei Paesi di lingua anglofona – "genere" è infatti, dicevamo, la traduzione italiana del termine inglese "*gender*" – deriva dalle discipline mediche e psicologiche. Come è stato osservato, «il concetto di genere viene traghettato da discipline quali la medicina e la psicologia con lo scopo di

---

11. M. Foucault, *Surveiller et Punir. Naissance de la prison*, Gallimard, Parigi, 1975 – ed. it.: *Sorvegliare e punire, La nascita della prigione*, trad. di A. Tarchetti, Einaudi, 1993, pp. 14 ss., ove si descrive, quale esempio di tale arte, il supplizio dei traditori (cd. "*quartering*").

12. G. Vigarello, *Storia*, *op. cit.*, pp. 31 ss., part. pp. 35, 37, 40, 53.

13. *Ivi*, p. 100. In opposizione ai processi troppo sbrigativi dell'*Ancien Régime*, e con l'acquisita consapevolezza di una necessità di tutela della vittima femminile, in materia di violenza sessuale il codice di procedura penale francese del 1791 sostituisce la parola «ratto» con la parola «stupro», a indicare che si pone in primo piano la lesione della vittima piuttosto che il pregiudizio del "proprietario" (marito o padre che fosse).

14. Si prenda il reato di violenza sessuale: ci si orienta maggiormente sulla vittima, sul venir meno della sua volontà, sulla sua incapacità di difesa, sull'annientamento del suo libero arbitrio. Progressivamente, le figure di violenza sessuale si delineano in maniera più netta, soprattutto con il codice napoleonico del 1810, a cui molto deve la nostra codificazione, e con lo sviluppo della medicina legale nella seconda metà del XIX secolo: si distingue fra stupro, oltraggio, attentato, con spostamenti delle soglie di punibilità a seconda dell'età delle vittime. Nonostante una crescita dell'intolleranza verso il fenomeno violento e una stigmatizzazione di condotte prima penalmente irrilevanti, tuttavia, la giustizia penale ottocentesca non mostra coerenza con la mutata rappresentazione sociale e giuridica della violenza sessuale, in quanto rimangono esigue le condanne: come è stato ipotizzato, ciò sembrerebbe dovuto al mantenimento di un dominio sulla donna, all'esistenza di un giudizio già in partenza non egualitario, alla relativa stabilità delle consuetudini nonostante l'innegabile mutamento della giurisprudenza e della legge (*cfr.*, ancora, G. Vigarello, *op. ult. cit.*, p. 122). Sull'*infirmitas sexus*, quale condizione di fragilità che esclude l'imputabilità della donna, affermatasi nell'Ottocento, vds. A. Manna, *La donna nel diritto penale*, in *Ind. pen.*, n. 3/2005, p. 852. Sulla posizione della donna nel pensiero criminologico ottocentesco, nell'ambito della cd. "Scuola positiva", si veda la versione di C. Lombroso e G. Ferrero, *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, Nabu Press, Firenze, 2010. Nella letteratura italiana, sulla vita e il pensiero di Lombroso nonché sull'opera ricordata, si rinvia, tra i molti, a D. Velo Dalbrenta, *La scienza inquieta: saggio sull'antropologia criminale di Cesare Lombroso*, CEDAM, Padova, 2004, pp. XVIII ss.

15. Si pensi ancora alla violenza sessuale: l'esito del crimine non è più l'immoralità, bensì la lesione dell'integrità della vittima (il bene giuridico tutelato dall'incriminazione non è più tanto la moralità, bensì la libertà sessuale); ci si concentra sugli effetti psicologici nefasti che la violenza può comportare per la donna, pregiudizi a lungo e breve termine; la violenza sessuale si afferma come violenza prima e più grave. Come è stato di recente sottolineato nell'ambito della criminologia americana, «la prevalenza della violenza sessuale nella storia umana e la "invisibilità" della vittima nel trattamento giuridico riservato alla violenza sessuale sono incomprensibili dal punto di vista privilegiato della sensibilità morale contemporanea». L'invisibilità che da sempre accompagna la vittima della violenza sessuale cade con l'affermarsi della sensibilità moderna e di un orientamento umanitario. Così S. Pinker, *The Better Angels*, *op. cit.*, p. 395. La stessa figura dello stupratore che fa la prima apparizione sulla scena criminologica e medico-legale, sul finire del XIX secolo, entra a pieno diritto nello scenario penale del XX secolo. *Cfr.* J. Bourke, *Stupro. Storia della violenza sessuale*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 15.

16. I motivi sono in parte diversi e in parte simili a quelli che inducevano le vittime a serbare il silenzio nel passato: da un lato, l'accusare un parente può costituire una catastrofe famigliare ed essere impedito dai legami affettivi; dall'altro, il disonore della vittimizzazione rimane ancora molto forte. L'imbarazzo del processo e della pubblicità che ne consegue inducono spesso le vittime a non denunciare, oppure ad acconsentire alla derubricazione della violenza sessuale in figure meno gravi di reato. *Cfr.* Istat, *La Violenza contro le donne*, «Informazioni», n. 7/2008; *Id.*, *La violenza e i maltrattamenti contro le donne dentro e fuori la famiglia*, 21 febbraio 2007 (www.istat.it/it/files/2011/07/testointegrale.pdf); *Id.* (a cura di A. Battisti), *La violenza contro le donne. Dai dati statistici ai nuovi strumenti di contrasto e prevenzione*, marzo 2019 (dati aggiornati sono consultabili sul sito www.istat.it). *Cfr.* altresì, sul numero oscuro, G. Ponti e I. Merzagora Betsos, *Compendio di criminologia*, Raffaello Cortina, Milano, 2008, p. 291.

ampliare la gamma dei fattori da tenere presente nel valutare la condizione delle donne, di tener conto dell'interconnessione di tali fattori e del loro radicamento nel tessuto sociale. Tessuto sociale in cui gli individui considerati, donne e uomini, non solo vivono le proprie vite ma costituiscono le proprie identità. Si tratta quindi di descrivere e analizzare i rapporti tra uomini e donne, non solo attraverso la "naturale" categoria del sesso ma anche attraverso la categoria "sociale" del genere, al fine di dimostrare come sia per nulla consequenziale il rapporto tra essere femmina/maschio, attribuzione di un sesso, e i contenuti dei significati socialmente e storicamente normati di tale appartenenza»[17].

In altre parole, il termine viene utilizzato in un'accezione più ampia per la quale il genere non è solo il sesso biologico, bensì indica un ruolo differenziato attribuito socialmente all'uomo e alla donna, una differenza non più solo corporea, ma di tipo culturale, sociale, economico e storico[18].

Emerge così la funzione del concetto di genere, ossia quella di portare alla luce le pratiche sociali implicite che nascondono relazioni di potere asimmetriche tra i sessi: essendo concetto storicamente e culturalmente condizionato, è soggetto all'evoluzione e al cambiamento risultando, di conseguenza, lo strumento ideale per criticare l'oppressione delle relazioni di genere. Tale funzione critica del genere viene chiaramente esplicitata nella definizione elaborata da Cranny-Francis, che richiama il legame tra potere e nozione di genere, facendo riferimento ad esso come quel concetto che rielabora l'appartenenza sessuale maschile e femminile come una coppia gerarchica: il genere è l'elaborazione, variabile culturalmente, del sesso come coppia gerarchica, dove il maschile è codificato come superiore e il femminile come inferiore. Il genere diviene, pertanto, una categoria utile al femminismo proprio per il fatto di riconoscere tale asimmetria come qualcosa di codificato e quindi mutabile, aprendo lo spazio per il cambiamento[19].

In definitiva, «il genere diviene così non solo un concetto che indicizza le caratteristiche proprie dell'uno o dell'altro sesso, ossia un concetto che fornisce dati di ordine descrittivo, ma viene proposto come un concetto in grado di descrivere e analizzare, fornire spiegazioni, evidenziare meccanismi, cause e processi, circa il tema nodale del femminismo: la condizione delle donne. (...) Si tratta di un concetto in grado di trasportare questi significati "nuovi" propri del femminismo, all'interno delle diverse discipline del sapere, contribuendo a sancire la validità epistemica del femminismo stesso. L'analisi di genere, che di questo concetto si avvale e dal quale prende il nome, viene così applicata alle diverse materie del sapere, dalla giurisprudenza all'economia, dalla medicina alla letteratura, alla storia»[20].

La nozione di genere, così come delineata dai teorici dell'analisi di genere, mostra quindi la sua capacità espansiva: si tratta, infatti, di un concetto che ha finito per permeare molti campi del sapere e molte discipline. Tra queste, anche le discipline giuridiche e, segnatamente, le scienze penalistiche e criminologiche. L'uso della prospettiva di genere nell'analisi giuridica non costituisce un *novum*, anche se spesso è stato relegato in ambiti settoriali e studi pioneristici[21]. Riservandoci di tornare nel prosieguo sulla genesi del concetto di genere (e di femminicidio), che avviene precipuamente nell'alveo della criminologia[22], vorremmo meglio analizzare la penetrazione del concetto di genere sul terreno penalistico.

«"Nominare il genere – avverte la storica Joan Scott – significa immediatamente evocare il potere"

17. Così E. Cislaghi, *Genere*, *op. cit.*, p. 86. Per una declinazione del concetto di genere alla luce della Costituzione italiana, vds. B. Pezzini, *L'uguaglianza uomo-donna come principio antidiscriminatorio e come principio anti-subordinazione*, in G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. III - Dei diritti e dell'uguaglianza*, Jovene, Napoli, 2009, pp. 1141 ss., part. pp. 1151 ss.

18. In senso analogo, A. Merli, *Violenza di genere e femminicidio*, in *Dir. pen. cont.* (Trimestrale), n. 1/2015, pp. 438 ss. L'A. sottolinea come il concetto di genere abbia fatto storicamente riferimento alla differenza sessuale e corporea dei due sessi, maschile e femminile, escludendo il riconoscimento di sessualità diverse (omosessualità maschile e femminile, transessualità, transgenderismo). Tuttavia si è sviluppato, nell'ambito dello stesso movimento femminista, anche un movimento per la richiesta di pari diritti delle "minoranze sessuali" che ha fatto appello all'"identità di genere": rivendicando l'indipendenza del sesso dall'orientamento sessuale, che è frutto della propria individualità e che non deve essere oggetto di discriminazione (*ivi*, pp. 440 ss.). Sul tema, sia consentito il rinvio a L. Goisis, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Jovene, Napoli, 2019, pp. 461 ss.

19. A. Cranny-Francis (a cura di), *Gender Studies: Terms and Debate*, Palgrave Macmillan, New York, 2003, p. 4. *Cfr.* ampiamente, sul tema, E. Cislaghi, *Genere*, *op. cit.*, pp. 89 ss.

20. *Ivi*, p. 87.

21. Fondamentali senz'altro gli studi di T. Pitch, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Il Saggiatore, Milano, 1998, nonché *Id.*, *Contro il decoro. L'uso politico della pubblica decenza*, Laterza, Roma-Bari, 2012. Vds. altresì, di recente, la curatela di A. Scarponi (a cura di), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, CEDAM, Padova, 2016.

22. *Cfr.*, *infra*, par. 3.

[degli uomini sulle donne]; e – aggiungeremmo – una dimensione di violenza sulle donne è imprescindibilmente legata all'esercizio del potere maschile»[23]. Esiste dunque uno stretto legame fra discriminazione (di genere) e violenza contro le donne.

Come icasticamente osservato: «la violenza di genere è un fenomeno sociale, legato a ruoli e comportamenti che la società stabilisce per i due sessi. Ma non è solo la società ad essere messa in questione. C'è per lo meno anche la cultura, che contribuisce all'accettabilità sociale della violenza sulle donne. Perciò la violenza di genere è anche un fenomeno culturale. In forza del quale il sesso femminile (il modo di percepire e di stabilire rapporti tra i sessi) è uno dei fattori socio-ambientali che possono dar luogo a una predisposizione specifica delle donne a subire certe aggressioni e a diventare soggetti passivi di certi reati. Nel linguaggio dei criminologi è un fattore di vittimizzazione della donna rispetto ai reati a vittima personalizzata perpetrati nel circoscritto ambito del rapporto intersubbiettivo tra autore e vittima»[24].

Proprio partendo da tale presupposto, è stato possibile inquadrare la violenza di genere quale concetto con cui si nominano tutte le forme di violenza psicologica, fisica e sessuale perpetrate ai danni di vittime femminili "in quanto donne", oggetto di criminalizzazione da parte del diritto penale[25]. Tale descrizione è, tuttavia, solo parziale (né esiste ad oggi una definizione del concetto nel codice penale italiano). Per cogliere la diffusione del costrutto sul terreno penalistico (su quello criminologico, ove esso nasce, diremo poi) occorre infatti indagare l'evoluzione della nozione di violenza di genere nell'ambito del diritto internazionale, dove il termine ha trovato un suo primo riconoscimento giuridico, cui ha fatto seguito l'adeguamento delle normative penali nazionali e l'ingresso a pieno titolo, anche se solo in tempi recenti, del concetto nel linguaggio penalistico[26].

2. La violenza di genere nello scenario internazionale

Come sottolineato in dottrina, il tracciato dei diritti nazionali, è stato «disegnato dal diritto internazionale pattizio che va analizzato come premessa indispensabile allo studio delle norme nazionali, per coglierne le origini e i tratti comuni»[27].

---

23. Così A. Merli, *Violenza di genere*, *op. cit.*, p. 440.

24. *Ivi*, p. 437. Sulla vittimizzazione femminile, vds. D. Young, *Risk, propriety, and sexual assault*, in *Sociologia del diritto*, n. 2/2009, pp. 93 ss., part. pp. 98 ss. Secondo A. Manna, *La donna*, *op. cit.*, p. 887, proprio rispetto ad alcuni fenomeni criminosi, la diversità tra i generi rappresenterebbe una condizione oggettiva che non consente soluzioni normative astrattamente uniformanti.

25. Ci riferiamo, in questa sede, alla violenza di genere perpetrata nell'ambito della sfera privata, sia essa fisica o sessuale. Esorbita dall'oggetto della presente trattazione il tema della violenza di genere quale crimine internazionale, ossia quale crimine di guerra, contro l'umanità, o quale crimine di genocidio. Sul tema si rimanda, tra gli altri, a S. Mancini, *I crimini contro l'umanità*, in E. Mezzetti (a cura di), *Diritto Penale Internazionale. Vol. II - Studi*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 315 ss.; L. Poli, *La tutela dei diritti delle donne e la violenza sessuale come crimine internazionale. Evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Dir. um. dir. int.*, n. 2/2009, pp. 396 ss.; M. Marinello, *Lo stupro come arma da guerra: da eventualità "necessaria" a crimine internazionale*, Centro di ricerche sulle vittime civili dei conflitti "L'Osservatorio", Grandangolo, Roma, 2016, pp. 1 ss.; P. De Stefani, *La normativa penale internazionale per violazione dei diritti umani. Il caso dei crimini contro le donne*, Archivio Pace Diritti Umani, Università di Padova, *research paper* n. 1/2000, pp. 1 ss., nonché P. Degnani, *Donne, diritti umani e conflitti armati. La questione della violenza nell'agenda della comunità internazionale*, *ivi*, *research paper* n. 2/2000, pp. 1 ss.

26. A testimonianza dell'approdo del concetto di "violenza di genere" sulla scena penalistica, vi sono numerosi contributi intitolati al tema: tra i molti, oltre ai già citati nostri saggi (L. Goisis, *La violenza sessuale*, *op. cit.*), vds. L. Goisis, *La "violenza di genere" alla luce della Convenzione di Istanbul e della recente legislazione italiana. Una prima lettura critica*, in M. Matulović e E. Kunštek, *Kazneno Pravo, Kazneno Postupovno Pravo I Kriminalistika*, Università di Rijeka (Croazia), 2014, pp. 161 ss. (https://repository.pravri.uniri.hr/islandora/object/pravri:2440); nonché *Ead.*, *"Gender Violence" in Light of the Istanbul Convention. The Italian Legislation*, in *Diritto@storia*, n. 11/2013 (www.dirittoestoria.it/12/contributi/Goisis-Gender-violence-Istanbul-convention-Italian-legislation.htm), si segnalano A. Merli, *Violenza di genere*, *op. cit.*, pp. 430 ss., nonché, della stessa Autrice, il lavoro monografico *Violenza di genere e femminicidio*, ESI, Napoli, 2015; M.L. Fadda, *Differenza di genere*, *op. cit.*, pp. 1 ss.; C. Bressanelli, *La "violenza di genere" fa il suo ingresso nella giurisprudenza di legittimità: le Sezioni Unite chiariscono l'ambito di applicazione dell'art. 408, co. 3 bis c.p.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 21 giugno 2016; F. Trapella, *Fattispecie di femminicidio e processo penale. A tre anni dalla legge sulla violenza di genere*, in *Dir. pen. cont.* (Trimestrale), n. 2/2017, pp. 21 ss.; S. Tigano, *La violenza familiare fra differenze di genere e politiche repressive*, in *Ind. pen.*, n. 1/2016, pp. 78 ss.; tra gli scritti relativi alla violenza sulle donne che non nominano il genere espressamente, si vedano altresì: F. Basile, *Violenza sulle donne e legge penale: a che punto siamo?*, in *disCrimen*, 26 novembre 2018; *Id.*, *Violenza sulle donne: modi, e limiti, dell'intervento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 11 dicembre 2013, nonché C. Pecorella, *Sicurezza* vs *libertà? La risposta penale alle violenze sulle donne nel difficile equilibrio tra istanze repressive e interessi della vittima*, *ivi*, 5 ottobre 2016, e, in particolare, sul femminicidio quale reato, E. Corn, *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia, comparazione, prospettive*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, nonché *Id.*, *Il "femminicidio" come reato. Spunti per un dibattito italiano alla luce dell'esperienza cilena*, in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2013. Sulle discriminazioni di genere in ottica civilistica vds., tra gli altri, E.M. Mastinu, *Diritto e processo nella lotta contro le discriminazioni di genere*, CEDAM, Padova, 2010.

27. Così E. Corn, *Il femminicidio*, *op. cit.*, p. 79.

È ben noto che, nelle prime costituzioni liberali sui diritti umani, la declinazione dei diritti dell'uomo ha significato per lungo tempo solo il maschile. Progressivamente, tuttavia, si è assistito a un processo di "universalizzazione dei diritti" senza distinzioni di *genere*[28]. Come evidenziato efficacemente, «il tema specifico della tutela dei diritti delle donne è divenuto oggetto di studio e di dibattito solo in tempi recenti, da quando cioè nella comunità internazionale si è iniziato ad avvertire il bisogno di differenziare la tutela dei diritti umani per genere, nonché di verificare l'effettivo godimento da parte delle donne di diritti fondamentali, quali il diritto alla vita, all'integrità fisica, alla dignità personale»[29].

Il primo strumento giuridico internazionale nel quale il tema dei diritti umani delle donne viene affermato espressamente (benché la stessa Cedu preveda un generale divieto di discriminazione in base sesso all'art. 14, sancito anche nei trattati europei) è la Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne (CEDAW), adottata in ambito Onu nel 1979. Posta nel solco della Convenzione per l'eliminazione delle discriminazioni razziali del dicembre 1965, cui l'Italia ha dato attuazione con la "legge Reale-Mancino"[30], la Convenzione CEDAW adotta una prospettiva, ascrivibile al femminismo liberale, secondo la quale la discriminazione è considerata il fattore all'origine della posizione di subordinazione della donna nella società.

La violenza di genere, tuttavia, non viene nominata, né il problema della violenza contro le donne è affrontato apertamente[31].

Occorrerà attendere le raccomandazioni nn. 12/1989 e 19/1992 del Comitato CEDAW perché si specifichi che la Convenzione deve ritenersi abbracciare anche questo fenomeno e soprattutto si definisca la violenza contro le donne come «una forma di discriminazione che impedisce gravemente ad esse di godere di diritti e libertà al pari degli uomini», e si ascriva a tale discriminazione la «violenza basata sul genere, che è la violenza che si dirige verso la donna perché è una donna, o che colpisce le donne in modo sproporzionato» (parr. 1 e 6 della raccomandazione n. 19)[32]. Una definizione che, come vedremo, anticipa quella fornita dalla Convenzione di Istanbul del 2011 e che riecheggia la definizione sociologica di femminicidio più sopra ricordata.

Sempre in sede Onu, si segnala, benché strumento di *soft law*, la «Dichiarazione di Vienna» del 1993, la quale rappresenta «un testo giuridico fondamentale»[33] nel percorso di affermazione dei diritti delle donne, in quanto, oltre ad accogliere la prospettiva di genere, nonché la titolarità di diritti umani inalienabili in capo alle donne e alle fanciulle, pone al centro il tema della violenza contro le vittime femminili, al quale viene riservata una dedicata trattazione (parr. II.36 ss., part. par. II.38): «la Conferenza mondiale sui Diritti umani sollecita il pieno e uguale godimento, da parte delle donne, di tutti i diritti umani»; in particolare, essa «pone l'accento sull'importanza di lavorare per l'eliminazione della violenza contro le donne nella vita pubblica e privata, per l'eliminazione di tutte le forme di molestie sessuali, sfruttamento e tratta delle donne, per l'eliminazione di pregiudizi di genere nell'amministrazione della giustizia e per lo sradicamento di ogni conflitto che possa insorgere tra i diritti delle donne e gli effetti dannosi di certe pratiche tradizionali o abituali, di pregiudizi culturali ed estremismi religiosi. La Conferenza mondiale sui Diritti umani fa appello all'Assemblea Generale affinché adotti la bozza di Dichiarazione sulla violenza contro le donne e fa pressione sugli Stati affinché combattano la violenza contro le donne in accordo con le sue disposizioni. Le violazioni dei diritti umani delle donne in situazioni di conflitto armato rappresentano violazioni dei fondamentali principi del diritto umanitario internazionale e dei diritti umani. Tutte le violazioni di tale tipo, incluso in particolare l'assassinio, lo stupro sistematico, la schiavitù sessuale e la gravidanza forzata, richiedono una risposta particolarmente efficace».

Guardando agli strumenti di *hard law* in materia di violenza di genere, rileva altresì la cd. "Convenzione di Belém do Pará" o Convenzione interamericana sulla prevenzione, la repressione e l'eliminazione della violenza contro le donne, del giugno 1994: un

28. *Cfr*. A. Merli, *Violenza di genere*, *op. cit*., p. 434. Scrive l'A.: «l'universale neutro delle dichiarazioni dei diritti per lungo tempo ha, di fatto, significato solo il maschile, grazie alla definizione e al concreto disegno sul maschile dei diritti fondamentali dell'individuo».

29. A. Del Vecchio, *La tutela dei diritti delle donne nelle convenzioni internazionali*, in T. Vassalli (a cura di), *Atti del Convegno in memoria di Luigi Sico*, Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 322 ss.

30. *Cfr*. ampiamente, sul tema, L. Goisis, *Crimini d'odio*, *op. cit*., pp. 263 ss.

31. Sul punto E. Corn, *Il femminicidio*, *op. cit*., p. 81.

32. Tale interpretazione della CEDAW sembra essersi imposta tramite l'influenza del femminismo radicale, aprendo la strada a una lunga serie di strumenti giuridici volti all'eliminazione della condizione di subordinazione della donna a partire dagli anni novanta innanzi. *Cfr*. E. Corn, *op. ult. cit*., p. 83.

33. Così la definisce E. Corn, *op. ult. cit*., p. 84.

testo giuridico vincolante, dedicato precipuamente alla violenza di genere[34]. Essa, infatti, si prefigge l'eliminazione totale di ogni forma di violenza contro le donne, e rappresenta una risposta a una preoccupazione presente nel Continente americano riguardante la gravità della discriminazione storica subita dalle donne.

Ancora una volta, di estremo rilievo è il profilo definitorio. L'art. 1 della Convenzione recita: «ai fini della presente Convenzione, per violenza contro le donne si intende ogni atto o condotta, fondata sul genere, che cagioni la morte o un danno o sofferenza fisica, sessuale o psicologica alle donne, sia nella sfera pubblica, sia in quella privata». Così prosegue l'art. 2: «si intende che la violenza contro le donne comprende la violenza fisica, sessuale e psicologica a) commessa all'interno della famiglia o nell'ambito domestico o all'interno di qualunque altra relazione interpersonale, che l'autore condivida o meno il domicilio della donna, compresi, tra l'altro, lo stupro, le percosse, gli abusi sessuali; b) commessa nella comunità, perpetrata da qualunque persona, e che comprende, tra l'altro, lo stupro, l'abuso sessuale, la tortura, il traffico di persone, la prostituzione forzata, il sequestro, le molestie sessuali sul luogo di lavoro, negli istituti di istruzione, nelle strutture sanitarie e in ogni altro luogo; c) commessa o tollerata dallo Stato o da agenti dello Stato, indipendentemente da dove essa abbia luogo»[35]. Si dà, quindi, espresso rilievo al "genere", che deve essere il motivo ispiratore della condotta, e si sottolinea che la violenza di genere comprende la violenza fisica, sessuale e psicologica in entrambe le sfere – pubblica e privata – aprendo, tra l'altro, la strada all'ipotesi del "femicidio", ossia dell'uccisione della vittima femminile[36]. Sono previsti altresì obblighi in capo agli Stati, i quali dovranno introdurre le riforme giuridiche utili a prevenire, sanzionare ed estirpare la violenza di genere (art. 7, lett. *a* e *b*): di fatto, la Convenzione prevede la responsabilità degli Stati nel caso di lesione dei diritti delle donne, un principio già sancito dalla giurisprudenza internazionale, specie a seguito della prima sentenza del 1988 relativa al caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, in cui la Corte interamericana ha statuito che il rispetto dei diritti convenzionali non implica il loro mero riconoscimento, bensì impone obblighi positivi agli Stati riguardanti l'adozione di misure atte a prevenire le violazioni e a sanzionare i colpevoli[37].

In conformità a tale giurisprudenza, la Corte interamericana ha emesso, nel 2009, una importante sentenza relativa alla tutela dei diritti delle donne nel caso *González e altre* ("*Campo Algodonero*") *c. Messico*, una sentenza che ha giudicato sui noti fatti di Ciudad Juarez (sparizione, tortura, stupro e uccisione di migliaia di vittime femminili nel disinteresse delle istituzioni), fatti da cui origina la stessa terminologia di stampo criminologico di femminicidio, nella quale lo Stato convenuto è stato ritenuto colpevole sia della mancata protezione di tre donne, due delle quali minorenni, sia della mancata prevenzione dei crimini compiuti nei loro confronti, sia anche della mancanza di diligenza nelle indagini riguardanti gli omicidi e, infine, dell'assenza di adeguate forme di riparazione[38].

È tuttavia acclarato che una svolta in campo internazionale nella lotta alla violenza di genere sia avvenuta nel 1995, in occasione della quarta Conferenza mondiale sulla Donna, tenutasi a Pechino, un evento considerato di importanza storica. Come sottolinea Corn, «l'importanza storica di quell'incontro è ancora oggi legata alla sua dimensione operativa: poiché si poteva registrare una concordanza universale autentica sul principio di uguaglianza tra gli uomini e le donne, da quel momento in avanti divenne

34. *Cfr*. A. Del Vecchio, *La tutela*, *op. cit.*, pp. 322 ss.

35. Testo in italiano: https://unipd-centrodirittiumani.it/it/strumenti_internazionali/Convenzione-inter-americana-sulla-prevenzione-punizione-e-sradicamento-della-violenza-contro-le-donne-1994/197.

36. *Cfr*., sul punto, anche E. Corn, *Il femminicidio*, *op. cit.*, p. 87.

37. *Ivi*, p. 89, nonché A. Del Vecchio, *La tutela*, *op. cit.*, pp. 6 ss. (e, *ivi*, per ulteriori riferimenti giurisprudenziali).

38. In questo percorso di riconoscimento giuridico internazionale della violenza di genere, oltre alla Convenzione CEDAW e alla Convenzione interamericana, al di fuori del contesto europeo si segnala la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, adottata a Nairobi il 28 giugno 1981 dalla Conferenza dei Capi di Stato e di governo dell'Organizzazione dell'Unità africana (OAU), di cui fa parte il "Protocollo di Maputo" del 2003, relativo ai diritti delle donne in Africa, che pur esortando al rispetto dei diritti femminili, non contempla espressamente il problema delle violenza di genere. Come nella Convenzione americana, nella Carta africana viene genericamente riconosciuto (art. 2) a ogni persona il diritto al godimento dei diritti e delle libertà in essa previsti senza alcuna distinzione, tra l'altro, in base al sesso. Per quanto concerne in particolare le donne, una speciale protezione è disposta nell'art. 18 (3), che impone allo Stato il dovere di provvedere all'eliminazione di ogni tipo di discriminazione contro la donna e di assicurare la protezione dei diritti della donna e del bambino sanciti nelle convenzioni internazionali. Nel mondo arabo si registra una ritrosia al riconoscimento dei diritti femminili, anche se non sono mancati tentativi, grazie all'operato dei movimenti femministi arabi, di predisporre testi giuridici in materia come la nuova Carta araba dei diritti dell'uomo, approvata dal Consiglio della Lega araba nella sessione di Tunisi, che ha trovato il consenso degli Stati interessati ed è successivamente entrata in vigore il 15 marzo 2008. *Cfr*., per questa ricostruzione, L. Goisis, *Crimini d'odio*, *op. cit.*, pp. 348 ss., part. p. 351.

ineludibile per tutti gli Stati farsi carico di rimuovere gli ostacoli alle pari opportunità»[39]. In particolare, ne è conseguito l'obbligo, per gli Stati, delle cinque "*P*": *to promote*, promuovere una cultura non discriminatoria; *to prevent*, adottare misure che prevengano la violenza maschile sulle donne; *to protect*, proteggere le donne che vogliono fuggire dalla violenza maschile; *to punish*, perseguire i crimini commessi ai danni delle vittime femminili; *to prosecute compensation*, risarcire le vittime di violenza di genere[40]. Non a caso, anche la riforma dei reati sessuali avverrà nel nostro Paese proprio nel 1996, con la nota legge n. 66, a seguito di questo forte impulso internazionale mosso dalla Conferenza di Pechino.

Il quadro normativo internazionale sin qui delineato, pur ricostruito senza pretese di esaustività, se restituisce un'universalità dei diritti umani, riconosciuti unanimemente oggi anche alle donne, non consente tuttavia una ricostruzione univoca del concetto di "violenza di genere", il che segnala la complessità e la poliedricità della nozione. Ciononostante, in questo quadro giuridico si staglia la Convenzione di Istanbul (2011)[41]: si tratta di un testo vincolante che, pur avendo dimensione regionale e paneuropea, si denota per il carattere innovativo rispetto ai precedenti atti pattizi in quanto, recependo gli esiti più proficui del dibattito internazionale sulla violenza di genere, li cristallizza fornendo per la prima volta un inquadramento dogmatico della nozione e una definizione che si apprezza, in un'ottica penalistica, per la precisione, in ossequio al principio di legalità. Tale testo normativo, che si segnala anche sotto il profilo della prevenzione e dell'assistenza alle vittime, merita pertanto una disamina approfondita.

Sin qui il concetto di "violenza di genere" è stato utilizzato in un'accezione storica e sociologica e, nell'ambito della legislazione internazionale, come si diceva, non si rinviene una definizione giuridica condivisa della nozione. Le stesse definizioni utilizzate – nella letteratura anglosassone – per indicare la violenza contro le donne si dimostrano frammentarie e segnalano il progressivo mutamento del rapporto fra i sessi: dalla definizione di "*battered women*" utilizzata negli anni settanta, si è passati negli anni novanta a quella di "*domestic violence*", sino all'uso del termine "*intimate partner violence*", indice del fatto che la violenza sulle donne non è più solo frutto di dinamiche gerarchiche e patriarcali, ma matura sempre più spesso nell'ambito di rapporti di affezione[42], benché occorra ricordare che, come sottolineato di recente, nel contesto italiano, si è preferita l'espressione "violenza di genere" a quella di "violenza domestica"[43].

È tuttavia necessario – perché tale termine possa assumere una valenza sul terreno penalistico – riuscire a inquadrare dogmaticamente la categoria della violenza di genere in modo che non si violi il principio di precisione che del principio di legalità, fondamentale in materia penale, è diretto precipitato normativo. A parere di chi scrive, la legittimazione e l'inquadramento dogmatico del concetto di violenza di genere sono oggi forniti – per la prima volta – dalla Convenzione di Istanbul, sottoscritta l'11 maggio 2011 e ratificata dall'Italia con legge n. 77/2013 (entrata in vigore il 1° agosto 2014).

Subito dopo il «Preambolo» della Convenzione – ove viene dato espresso riconoscimento alla natura strutturale della violenza contro le donne, in quanto basata sul genere e strumento di costrizione delle donne in una posizione subordinata rispetto all'uomo – e subito dopo l'esplicitazione dell'obiettivo precipuo della Convenzione – individuato nella volontà di proteggere le donne da ogni forma di violenza e di prevenire, perseguire ed eliminare la violenza contro le donne e la violenza domestica – si rinviene infatti

39. Così E. Corn, *Il femminicidio*, *op. cit.*, p. 91. Nello stesso senso si esprime A. Merli, *Violenza di genere*, *op. cit.*, p. 435.

40. *Ibid.*

41. Per una scheda di sintesi dei contenuti, anche procedurali, della Convenzione, vds. A. Di Stefano, *La Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, in *Dir. pen. cont.*, 11 ottobre 2012. Per un approfondimento sulla Convenzione, vds. il testo a cura della Delegazione italiana presso il Consiglio d'Europa, *Libere della paura, libere dalla violenza*, Camera dei Deputati, Roma, 2016; Senato della Repubblica (Servizio studi *dossier* europei) e Camera dei deputati (Ufficio rapporti con l'Unione europea), *La Convenzione di Istanbul: combattere la violenza sulle donne a livello nazionale ed UE*, «Dossier n. 96», Bruxelles, 21 novembre 2017, pp. 9 ss. (www.istat.it/it/files//2018/04/Senato_Servizio_studi_dossier_82.2017.pdf); nonché, in ottica internazionalistica, S. De Vido, *Donne, violenza e diritto internazionale. La Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa del 2011*, Mimesis, Milano, 2016. Ci sia concesso altresì il rinvio, in ottica penalistica, a L. Goisis, *La "violenza di genere" alla luce della Convenzione di Istanbul*, *op. cit.*, pp. 161 ss., nonché *Ead.*, *"Gender Violence"*, *op. cit.* Vds., per un commento dello strumento pattizio, anche E. Corn, *Il femminicidio*, *op. cit.*, pp. 93 ss.; G. Battarino, *Note sull'attuazione in ambito penale e processuale penale della Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, in *Dir. pen. cont.*, 2 ottobre 2013, pp. 6 ss. (https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1380640988BATTARINO%202013a2.pdf).

42. Così M.L. Fadda, *Differenza di genere*, *op. cit.*, p. 9.

43. M. Virgilio, *Sistemi penali comparati. Violenza in ambito domestico e famigliare*, in *Revista penal*, n. 10/2002, pp. 212 ss. Vds., più in generale, sui *partner* abusanti, I. Merzagora Betsos, *Uomini violenti. I partner abusanti e il loro trattamento*, Raffaello Cortina, Milano, 2019.

una parte definitoria (art. 3)[44]. È rimarchevole che, in tale sforzo definitorio, sia enucleato il significato di numerosi dei concetti sin qui analizzati.

L'art. 3, infatti, chiarisce che:

«Ai fini della presente Convenzione: a) con l'espressione "violenza nei confronti delle donne" 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; b) l'espressione "violenza domestica" 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 condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima; c) 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; d) l'espressione "violenza contro le donne basata sul genere" designa qualsiasi violenza diretta contro una donna in quanto tale, o che colpisce le donne in modo sproporzionato».

Tale ultima definizione, in particolare, riecheggia la nozione di violenza di genere, di matrice storica e sociologica, ricordata in apertura, mostrando come in sede internazionale l'inquadramento dogmatico della *violenza di genere quale violenza agita contro la donna "in quanto donna"* abbia ottenuto oggi pieno riconoscimento. Così come lo stesso concetto di genere viene declinato secondo la ricostruzione più sopra fornita: 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. Non solo. Si chiarisce apertamente che la violenza di genere è una forma di discriminazione contro le donne e comprende tutti gli atti di violenza fondati sul genere sia di natura fisica che sessuale, psicologica o economica, nell'ambito della vita pubblica oltre che di quella privata. Da ultimo, si definisce la "violenza domestica" quale violenza nella sfera famigliare e affettiva[45].

Da questo punto di vista, la Convenzione costituisce un importante approdo, benché non si ignori che già gli altri trattati internazionali più sopra ricordati avessero anticipato tale esito: si pensi, in particolare, alla già citata Convenzione interamericana per prevenire, sanzionare e sradicare la violenza contro le donne (1994) nonché alla nota Convenzione CEDAW. Come è stato sottolineato di recente, «in questi documenti internazionali si passa da un dibattito ampio e disordinato, in cui finiscono per essere citate e valorizzate le posizioni più estreme, a testi, certo migliorabili, che però stabiliscono punti chiari e certificano impegni assunti dai sottoscrittori», riconoscendo che «la violenza contro le donne è un problema reale e di grande ampiezza»[46]. È proprio sotto il profilo della chiarezza, o più correttamente del principio di precisione[47], che dall'angolo visuale strettamente penalistico si apprezza la Convenzione di Istanbul: essa consente oggi di inquadrare non solo il concetto di "violenza di genere", ma anche e soprattutto le figure di reato che possono legittimamente rientrare nel concetto ampio di violenza di genere. I redattori della Convenzione hanno voluto, sin dall'inizio, che le prescrizioni penali fossero «*precise and foreseeable*» e fossero sottoposte al vaglio di una commissione deputata al monitoraggio della loro attuazione, conosciuta sotto il nome di GREVIO[48]. Da un lato, già nel «Preambolo» si esplicitano le condotte in cui la violenza di genere si sostanzia, «riconoscendo con profonda preoccupazione che le donne e le ragazze sono spesso esposte a gravi forme di violenza, tra cui la violenza domestica, le molestie sessuali, lo stupro,

44. Per il testo della Convenzione, vds. www.coe.int/conventionviolence.

45. La «violenza domestica», descritta dalla Convenzione come comprensiva di tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare, o tra attuali o precedenti coniugi o *partner*, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima, designa la violenza nella sfera intra-famigliare e relazionale più in generale, un fenomeno di difficile accertamento, che comprende in sé anche la "violenza economica", una forma sottile di violenza che si aggiunge a quella fisica e sessuale, nonché psicologica, la quale si sostanzia di una dipendenza economica della donna dal proprio *partner* o coniuge, anche non più tale. La Convenzione introduce altresì il concetto di «violenza assistita», caratterizzata da violenza sui minori forzati ad assistere ad atti di violenza in danno di altre figure famigliari, violenza che verrà prevista anche dal legislatore italiano nella legge n. 119/2013, che vuole essere l'attuazione della Convenzione di Istanbul. *Cfr.*, per tali distinzioni, A. Merli, *Violenza di genere*, *op. cit.*, pp. 441 ss., nonché M. Bertolino, *Violenza e famiglia: attualità di un antico fenomeno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4/2015, pp. 1710 ss.

46. E. Corn, *Il femminicidio*, *op. cit.*, p. 6.

47. *Cfr.*, sul principio di precisione, G. Marinucci - E. Dolcini - G.L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 79 ss.

48. «GREVIO» è acronimo di «*Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence*». *Cfr.*, sul punto, E. Corn, *Il femminicidio*, *op. cit.*, p. 93.

il matrimonio forzato, i delitti commessi in nome del cosiddetto "onore" e le mutilazioni genitali femminili, che costituiscono una grave violazione dei diritti umani delle donne e delle ragazze e il principale ostacolo al raggiungimento della parità tra i sessi».

Dall'altro, la Convenzione contiene un capitolo (V) dedicato al diritto sostanziale, ove esplicitamente vengono indicati obblighi di incriminazione che incombono in capo agli Stati firmatari e che comportano una sorta di "tipizzazione" della violenza di genere sino ad ora lasciata in realtà alle ricostruzioni della dottrina e della giurisprudenza più sensibile ai temi del "genere". Si contemplano essenzialmente nove condotte criminose che devono essere oggetto di criminalizzazione, laddove, come accade in molte legislazioni, già non lo siano: la violenza psicologica (art. 33), gli atti persecutori (*stalking*, art. 34), la violenza fisica (art. 35), la violenza sessuale, compreso lo stupro (art. 36), il matrimonio forzato (art. 37), le mutilazioni genitali femminili (art. 38), l'aborto forzato e la sterilizzazione forzata (art. 39), le molestie sessuali (art. 40). Tutte condotte da punire anche nella forma tentata e nell'ipotesi del favoreggiamento e della complicità (art. 41) e da applicarsi a prescindere dal rapporto tra la vittima e l'autore del reato (art. 43). Ricordando che, sul terreno della tutela della donna dalla violenza di genere, l'Italia sconta un certo ritardo culturale[49], ci preme sottolineare un dato significativo sotto il profilo definitorio: la Convenzione di Istanbul, a dispetto della confusione spesso ingenerata dall'ampio dibattito sviluppatosi nell'opinione pubblica e, di recente, anche nell'ambito della dottrina penalistica, sceglie di non inquadrare la violenza di genere nel concetto di "femminicidio"[50], riconoscendo forse la specificità di una simile terminologia che, foriera di una certa ambivalenza semantica, nasce nel contesto sudamericano e viene utilizzata dapprima dall'antropologa messicana Marcela Lagarde, quale neologismo che individua una serie di condotte misogine e in particolare coniata in occasione di alcuni fatti avvenuti nella città di Ciudad Juarez in Messico, ove nel 1992 si assistette alla sparizione, alla tortura, allo stupro e alla uccisione di oltre 4.500 donne nel disinteresse delle istituzioni[51]. Una teorica, quella del femminicidio, in seguito sviluppata da Diana Russell, sociologa e criminologa femminista statunitense[52], cui viene ascritto il merito di aver nominato il fenomeno e di aver incluso nel concetto non solo le uccisioni di donne in quanto donne, ma tutte le condotte prodromiche del tragico esito finale della morte femminile[53]. Sull'origine di tale termine e sulla sua tematizzazione ad opera della dottrina criminologica ci soffermiamo ora brevemente[54].

3. La criminologia femminista e l'affermazione del "genere" nella letteratura criminologica

Nonostante la stigmatizzazione del fenomeno della violenza di genere abbia subito solo in tempi recenti, anche grazie a un acceso dibattito politico sul tema promosso dai movimenti femminili, un'accelerazione, esiste un dato costante rispetto a tale forma di violenza: l'onnipresenza di norme regolatrici. Ciò vale in particolare sul terreno della violenza sessuale: «se la violenza sessuale è universale, così lo sono le norme contro la violenza sessuale»[55].

Non solo. Un'ulteriore costante in questa materia è rappresentata dalla presenza di «una doppia normativa», «espressione di una doppia morale»[56], una per gli uomini e una per le donne. Basti pensare, quale esempio di doppia normativa, all'adulterio, figura criminosa esistita nel nostro ordinamento sino al 1969 e riservata al solo tradimento della donna e non

49. L. Goisis, *La violenza sessuale*, *op. cit.*, p. 25.

50. Lo sottolinea anche E. Corn, *Il femminicidio*, *op. cit.*, p. 94.

51. B. Spinelli, *Perché si chiama femminicidio*, *Corriere della Sera* (*online*), 1° maggio 2012 (https://27esimaora.corriere.it/articolo/perche-si-chiama-femminicidio-2/).

52. B. Spinelli, *Femminicidio*, *op. cit.*, p. 32.

53. D.E.H. Russell e J. Caputi, *Femicide: Sexist Terrorism against Women*, in J. Radford e D.E.H. Russell (a cura di), *Femicide: The Politics of Woman Killing*, Twayne Gale Group, New York, 1992, p. 15.

54. *Cfr*. più ampiamente sul tema, nonché sui dati statistici in materia di violenza di genere, L. Goisis, *Crimini d'odio*, *op. cit.*, pp. 373 ss.

55. Così S. Pinker, *The Better Angels*, *op. cit.*, p. 394, nonché G. Ponti e I. Merzagora Betsos, *Compendio*, *op. cit.*, p. 286.

56. *Ibid*. Sul ruolo della donna nel diritto penale e nel codice Rocco, vds. efficacemente A. Manna, *La donna*, *op. cit.*, pp. 851 ss., ove si sottolinea la presenza nel diritto penale di fattispecie «sessualmente pregnanti – connotate cioè dal genere femminile del soggetto attivo o passivo, come nelle ipotesi di adulterio, aborto, stupro, seduzione con promessa di matrimonio, infanticidio etc. – in funzione di controllo e disciplina dei costumi sessuali e del rapporto tra i sessi», nonché *Id.*, *La donna nel diritto penale*, in D. Curtotti - C. Novi - G. Rizzelli (a cura di), *Donne, civiltà e sistemi giuridici. Raccolta di testi dal Master internazionale congiunto «Femmes, civilisation et systèmes juridiques»*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 475 ss.; vds. altresì M. Graziosi, Infirmitas sexus. *La donna nell'immaginario penalistico*, in *Dem. dir.*, n. 2/1993, pp. 99 ss.

dell'uomo: con la punizione dell'adulterio si criminalizzava la violazione del diritto di proprietà dell'uomo sulla donna[57]. O ancora, alla norma sul cd. "matrimonio riparatore" (art. 544 cp), che stabiliva l'estinzione dei reati di violenza carnale, atti di libidine violenti, ratto a fine di libidine, seduzione con promessa di matrimonio commesso da persona coniugata e corruzione di minorenni (artt. 519-526 e 530 cp), posti in essere nei confronti di una donna, nel caso in cui lo stupratore acconsentisse a sposarla, salvando l'onore femminile e familiare. Nonché alla stessa norma sull'omicidio «a causa d'onore» (art. 587 cp), la quale, come acutamente osservato, «ipotizzando il corpo della donna come proprietà di un uomo, padre, marito, fratello, considerava meno grave di altre forme di omicidio di diverso movente – e sanzionava con pene molto attenuate – l'uccisione della moglie, figlia o sorella (o del marito nel caso che ad esser tradita fosse stata la donna, nonché dell'altro protagonista della illegittima relazione carnale) che avesse trasgredito a un modello di comportamento tradizionale (la fedeltà coniugale), se il fatto era commesso dall'autore nello stato d'ira (nella prassi sempre presunto) determinato dall'offesa arrecata all'onore proprio o della famiglia (di cui si doveva tener conto anche a fini giuridici, e quindi in ambito penale)»[58].

Considerando ancora l'esempio paradigmatico della violenza sessuale, spesso tale reato ha assunto non tanto il significato di violenza, quanto quello di rapporto sessuale con la donna d'altri e per molto tempo, sino agli anni settanta, la violenza sessuale maritale non è costituita come reato[59]. Tanto che si è a lungo ritenuto che lo stupro coinvolgesse, anziché due, tre soggetti: lo stupratore, la vittima, colui che sulla vittima vantava un diritto di proprietà[60].

Alcuni cenni sui profili criminologici e, in particolare, sulle indagini condotte dai criminologi in materia di delittuosità di genere appaiono imprescindibili, anche al fine di completare il quadro storico, giuridico e sociologico delineato.

La prospettiva di genere, nell'analisi criminologica, parte dalla considerazione della presenza della "doppia normativa", espressione di "una doppia morale" di cui abbiamo detto. È essenzialmente nel contesto americano (specie sudamericano), nell'ambito della criminologia femminista, che si sviluppa, a partire dalla premessa di cui sopra, la prima analisi di genere applicata agli studi criminologici. Nella ricostruzione operata dalla letteratura femminista italiana, si deve a Carol Smart, negli anni settanta, la prima serie di indagini empiriche volte a studiare la vittimizzazione femminile, che, benché non assente nella criminologia tradizionale, assume, nel contesto della criminologia americana, un ruolo centrale[61].

Sempre a una criminologa americana, Jane Caputi, si deve l'evidenziazione del ruolo che il "dominio patriarcale" esercita nella motivazione dei delitti sessuali, nonché la *genesi*, come già sottolineato, *del termine femminicidio* che, secondo Diana Russell – colei che ne fornisce la definizione generalmente accolta –, esclude le uccisioni di un uomo da parte di un uomo (classificate come omicidi) e interessa esclusivamente le uccisioni di una donna da parte di un uomo, e si distingue in diverse categorie a seconda che si tratti di reato legato al contesto famigliare o meno[62]. Saranno poi Elisabeth Frazer e Debora Cameron, negli anni novanta, ad analizzare le uccisioni con movente sessuale in una prospettiva di genere, rendendo evidenti le relazioni di potere connesse a tale categoria di reati[63]. La stessa Russell, infine, ne-

57. *Cfr*., sul punto, M.L. Fadda, *Differenza di genere*, *op. cit*., p. 8. La norma di riferimento era l'art. 559 cp, che prevedeva la punizione del solo adulterio da parte della moglie (quello del marito non causava riprovazione sociale), e l'art. 560 cp, che puniva il concubinato del marito (a differenza di quello della moglie) solo se teneva la sua concubina nella casa coniugale o notoriamente altrove. Si tratta di norme dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale con due sentenze: C. cost., n. 147/1969 e C. cost., n. 126/1968.

58. *Cfr*., sul punto, A. Merli, *Violenza di genere*, *op. cit*., p. 449. La medesima mitigazione di pena valeva per le lesioni personali, mentre la norma sanciva la non punibilità, in nome dello *ius corrigendi*, del delitto di percosse commesso, nelle stesse circostanze, contro le suddette persone. Vds. altresì M. Bertolino, *Violenza e famiglia*, *op. cit*., pp. 1714 ss.

59. Tra gli altri, S. Pinker, *The Better Angels*, *op. cit*., p. 397. *Cfr*., sul punto, L. Goisis, *La violenza sessuale*, *op. cit*., p. 9. Vds. anche M. Bertolino, *Violenza e famiglia*, *op. cit*., p. 1717. Valeva altresì, sul terreno della violenza carnale, il principio dell'onere di resistenza a carico della vittima secondo l'idea della cd. *vis grata puellis*.

60. S. Pinker, *The Better Angels*, *op. cit*., p. 395.

61. Così B. Spinelli, *Femminicidio*, *op. cit*., p. 87. Vds. C. Smart, *Donne, crimine e criminologia*, Armando, Roma, 1981 – ed. or.: *Women, Crime and Criminology: A Feminist Critique*, Routledge & Kegan Paul, Boston, 1978.

62. D.E.H. Russell e J. Caputi, *Femicide*, *op. cit*., p. 15.

63. *Cfr*. B. Spinelli, *Femminicidio*, *op. cit*., p. 87. Vds. D. Cameron ed E. Frazer, *The Lust to Kill: A Feminist Investigation of Sexual Murder*, New York University Press, New York, 1987. *Cfr*. altresì, per una ricostruzione del dibattito sul tema, F. Petruccelli - M. Santilli - L. Iannucci, *Il femminicidio*, in V. Schimmenti e G. Craparo (a cura di), *Violenza sulle donne. Aspetti psicologici, psicopatologici e sociali*, Franco Angeli, Milano, 2014, pp. 34 ss.

gli anni duemila, in opposizione alla concezione di *intimate femicide* di Karen Stout[64], riferita all'uccisione di donne da parte del *partner*, riproporrà la sua concezione più evoluta di "*femicide*", da intendersi come «*the killing of females by males becuase they are female*»[65].

Alla criminologia americana, soprattutto, si devono le prime sistematiche indagini empiriche volte a far luce sulla realtà del femminicidio, inteso sia nella accezione più ristretta, quale uccisione del soggetto femminile in quanto tale, sia nella versione più allargata del termine, a indicare tutte quelle condotte prodromiche all'evento morte capaci di rientrare nel concetto, accolto oggi dalla Convenzione di Istanbul, di violenza di genere: a Marcela Lagarde e alla Commissione speciale sul femminicidio in Messico, che la studiosa presiedette, al fine di far luce sui noti fatti di Ciudad Juarez, si deve tale concezione ampia e la "istituzionalizzazione" delle indagini criminologiche in materia di «*feminicidio*» (secondo la terminologia preferita dall'antropologa)[66]. Da lì, la criminologia americana si è arricchita di una tradizione di studi e di ricerche empiriche, oltre che di disposizioni legislative (si pensi al Guatemala, il cui codice penale contempla oggi il femminicidio come reato autonomo, insieme ad altri numerosi Paesi latinoamericani, tra cui il Brasile, il Cile, la Costa Rica, l'Honduras, il Perù etc.)[67], assai scarne invece nella criminologia e nel diritto penale europeo, come testimoniano anche le poche ricerche rinvenute in Italia e la solo recente emersione del dibattito sul femminicidio come reato[68].

Alla criminologia femminista e al femminismo americano si devono anche le prime analisi di genere in materia di violenza sessuale, la più grave forma di violenza di genere dopo l'omicidio. Come è stato sottolineato, «è stato il movimento femminista ad annotare per primo e a mettere in luce il fatto che i perpetratori di determinati atti violenti, come la violenza domestica e la violenza sessuale, fossero maschi. Tutto ciò era strettamente correlato con l'attivismo femminista in difesa delle donne vittimizzate»[69].

Il nuovo approccio femminista nei confronti della violenza sessuale, il cui manifesto era rappresentato dal libro *Against Our Will* di Susan Brownmiller (1976)[70], evidenziava alcuni aspetti della violenza a sfondo sessuale: la natura maschile della violenza sessuale, l'elevato numero di violenze non denunciate, la ristrettezza della nozione giuridica che non comprendeva la violenza maritale, il doppio trauma per le vittime della violenza, prima da parte dell'autore di reato e poi da parte di un sistema giudiziario patriarcale, la frequenza del cd. "*date rape*", ossia della violenza sessuale fra conoscenti. In ultima analisi, l'approccio femminista additava la natura diffusa della violenza sessuale e la sua accettazione sociale, fino a spingersi, nelle versioni più radicali, ad accusare tutto il genere maschile di una intimidazione ai danni delle donne[71]. Esso legava la violenza sessuale al "sistema sociale patriarcale" e all'egemonia della visione culturale sessista, che consente all'uomo di esercitare autorità sulla donna, riducendola a un mero oggetto[72].

I vantaggi di un tale approccio radicale rispetto a quello tradizionale, che vedeva nell'autore di violenza sessuale un soggetto patologico, risiedevano nello spostamento dell'attenzione sui "maschi normali", sulla violenza sessuale a opera di conoscenti e sulla

64. K. Stout, *Intimate Femicide: A National Demographic Overview*, in *Journal of Interpersonal Violence*, n. 4/1991, pp. 476 ss. Per ulteriori riferimenti al pensiero femminista sul tema, nonché alle diverse sottocategorie di femminicidio, vds. E. Corn, *Il femminicidio*, *op. cit.*, pp. 47 ss., pp. 66 ss.

65. D.E.H. Russell, *The Origin and Importance of the Term Femicide*, dicembre 2011, www.dianarussell.com/origin_of_femicide.html.

66. *Cfr.*, per tutti, B. Spinelli, *Femminicidio*, *op. cit.*, p. 89. Vds. altresì, sui fatti di Ciudad Juarez, L. Melgar, *Feminicidio en México: insuficiencias dela ley, impunidad e impacto social*, in *Dir. pen. cont.* (Trimestrale), n. 5/2017, pp. 163 ss., part. pp. 164 ss. Riassume i fatti anche E. Corn, *Il femminicidio*, *op. cit.*, pp. 53 ss., sottolineando come essi abbiano suscitato l'interesse e polarizzato l'attenzione sul problema della violenza contro le donne nell'ambito dei *media* e dell'opinione pubblica di molti Paesi.

67. B. Spinelli, *Femminicidio*, *op. cit.*, pp. 128 ss.

68. Nella letteratura italiana il dibattito è aperto, essenzialmente, da Spinelli, Corn e Merli, nelle opere sopracitate.

69. D. Gadd e T. Jefferson, *Introduzione alla criminologia psicosociale. Verso una nuova teorizzazione del soggetto criminale*, a cura di A. Verde, Franco Angeli, Milano, 2016, p. 126. Gli studiosi segnalano le prime iniziative femministe negli anni settanta, sia in Gran Bretagna che negli Usa, volte alla creazione di case rifugio per le donne violentate.

70. S. Brownmiller, *Against Our Will*, Penguin, Harmondsworth (UK), 1976 – ed. it.: *Contro la nostra volontà. Uomini, donne e violenza sessuale*, Bompiani, Milano, 1976.

71. S. Brownmiller, *op. ult. cit.*, p. 13, nonché D. Gadd e T. Jefferson, *Introduzione*, *op. cit.*, p. 126.

72. Sono numerosi gli esponenti dei movimenti femministi a sostenere tale tesi. Tra gli altri, si vedano i lavori di C.A. MacKinnon, *Feminism Unmodified*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1987, nonché D. Scully, *Understanding Sexual Violence*, Unwin Hyman, Boston, 1990.

violenza domestica, nonché sulla creazione di un legame fra sessualità maschile e violenza sessuale, tutti dati che spinsero il sistema giudiziario a prendere in carico seriamente i reati di genere a sfondo sessuale. Tuttavia, i limiti di tale approccio sono stati presto messi in rilievo dai movimenti femministi successivi: da un lato, si è sottolineata la mancata differenziazione fra diversi tipi di violenza sessuale; dall'altro, la trasformazione della donna quale vittima passiva, deprivata di ogni capacità d'iniziativa; infine, il rischio di iper-predizione e la mancata valutazione della natura sessuale della condotta[73].

Lo stupro – occorre ricordarlo – è uno dei più gravi crimini in materia sessuale, la cui tutela, in una prospettiva storica e culturale, ha subìto un'evoluzione continua in ragione della diversità degli usi, dei costumi e delle proibizioni in materia. Come si fa spesso acutamente osservare, il comportamento sessuale umano, diversamente da quello di altre specie, è un comportamento relativamente variabile nel tempo e nello spazio perché dipende, oltre che dall'impulso, anche dalla coscienza e dalla volontà del soggetto orientata da parametri culturali e quindi storici, sociali, religiosi e geografici. Il comportamento sessuale è dunque, al tempo stesso, istintivo e sociale. Ecco che in quest'ottica la visione originaria del femminismo trova, nonostante gli aspetti critici evidenziati, una sua perdurante legittimazione (anche in ragione, come diremo, delle evidenze criminologiche sul profilo dell'autore di reati sessuali)[74].

Sempre alla criminologia americana si devono le principali e più recenti indagini in tema di violenza sessuale, indagini che evidenziano una nuova percezione del fenomeno rispetto alle prime valutazioni frutto dell'approccio femminista. Si segnalano, innanzitutto, alcune ricerche in tema di percezione sociale rispetto alla devianza sessuale. Le ricerche hanno evidenziato una sostanziale univocità sul punto della gravità della violenza sessuale. Attraverso il metodo dell'intervista, alcuni studi sugli indici di criminalità e sulla misurazione della gravità dei reati, in particolare lo studio di Thurstone, nel 1920, mostravano che gli intervistati (studenti) consideravano la violenza sessuale come il reato in assoluto più grave, ancor più dell'omicidio, e tra i reati a sfondo sessuale senz'altro il più grave[75]. In questa tradizione di studi, si staglia come significativo lo studio di Sellin e Wolfgang, che ha tentato di valutare il livello di gravità di alcuni comportamenti tra i quali la violenza sessuale, la prostituzione, l'incesto, gli atti di libidine, la corruzione di minore, l'omosessualità, l'adulterio, l'esibizionismo, i rapporti con minorenni, le molestie telefoniche. Tale ricerca è stata replicata negli stessi termini da alcuni criminologi italiani (Delogu e Giannini) agli inizi degli anni ottanta: prendendo in considerazione le valutazioni di un campione molto ampio di soggetti (studenti universitari, studenti di liceo, appartenenti alle forze dell'ordine, magistrati, uomini politici e di Chiesa, detenuti e cittadini qualsiasi), i due studiosi rilevano come la violenza sessuale accompagnata dall'omicidio sia considerata il reato più grave. Inoltre, la violenza sessuale risulta seconda in ordine di gravità dopo l'omicidio[76].

Un dato, dunque, emerge come acquisizione criminologica: la violenza sessuale, espressione massima, secondo la criminologia femminista, della "dominazione patriarcale" dell'uomo sulla donna, oltre che statisticamente più frequente, e quindi esempio primo di violenza di genere, a differenza di quanto accadeva nel passato anche recente, è oggi percepita come un reato assai grave, se non forse come il più grave. Ciò potrebbe spiegare anche l'attenzione che l'opinione pubblica e i *mass-media* dedicano oggi alla violenza di genere, a fronte di un'incidenza allarmante del fenomeno.

In particolare, la criminologia e la psichiatria hanno indagato sulla gravità degli effetti che la violenza sessuale può provocare sulla vittima. Sotto questo aspetto, si è osservato che la violenza sessuale produce sulla vittima una serie di effetti patologici, sia nel lungo che nel breve periodo. Si tratta di conseguenze con natura variabile in relazione all'entità

73. *Cfr*., sul punto, D. Gadd e T. Jefferson, *Introduzione*, *op. cit*., pp. 127 e 145.

74. *Cfr*., per tale concezione della sessualità, M. Valcarenghi, *"Ho paura di me". Il comportamento sessuale violento*, Mondadori, Milano, 2007, pp. 119 ss.; *cfr*. altresì B. Pavišić e D. Bertaccini, *I reati contro la libertà sessuale e la morale sessuale nel diritto penale croato*, in *Critica del diritto*, n. 3-4/2002, pp. 303 ss., part. p. 305, nonché J. Bourke, *Stupro*, *op. cit*., p. 5. Scrive l'A.: «lo stupro è una forma di rappresentazione sociale. È estremamente ritualizzato. Varia da paese a paese, cambia nel tempo».

75. Su tali studi, vds. G. Ponti e I. Merzagora Betsos, *Compendio*, *op. cit*., pp. 286-287.

76. Al contrario, le forme minori di violenza sessuale e i comportamenti ascrivibili – se ascrivibili – a mere devianze sessuali, come i rapporti sessuali fra minori, la lettura di riviste pornografiche, l'omosessualità, la frequentazione di prostitute, l'amore di gruppo, nella percezione sociale non rivestono la qualità di comportamenti "gravi". Secondo ricerche più recenti, poi, alcuni di questi comportamenti, come ad esempio la consultazione di materiale pornografico, suscitano indifferenza; l'omosessualità è considerata una scelta libera nei cui confronti non si esprime alcuna disapprovazione. *Cfr*. G. Ponti e I. Merzagora Betsos, *op. ult. cit*., *ibid*., nonché T. Delogu e M.C. Giannini, *L'indice di criminalità di Sellin e Wolfgang nella teoria generale della misurazione di gravità dei reati*, Giuffrè, Milano, 1982.

della violenza e anche in relazione alla capacità della vittima di elaborare il trauma subìto e di reagirvi[77].

Sotto altro profilo, la criminologia studia l'autore della violenza sessuale, interrogandosi sulla natura "normale" o "patologica" di quest'ultimo. Ci si chiede, cioè, se gli autori di violenze sessuali siano affetti da turbe psichiche di rango patologico. In realtà, la risposta è negativa. La motivazione dello stupro è di regola riconducibile al potere (come già affermato dal femminismo) o alla rabbia e raramente a patologie di natura sessuale. Si afferma che, per lo più, l'autore di violenze sessuali è motivato dal fatto di aver recepito una concezione culturale del sesso come strumento di potere e di dominio sugli individui più deboli[78].

La ricerca criminologica, infine, data l'incompletezza e l'ambiguità delle statistiche ufficiali (spesso l'aggressione sessuale sfugge all'annotazione statistica, quando non accada che le statistiche stesse vengano raccolte in maniera inaccurata), ha cercato anche di misurare l'incidenza della violenza sessuale, tentando di calcolare quanti uomini potrebbero essere disposti ad ammettere un comportamento sessuale imposto. Le ricerche evidenziano un'elevata vittimizzazione femminile. In questo filone di indagini, le due ricerche più note sono quelle di Mary P. Koss e della stessa Russell. La prima studiosa, osservando un campione molto elevato di donne e uomini in 32 istituti superiori americani, rilevava come oltre il 27% delle studentesse con più di 14 anni avesse subito uno stupro (15%) o un tentativo di stupro (12%). L'8% circa degli studenti maschi ammetteva di aver commesso un atto riconducile alla nozione legale di stupro. Analogamente, Russell scelse un campione di circa 900 donne di età superiore ai 18 anni, estratte casualmente tra i residenti nella città di S. Francisco. Il 24% delle donne sosteneva di essere stata violentata e la percentuale saliva a oltre il 40% se si consideravano i tentativi di stupro[79].

La tradizione di studi criminologici, qui brevemente tratteggiata, rivela una realtà criminologica complessa, quella della violenza di genere – espressione a nostro avviso preferibile non solo per la sua recente recezione da parte della Convenzione di Istanbul, ma anche per una certa "confusione" che attualmente domina, come diremo, il dibattito latino-americano (e oggi anche europeo) in tema di femminicidio[80] –, che impone dunque un approfondimento della tematica del femminicidio in ottica penalistica.

---

77. Secondo i più recenti studi psichiatrici, le ripercussioni negative sulla personalità della vittima sono indipendenti dalla reazione immediata: reazioni immediate anche gravi non sempre sono correlate a danni postumi alla vita psichica della vittima, mentre – viceversa – episodi di violenza vissuti con equilibrio possono spesso portare, nel tempo, a effetti patogeni molto gravi. La dimensione del trauma dipende anche da altri fattori, come la reazione della persona cui si rivela per prima la violenza, eventuali problemi psicopatologici materni o paterni: la probabilità che la violenza sessuale si trasformi in un trauma responsabile di psicopatologia in età adulta dipende in maniera proporzionale dalla quantità di fattori negativi nella famiglia e nell'ambiente d'origine. In ogni caso, in età adolescenziale o infantile la violenza genera laceranti sofferenze che si ripercuotono sullo sviluppo psichico. Laddove la violenza avvenga in età adulta, invece, si riscontrano sintomi come il disturbo *post*-traumatico da *stress*, esistenziale o psicologico (come, ad esempio, tendenza a rivivere angosciosamente il trauma, estraniamento, disturbi del sonno, sensi di colpa, difficoltà di memorizzazione e concentrazione). Ciò soprattutto perché la violenza sessuale lede più di ogni altro reato il senso di dignità personale e la libertà di autodeterminazione della vittima, come evidenziato dal senso di colpa e dalla vergogna, sintomi tipici della vittima della violenza. *Cfr*. G. Fiandaca ed E. Musco, *Diritto penale - Parte Speciale. I delitti contro la persona*, Zanichelli, Bologna, 2020, pp. 306 ss., nonché, sul tema, D. Costa - F. Fortunato - G. Venturino, *Violenza sessuale: postumi psico-fisici evidenziati all'esame psicodiagnostico e medico-legale in utente donna*, in *Zacchia*, n. 3/2010, pp. 409 ss.; vds. altresì I. Petruccelli - C. Simonelli - S. Grilli, *La violenza di genere*, in V. Schimmenti e G. Craparo (a cura di), *Violenza sulle donne*, *op. cit.*, pp. 29 ss.

78. In ogni caso, il *Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali* (DSM) riporta come caratteristiche delle parafilie, ossia i disturbi della sfera sessuale: «fantasie, impulsi sessuali, o comportamenti ricorrenti e intensamente eccitati sessualmente, che in generale riguardano: 1) oggetti inanimati; 2) la sofferenza o l'umiliazione di se stessi o del *partner* o 3) bambini o altre persone non consenzienti, e che si manifestano per un periodo di almeno 6 mesi (Criterio A) (...). Il comportamento, i desideri sessuali, o le fantasie causano disagio clinicamente significativo o compromissione dell'area sociale, lavorativa, o di altre aree importanti del funzionamento» – *cfr*. F. Carabellese - C. Candelli - D. La Tegola - R. Catanesi, *Fantasie sessuali, disturbi organici, violenze sessuali*, in *Rassegna italiana di criminologia*, n. 2/2010, p. 347, part. pp. 356-357, nonché G. Ponti e I. Merzagora Betsos, *Compendio*, *op. cit.*, p. 290. Vds., di recente, anche S. Galasso - V. Langher - M.E. Ricci, *Gli autori della violenza: chi sono e perché lo fanno*, in V. Schimmenti e G. Craparo, (a cura di), *Violenza sulle donne*, *op. cit.*, pp. 183 ss.

79. Su tali studi vds., ampiamente, J. Bourke, *Stupro*, *op. cit.*, p. 19. Alcune indagini su studenti universitari maschi americani hanno rivelato che circa il 25% ammetteva uno o più tentativi di avere un rapporto sessuale con la forza, dopo l'ingresso nel *college*. Un'altra ricerca americana ha mostrato che su 359 studenti universitari, il 12% affermava che avrebbe commesso un'aggressione sessuale se non ci fossero state probabilità di essere incriminato e condannato; un'altra ancora, che circa un terzo dei ragazzi di un *college* avrebbe commesso violenza sessuale se fosse stato certo di sfuggire all'arresto: il 26% di loro ammetteva di avere, comunque, compiuto un tentativo di violenza sessuale foriero di dolore evidente (pianto e suppliche) presso la donna (*cfr*. *ibid*.)

80. Sul punto, E. Corn, *Il "femminicidio" come reato*, *op. cit.*, p. 2. Si osservi, tuttavia, che tale termine compare oggi anche nell'ambito della giurisprudenza italiana: *cfr*., sul punto, G. Pavich, *Le novità del decreto legge sulla violenza di genere: cosa cambia per i reati con vittime vulnerabili*, in *Dir. pen. cont.*, 24 settembre 2013, pp. 1 ss., part. p. 2.

4. Femminicidio e diritto penale

L'etimologia del termine "femminicidio" è ben nota. Il termine deriva dalle parole latine *femina* e *caedere* ("uccidere") e allude, almeno letteralmente, all'uccisione della donna indistintamente da parte di un uomo o di una donna[81]. Tuttavia, nell'accezione corrente, il termine si è affermato quale lemma capace di indicare l'uccisione della vittima femminile da parte di un uomo.

In questo significato letterale, spesso la nozione di femminicidio viene meglio resa con il termine "femicidio".

Tuttavia, abbiamo evidenziato come il significato del termine e il suo utilizzo in ambito accademico sia differente: esso viene infatti impiegato in chiave sociologica e criminologica, ad indicare un fenomeno sociale e antropologico che individua qualsiasi forma di violenza subita dal soggetto femminile per il suo essere tale, secondo la concezione originale – già ricordata – elaborata dalle criminologhe Russel e Caputi, e che si manifesta in ogni contesto e nelle forme più diversificate.

D'altro lato, il termine femminicidio non è solo il vasto insieme delle condotte violente perpetrate contro le donne. Piuttosto, esso indica l'uccisione di una donna con un *movente di genere*. A questa nozione vi è chi avvicina quella di "ginocidio", a indicare l'uccisione non della singola donna, bensì dell'intero genere femminile, delle donne come genere, per mano delle istituzioni, una terminologia che alcuni ritengono preferibile a quella di "femminicidio"[82].

Ciò che è certo è che tale ultima nozione indica, innovativamente, la specificità dell'omicidio femminile commesso dall'uomo per un motivo di genere. Come è stato acutamente osservato, «a caratterizzare il femminicidio, però, non è soltanto il sesso, il genere femminile della vittima, e neppure il solo "dato oggettivo" di una relazione sentimentale tra autore e vittima. Sicché non tutti gli omicidi dolosi, in cui la vittima è una donna e l'autore è un uomo, rientrano nel concetto di femminicidio, bensì solo quelli in danno di una donna, che sia o sia stata in stretta relazione sentimentale con l'autore (quindi non solo la moglie e nemmeno solo la convivente), commessi con una "motivazione di genere" da mariti, fidanzati o conviventi (ma vi rientrano anche gli omicidi compiuti da padri verso figlie che rifiutano, ad esempio, un matrimonio combinato, o da figli verso le madri), nonché la condotta omicida di chi uccide una donna per il fatto di essere donna, indipendentemente dall'esistenza di un pregresso rapporto relazionale tra autore del reato e vittima, per motivi di odio, disprezzo, o di mera ostilità alla sua identità di genere (ad esempio, omicidio di prostitute)»[83].

Poste queste doverose premesse terminologiche, che richiameremo in sede conclusiva, occorre interrogarsi sull'opportunità di introdurre nel nostro ordinamento, sull'esempio delle legislazioni latinoamericane[84], una fattispecie *ad hoc* di femminicidio, ossia di uccisione di una donna per mano di un uomo *in un contesto di genere o con un movente di genere*.

Si può osservare che il nostro legislatore non ha imboccato, come del resto nessun altro legislatore europeo, la strada latinoamericana. Non può, tuttavia, affermarsi che la normativa italiana ignori la realtà del femminicidio. Ad una lettura attenta della legislazione penale italiana, si rintracciano fattispecie che si avvicinano, pur non cogliendone la specificità, alla figura dell'omicidio femminile.

Sono presenti, innanzitutto, le fattispecie di omicidio aggravato caratterizzate dalla circostanza oggettiva dell'esistenza di un rapporto di matrimonio o di parentela tra autore e vittima, quali l'uxoricidio, il parricidio, il fratricidio (art. 577, comma 1, n. 1, e comma 2, cp), oggi arricchita dalla circostanza dell'esistenza di un *rapporto affettivo*. Secondo la novella di cui alla legge 11 gennaio 2018, n. 4, intitolata «Modifiche al codice civile, al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in favore degli orfani per crimini domestici», la prima aggravante contempla attualmente la pena dell'ergastolo, laddove l'omicidio sia commesso «contro l'ascendente o il discendente o contro il coniuge, anche legalmente separato, contro l'altra parte dell'unione civile o contro la persona legata al colpevole da relazione affettiva e con esso stabilmente convivente». Per effetto della medesima riforma, la seconda aggravante recita: «la pena è della reclusione da ventiquattro a trenta anni, se il fatto è commesso contro il coniuge divorziato,

81. Sull'etimologia del termine, tra i molti, vds. F. Trapella, *Fattispecie di femminicidio*, *op. cit.*, p. 21, nonché A. Merli, *Violenza di genere*, *op. cit.*, p. 452. *Cfr.* altresì l'analisi di F. Mariucci, *La tutela della donna nelle relazioni di coppia: tra femminicidio e violenza di genere*, in *Riv. pen.*, n. 11/2016, pp. 945 ss.

82. Vds., sul tema, l'intero lavoro di D. Danna, *Ginocidio. La violenza contro le donne nel mondo globale*, Eleuthera, Milano, 2007. Nel pensiero femminista questa è la tesi di A. Dworkin: si veda il suo *Woman Hating*, Penguin Book, New York, 1974, pp. 118 ss. Vds. altresì, sul termine "ginocidio" nel pensiero criminologico, B. Spinelli, *Femminicidio*, *op. cit.*, pp. 46 ss.

83. Così A. Merli, *Violenza di genere*, *op cit.*, p. 453.

84. Si rimanda, su tali legislazioni, a L. Goisis, *Crimini d'odio*, *op. cit.*, pp. 391 ss.

l'altra parte dell'unione civile, ove cessata, il fratello o la sorella, il padre o la madre adottivi, o il figlio adottivo, o contro un affine in linea retta». La novella, in qualche misura, mostra la volontà di additare il fenomeno della violenza di genere nella forma della violenza domestica. L'ampliamento delle aggravanti operato, da ultimo, dalla l. n. 69/2019 di recente approvazione, il cd. "Codice Rosso", si pone in questa stessa direzione.

A una logica analoga, vicina alla fattispecie di femminicidio, benché senza accogliere esplicitamente un'ottica di genere e non distinguendo tra uomo e donna quale vittime del reato, si ispirano altresì le ipotesi di omicidio aggravato introdotte dal d.lgs n. 11/2009, convertito nella l. n. 38/2009, nonché dalla l. n. 172/2012, ossia: se l'omicidio è commesso nell'ambito dei maltrattamenti in famiglia; se l'omicidio è commesso in occasione della perpetrazione di uno dei delitti contro la libertà sessuale (violenza sessuale, atti sessuali con minorenni, violenza sessuale di gruppo); se l'omicidio è realizzato da un soggetto che in precedenza abbia commesso il reato di atti persecutori nei confronti della stessa vittima; se l'omicidio è commesso in occasione della perpetrazione del delitto di prostituzione minorile o di pornografia minorile (per tutte: art. 576, comma 1, n. 5, cp). Tutte ipotesi di reato che chiamano in causa il genere e che costituiscono, come abbiamo già evidenziato, condotte prodromiche all'evento morte della vittima femminile.

Infine, le previsioni aggravanti introdotte dalla l. n. 119/2013, impropriamente chiamata "legge sul femminicidio" – stante il fatto che non prevede né un reato autonomo di tal fatta, né una circostanza aggravante in caso di vittima femminile –, si pongono nel solco di un potenziamento della risposta statuale a condotte di violenza di genere propedeutiche al tragico evento finale della morte femminile, ossia al femminicidio. Non si può, inoltre, dimenticare la presenza dell'aggravante comune dell'aver commesso il fatto con abuso di relazioni domestiche previsto dall'art. 61, n. 11.

Se il quadro normativo qui richiamato evidenzia la presenza di un'ampia gamma di disposizioni capaci di tutelare la vittima femminile della violenza omicida maschile, è indubbio che manca, nel nostro ordinamento, una "norma simbolo" che stigmatizzi il femminicidio e richiami nell'immaginario collettivo un immediato riferimento alle uccisioni con movente di genere, secondo il linguaggio delle legislazioni latinoamericane. Ora, a parte il deciso ripudio della funzione simbolica del diritto penale, è sotto altro profilo che ci parrebbe inopportuno prevedere anche nel nostro ordinamento una fattispecie autonoma di femminicidio. Ci pare infatti che la contrarietà a un tale inserimento riposi sul principio di legalità e, in particolare, sul principio di tassatività o sufficiente determinatezza (o di precisione).

Concordiamo in proposito con chi evidenzia le difficoltà di tipizzazione del fatto punibile. Come acutamente osservato, «è davvero impensabile (...) che un fenomeno caratterizzato da una spiccata indeterminatezza di contorni come quello di femminicidio (o di "violenza femminicida"), che racchiude sul piano criminologico una variegata molteplicità di pratiche violente esercitate da un soggetto di sesso maschile in danno di una donna in quanto donna, e unificate da una matrice culturale comune (il disprezzo verso le donne, l'intenzione di umiliarle e degradarle), possa assumere i caratteri di una specifica figura di reato che comprenda tutte le condotte violente misogine che meriterebbero di rientrare nell'ambito di protezione di tale reato, e che al contempo sia compatibile con il principio di stretta legalità e tassatività della fattispecie penale»[85].

La stessa nozione sociologica di femminicidio, come abbiamo sottolineato, si caratterizza per una spiccata vaghezza e imprecisione: sarebbe dunque impossibile tradurre in termini giuridici una simile nozione. Non a caso, le legislazioni latinoamericane – penso, in particolare, a quella guatemalteca – hanno usato in realtà un criterio ibrido per il quale, pur incriminando la violenza di genere (l'uccisione della donna in quanto donna), hanno poi concretizzato tale forma di violenza attraverso esemplificazioni casistiche della fattispecie.

Per ovviare al problema dell'indeterminatezza, si potrebbe pensare di imperniare la fattispecie penale sulla circostanza oggettiva della relazione affettiva: la conseguenza sarebbe, tuttavia, che verrebbe punito solo l'*intimate partner homicide*, lasciando al di fuori tuttavia tutte le violenze di genere che non maturano nell'ambito dei rapporti di affezione. Come bene si esemplifica in dottrina: «l'omicidio dei clienti o degli sfruttatori in danno delle prostitute; l'omicidio delle vittime di tratta; l'omicidio di donne a causa del loro orientamento sessuale; l'omicidio di chi ha preteso, infruttuosamente, di stabilire una relazione di coppia o di intimità con la vittima; l'omicidio (da parte di persona diversa dal padre o dal fratello) di una donna che rifiuta un matrimonio imposto», ipotesi cui se ne possono affiancare molte altre[86]. Si pensi, *in primis*, all'uccisione di vittime

85. Così A. Merli, *Violenza di genere*, *op. cit.*, p. 459.

86. *Ivi*, p. 457.

femminili, bene esemplificata dal noto caso *Lépine*, in ragione di odio sessista e di genere.

Non riteniamo condivisibile, alla luce del principio dell'uguaglianza sostanziale, l'argomentazione di chi si oppone all'introduzione della fattispecie *ad hoc* sulla base della necessità di tutelare il principio dell'uguaglianza formale del bene "vita" per l'omicidio dell'uomo e della donna, e giunge ad opporsi alla previsione di «*garanzie sessuate*», secondo la felice espressione di Adelmo Manna[87], sulla base dell'idea che una tale differenziazione sia proprio il frutto di una visione maschilista e patriarcale della donna e finisca per perpetuarla[88].

Una simile argomentazione non tiene conto di un dato criminologico, *rectius* vittimologico, che individua – oggettivamente – la maggiore vulnerabilità di alcune vittime rispetto ad altre, vittime deboli tra le quali la stessa direttiva europea n. 29 del 2012 annovera, sulla base delle risultanze empiriche e criminologiche, anche il soggetto femminile.

Non considerare tale dato può condurre a sottovalutare la realtà fenomenologica della violenza di genere e del femminicidio.

Né maggiormente convincente ci pare l'obiezione, mossa dalla medesima dottrina, relativa alla mancanza di un «solido e ragionevole fondamento» politico-criminale all'introduzione di una fattispecie autonoma di femminicidio, in ragione della assenza di dati statistici che comprovano la rilevanza e incidenza del fenomeno[89]: ci sembra infatti che i dati sul fenomeno del femminicidio siano indicativi dell'incidenza costante e, talora, crescente del fenomeno (specie per ciò che concerne il femminicidio scaturito nell'ambito delle relazioni affettive *lato sensu* intese), come emerge chiaramente anche dal *Rapporto* dell'Onu sulla violenza di genere nel nostro Paese[90].

Se dunque il rispetto del principio di legalità sconsiglia, a nostro avviso, l'introduzione di una fattispecie autonoma di reato rubricata «femminicidio», anche alla luce delle deludenti esperienze comparatistiche, risoltesi spesso in mere norme manifesto, resta aperto l'interrogativo in ordine alla possibile previsione di una circostanza aggravante di femminicidio, quale aggravante di reati *gender-neutral*. A fronte di chi saluta con favore, in prospettiva *de lege ferenda*, nell'ambito di un più generale ripensamento del diritto penale in un'ottica di genere, una tale soluzione, affermando che «un'aggravante generale per il femminicidio sul modello argentino non va scartata in assoluto, perché essa avrebbe il grande vantaggio di dare contezza delle molteplici forme che assume la violenza assassina contro le donne: dall'uccisione della prostituta da parte del misogino a quella dell'ex-compagna del quale il reo si dice innamorato»[91], vi è chi vi si oppone nuovamente per ragioni legate alla difficoltà di tipizzazione e di rispetto del principio di tassatività[92].

In proposito, senza la volontà di assumere una posizione netta, ci pare di poter sottolineare come

87. A. Manna, *La donna*, *op. cit.*, p. 887.

88. In questo senso si esprime A. Merli, *Violenza di genere*, *op. cit.*, p. 458 e, soprattutto, p. 462. Scrive, discutibilmente, l'A.: «in realtà, dietro l'atteggiamento di chi propone (al di là di specifici ambiti: ad es., aborto) uno "statuto penale speciale" per le donne, o un "diritto penale della differenza" connotato dal genere femminile del soggetto passivo che miri a riconoscere alle donne maggiore protezione di quella degli uomini in relazione ai reati che si collocano nell'area della violenza maschile verso il genere femminile, c'è una visione di una società sessista e patriarcale cui, consapevolmente o inconsapevolmente, aderisce, e si nascondono antichi pregiudizi, contraddizioni e luoghi comuni: la presunta inferiorità della donna rispetto all'uomo, una sorta di perpetua minorazione delle donne che è alla base della subalternità femminile; la donna, "per natura", a causa della differenza di sesso e del suo carattere originario e insuperabile, e non per la sua posizione culturale e giuridica, soggetto debole, in cui trovano legittimazione comportamenti di controllo e sopraffazione delle donne e del loro corpo».

89. *Ivi*, pp. 456 ss.

90. Si rinvia per i dati statistici a L. Goisis, *Crimini d'odio*, *op. cit.*, pp. 373 ss. Si osservi inoltre come l'Onu, nel *Rapporto* tematico sugli omicidi basati sul genere, abbia evidenziato con forza che a livello mondiale la diffusione degli omicidi basati sul genere, nelle loro diverse manifestazioni, ha assunto «proporzioni allarmanti», sottolineando altresì che «l'uccisione delle donne rappresenta uno dei più gravi e pervasivi sistemi di discriminazione che pregiudicano e vanificano alla radice il riconoscimento dei diritti delle donne. Il femminicidio costituisce, tra gli altri, una violazione del diritto alla vita, alla parità, alla dignità delle donne», nonché chiarendo che è precipuo dovere di tutti gli Stati garantire questi diritti all'interno delle singole giurisdizioni e prevenire e proteggere le donne riguardo alla violazione dei diritti umani, punendo i responsabili e risarcendo le vittime. Soprattutto, la Relatrice speciale dell'Onu, Rashida Manjoo, testimonia, nella sua visita in Italia nel 2012, della diffusione della violenza domestica nel nostro Paese con un tasso del 78%, in un *continuum* di violenza che si riflette in un numero crescente di femminicidi da parte di *partner*, coniugi ed ex-*partner*. *Cfr*. R. Diaz e L. Garofano, *I labirinti del male*. *Femminicidio*, stalking *e violenza sulle donne: che cosa sono, come difendersi*, Infinito, Modena, 2013, pp. 23 ss., part. pp. 25-26; Consiglio per i Diritti umani delle Nazioni Unite, *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences on her mission to Italy (15-26 january)*, 15 giugno 2012 (www.refworld.org/docid/50080b4a2.html; *cfr*. https://unipd-centrodirittiumani.it/it/schede/Il-Rapporto-di-Rashida-Manjoo-relativo-alla-visita-in-Italia-gennaio-2012/367).

91. Così E. Corn, *Il femminicidio*, *op. cit.*, pp. 228 ss.

92. *Cfr*. A. Merli, *Violenza di genere*, *op. cit.*, p. 459.

sia indubbia la più agevole costruzione della previsione aggravatoria rispetto alla fattispecie autonoma, nonché come l'eventuale scelta di introdurre una tale circostanza potrebbe avere il pregio di cogliere la specificità della violenza omicida che nasce sia *in un contesto di genere* sia *con un movente di genere*. Resta, tuttavia, dubbio come potrebbe essere strutturata e delineata una siffatta circostanza aggravante.

5. Il crimine d'odio misogino

Compiuto questo *excursus* su "genere e diritto penale", occorre soffermarsi sull'origine e sull'essenza della violenza di genere. Ci pare di poter dire, dall'analisi condotta, che non possa essere posto in discussione il fatto che la violenza di genere origina nel sessismo e nella misoginia quale forma di prevaricazione maschile sul genere femminile. In un risalente testo di una nota femminista americana, Andrea Dworkin, dal titolo eloquente – *Woman Hating*[93] –, si sottolinea come la violenza nei confronti delle donne si radichi essenzialmente nell'odio e nel disprezzo verso il genere femminile.

Pur nell'estremismo di tale posizione femminista, la tesi che attribuisce alla violenza di genere una componente di odio, disprezzo e ostilità nei confronti della vittima femminile in quanto tale, della donna in quanto appartenente al genere femminile, ci induce a interrogarci sul sostrato dei reati di genere e a domandarci se questi ultimi possano essere considerati crimini d'odio[94].

Come noto, è molto discussa in dottrina la categoria dei "*gender hate crimes*".

Quando si considera il genere quale caratteristica suscettibile di protezione, si scontrano opposte tesi. Da un lato, si argomenta come il genere non rientri nel modello tradizionale dell'*hate crime*, caratterizzato da vittime intercambiabili tra loro e prive di precedenti rapporti di conoscenza con l'autore di reato. Le vittime di reati di genere, infatti, hanno spesso una relazione pregressa con il loro aggressore. Ciò accade eminentemente nel caso di violenza sessuale fra conoscenti e nel caso di violenza domestica: la precedente relazione interpersonale fra l'autore di reato e la persona offesa rende difficile provare che il cd. "*gender animus*", ossia il pregiudizio e l'odio di genere, sia il motivo essenziale che ha ispirato il reato, e non altre motivazioni legate alla relazione fra vittima e aggressore.

I fautori di *gender hate crimes laws* affermano, all'opposto, che il genere appartiene a quelle fratture sociali che storicamente hanno dato origine a una tutela rafforzata e, come tale, il genere meriterebbe di essere considerato una caratteristica protetta e dunque annoverato nella sfera dei crimini d'odio.

Se ciò può essere evidente con riferimento alla violenza sessuale perpetrata da parte di soggetti estranei alla vittima e con riferimento alla violenza commessa contro le donne in quanto tali – esemplare il noto caso *Lépine*, l'uccisione di numerosi soggetti femminili avvenuta all'Università di Montreal, nel 1989, motivata dall'odio nei confronti del genere femminile –, entrambi casi considerati conformi al modello del crimine d'odio, più difficile è l'inquadramento delle altre forme di violenza di genere e, segnatamente, della violenza domestica alla stregua del *bias crime*[95].

Anche in simili casi, tuttavia, si argomenta che le vittime, nella visione dell'autore di violenza, sono intercambiabili fra loro. Secondo questa tesi, l'autore di reato avrebbe aggredito qualsiasi donna con cui avesse instaurato una relazione, e ciò proprio perché si tratta di una donna. Pertanto, tale forma di violenza non sarebbe diretta alla vittima individuale, bensì rappresenterebbe una violenza indirizzata alle donne quale gruppo oggetto storicamente di discriminazione. In altre parole, si tratterebbe di un attacco alla vittima femminile, espressione di una volontà di riaffermare una particolare gerarchia sociale. Da questo punto di vista, la presenza di una precedente relazione fra autore e vittima di reato sarebbe irrilevante.

Nonostante siffatte prese di posizione dottrinali, l'inclusione del genere fra le caratteristiche protette è fortemente osteggiata dall'opinione pubblica[96], nonché dallo stesso movimento femminista che si dice contrario, talora, a un inserimento del genere fra le caratteristiche protette sulla base della considerazione che in tal modo la violenza di genere verrebbe snaturata e occultata[97].

93. A. Dworkin, *Woman Hating*, *op. cit.*, pp. 17 ss.

94. Sul tema dei crimini d'odio e, in particolare, dei crimini d'odio di genere, vds. L. Goisis, *Crimini d'odio*, *op. cit.*, *passim*.

95. *Cfr*. P.B. Gerstenfeld, *Hate Crimes. Causes, Controls, and Controversies*, Sage, Los Angeles/Londra, 2018, pp. 59 ss.

96. Tra gli ulteriori argomenti di contrarietà rispetto alle cosiddette "*gender hate crime laws*", si sostiene che, a causa della frequenza della violenza sessuale e della violenza domestica, la giustizia penale verrebbe sopraffatta da tali crimini d'odio. Studi empirici mostrano tuttavia che, nelle legislazioni (soprattutto statunitensi) ove sono previste tali tipologie di crimini d'odio, ciò non è avvenuto. *Cfr*. L. Goisis, *Crimini d'odio*, *op. cit.*, p. 36.

97. Sul punto, vds. P.B. Gerstenfeld, *Hate Crimes*, *op. cit.*, pp. 60-61. Infine, si sostiene che non sempre l'aggressore delle vittime femminili nutre odio verso le donne; tuttavia, molte *hate crime laws* non sono necessariamente imperniate sull'odio, bensì sulla mera scelta di una vittima in quanto appartenente a un gruppo protetto. È il caso, per esempio, di alcune legislazioni statunitensi.

A fronte di simili contrasti sulla legittimità dei *gender hate crimes*, è stata dunque proposta una soluzione intermedia in dottrina: si è cioè suggerito di considerare tali solo quei reati di genere nei quali la vittima sia "intercambiabile", nei quali cioè l'aggressore mirava a colpire una donna qualsiasi e non una donna in particolare, e i casi in cui la vittima sia stata solo un'estranea scelta a caso, in quanto appartenente al genere femminile[98]. Una soluzione che appare apparentemente equilibrata, ma che, accanto ai reati frutto di un *movente di genere* – ossia di un pregiudizio contro il gruppo individuato dalla caratteristica "genere", storicamente oggetto di discriminazione –, non tiene conto che, come questi ultimi, vi sono anche molti reati che maturano *in un contesto di genere*. Questa distinzione è, a nostro avviso, fondamentale in prospettiva *de iure condendo*.

Tornando alle esemplificazioni già ricordate, rispetto all'ipotesi estrema di violenza di genere, l'omicidio, si può notare che non tutti gli omicidi dolosi in cui la vittima è una donna e l'autore è un uomo rientrano nel concetto di femminicidio, bensì solo quelli in danno di una donna che sia o sia stata in stretta relazione sentimentale con l'autore, commessi in un contesto di genere da mariti, fidanzati o conviventi, nonché la condotta omicida di chi uccide una donna per il fatto di essere donna, indipendentemente dall'esistenza di un pregresso rapporto relazionale tra autore del reato e vittima, per motivi di odio, disprezzo, o di mera ostilità alla sua identità di genere (si pensi all'uccisione della prostituta o a omicidi come quelli esemplificati dal caso *Lépine*).

Lo stesso dicasi per la violenza sessuale, ma anche per la violenza fisica, psicologica, nonché per le mutilazioni genitali femminili, per il matrimonio forzato, l'aborto forzato, ossia per le ipotesi di violenza di genere individuate dalla Convenzione di Istanbul, che possono essere il frutto di un movente di genere o maturare in un contesto di genere.

Ci pare indubbio che i reati commessi per un *movente di genere*, sopra ricordati, debbano essere inquadrati all'interno dei crimini d'odio, quali forme di *gender hate crimes*. In merito, è indubbio che, alla luce del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della nostra Costituzione, il genere sia degno di tutela da parte della legislazione italiana contro i crimini d'odio.

In questa direzione ci sospinge anche l'esperienza comparata[99]. Considerando, nel contesto anglosassone, il solo ordinamento statunitense, ricordiamo che secondo l'*ADL Model* americano già a partire dagli anni novanta il *gender* è considerato tra le caratteristiche protette dalle *hate crime laws*. A far data dal 2016, 31 Stati della confederazione prevedono *gender hate crimes*. Tale caratteristica è oggi contemplata anche a livello federale nel cd. "*Matthew Shepard Act*". Si segnalano in particolare, nel panorama comparatistico, la legislazione francese, la legislazione spagnola e quella croata, tutte legislazioni che prevedono, all'interno del codice penale, la circostanza aggravante comune intitolata, tra l'altro, all'«odio di genere» (rispettivamente: artt. 132-77 *code pénal*; art. 22, comma 4, *código penal*; art. 89, par. 20, codice penale croato).

Ecco dunque che anche il legislatore italiano dovrebbe porsi, a nostro avviso, in tale direzione, considerando *in primis* la possibilità di inserire nell'alveo della cd. aggravante – "quasi comune" – dell'odio razziale (etnico, nazionale, religioso), contemplata oggi, a seguito della riserva di codice, nell'art. 604-*ter* cp, e disciplinata fra i delitti contro l'uguaglianza, un esplicito riferimento al genere. L'aggravante potrebbe infatti suonare in questi termini: «*per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso,* nonché di genere*, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità la pena è aumentata fino alla metà*».

Un'aggravante così strutturata – l'indicazione sarebbe quella di renderla un'aggravante comune e non più "quasi comune" – consentirebbe di punire in maniera aggravata alcune manifestazioni di violenza di genere, anche le più estreme, che altro non sono se non violazioni del principio di uguaglianza, laddove sia provato il *movente di genere*, laddove cioè, secondo l'insegnamento della Corte di cassazione, 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.

Nello stesso senso, ci parrebbe fondata, in seconda battuta, anche la scelta politico-criminale di contemplare il genere nell'ambito delle fattispecie rappresentative di crimini d'odio previste all'art. 604-*bis* cp (a eccezione, in ragione del rischio di obiezioni

98. Su tale tesi, sostenuta in dottrina da Levin e McDevitt, *cfr*. P.B. Gerstenfeld, *op. ult. cit*., p. 62.

99. Per un'ampia indagine comparatistica, sia consentito il rinvio a L. Goisis, *Crimini d'odio*, *op. cit*., pp. 45 ss.

fondate sulla violazione del diritto alla libertà d'espressione, della condotta di mera propaganda, nonché dell'ipotesi del negazionismo)[100]: su questa strada conduce indiscutibilmente la lezione comparatistica.

Una simile soluzione si iscriverebbe a pieno nel quadro delle recenti novelle che costituiscono, come è stato osservato, «il risultato di una progressiva presa di coscienza, da parte del legislatore, della violenza alle donne come fenomeno collettivo, eccedente la mera sfera individuale della vittima ed idoneo, come tale, a costituire una valida minaccia ad un corretto sviluppo della società democratica»[101].

Come si enuncia nell'ambito della dottrina fautrice dei *gender hate crimes*, «lasciando il genere al di fuori della equazione dei crimini d'odio, i legislatori stanno ricreando il mito che la violenza di genere è una forma di violenza individuale e privatizzata, diversa dai danni pubblici e politici sofferti dalle minoranze etniche o religiose»[102]. Non si può, in altre parole, negare che al fondo della violenza di genere si annida la misoginia, come mostra la piramide dell'odio, ove l'odio di genere si colloca oggi all'apice[103].

Il vantaggio della soluzione da noi prospettata sarebbe altresì quello di non scardinare l'attuale impianto *gender-neutral* delle fattispecie del diritto penale classico, e tuttavia di introdurre, come prescrive la Convenzione di Istanbul, l'ottica di genere nel tessuto penalistico.

Certo, non si può nascondere che una siffatta opzione lascia fuori molti altri casi di violenza di genere e, segnatamente, tutti quei casi in cui la violenza matura in un contesto di genere senza che si riscontri odio e discriminazione di genere. Tuttavia, ci appare interessante, per quanto ardita, la recente prospettiva affacciatasi nell'ordinamento spagnolo, volta all'applicazione generalizzata dell'aggravante dell'odio sessista a tutti i reati di genere – a prescindere da rischi di *ne bis in idem* –, applicazione sollecitata soprattutto in caso di omicidio, violenza sessuale e mutilazioni genitali femminili[104].

Indubbiamente, come suggerisce l'Onu nel *Rapporto* sulla violenza di genere nel nostro Paese, per il legislatore italiano è giunto il momento di accogliere un approccio olistico e organico al fenomeno, non più frammentario ed estemporaneo. Tra le raccomandazioni che l'Onu, nella persona di Rashida Manjoo, Relatrice speciale sulla violenza di genere, rivolge al nostro Paese, spicca significativamente, e in primo luogo, il varo di «una legge specifica sulla violenza alle donne che consenta di superare le frammentazioni e i ritardi oggi esistenti in ambito giuridico»[105].

«Normare comporta spesso assolutizzazioni che mal si attagliano a una materia tanto delicata quanto quella della soggettività e della comunicazione fra i sessi»[106].

Ciononostante, il legislatore è chiamato a compiere uno sforzo normativo, non potendo rinunciare al presidio del diritto e del diritto penale, laddove sono coinvolti diritti fondamentali delle vittime femminili: l'intervento legislativo dovrà essere organico, coerente e sistematico, dovrà nominare il genere – concetto oggi affermatosi quale strumento interpretativo irrinunciabile sul terreno penalistico alla luce della Convenzione di Istanbul – e non potrà non ispirarsi al principio dell'uguaglianza sostanziale, in nome del «trattamento differenziato dei distinti» cui la nostra Corte costituzionale si richiama ripetutamente[107]. Un simile intervento di sistema potrà forse aiutare a scardinare la misoginia e i crimini d'odio di genere, che della prima sono il precipitato storico più evidente, solo unitamente – occorre ribadirlo – alla prioritaria e imprescindibile prevenzione primaria.

---

100. Si ricordi che non mancano legislazioni, quali la francese e la spagnola, che considerano anche il genere nell'ambito della fattispecie di negazionismo. *Cfr*. L. Goisis, *op. ult. cit*., rispettivamente pp. 107 ss. e pp. 120 ss.

101. F. Mariucci, *La tutela della donna nelle relazioni di coppia*, *op. cit*., p. 946.

102. Così B. Perry, *Hate and Bias Crime: A Reader*, Routledge, New York/Londra, 2003, p. 210.

103. *Cfr*. le recenti rilevazioni dell'Osservatorio italiano sui diritti (www.voxdiritti.it/mappa-dellintolleranza-7-misoginia/).

104. L. Goisis, *Crimini d'odio*, *op. cit*., pp. 391 ss., part. p. 407. *Cfr*. altresì la recente riforma spagnola in materia di violenza di genere, di cui alla «Ley Orgánica 10/2022». Sul tema, sia consentito il rinvio a L. Goisis, *La violenza di genere in ottica comparata. La recente novella spagnola. Verso l'affermazione di un modello consensualistico*, in corso di pubblicazione sulla rivista *GenIus*.

105. Vds. Consiglio per i Diritti umani delle Nazioni Unite, *Report of the Special Rapporteur on violence against women*, *op. cit*.; R. Diaz e L. Garofano, *I labirinti*, *op. cit*., pp. 26 ss.

106. M. Virgilio, *Corpo di donna e legge penale. Ancora sulla legge sulla violenza sessuale?!*, in *Democrazia e diritto*, n. 1/1996, pp. 157 ss., part. p. 162.

107. *Cfr*. L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Bari, 2018, pp. 26 ss.

L'insostenibile "inadeguatezza" del contrasto giudiziario alla violenza di genere

di *Maria Monteleone*

Perché in molti casi non si riesce a proteggere le donne che denunciano di essere vittime di situazioni di abuso e di violenza? Il contributo cerca di rispondere a questa domanda, anche alla luce dell'importante esperienza della Commissione di inchiesta sul femminicidio, conclusasi nel settembre 2022, e di cogliere – con un realismo più che mai consapevole di tutte le implicazioni non solo tecnico-giuridiche, ma anche sociali e politiche del contrasto giudiziario alla violenza di genere – le ragioni sistemiche e culturali per le quali, in tanti casi di femminicidio preceduti dalla denuncia della vittima, si evidenziano ancora omissioni, ritardi e mancanza di specializzazione, tanto nell'azione dei magistrati quanto in quella delle forze di polizia.

1. Introduzione / 2. La realtà giudiziaria italiana / 3. Le indicazioni della Commissione d'inchiesta sul femminicidio / 4. Le indicazioni del Consiglio superiore della magistratura / 5. Il monitoraggio sull'Italia della Corte europea dei diritti umani

1. Introduzione

È ormai nota ai più la complessità che caratterizza i fenomeni criminali implicati nella violenza di genere e nella violenza domestica, e non meno avvertita è la necessità che le istituzioni pongano in essere strumenti di contrasto idonei e tempestivi, predisponendo strategie che favoriscano un approccio multidisciplinare, adeguato alle dimensioni, alle articolazioni e alle drammatiche ripercussioni delle vicende che si devono affrontare.

Questi rilievi iniziali preludono subito a un'amara constatazione: si deve, infatti, registrare che, a differenza di altri settori di rilevanza penale, la minaccia di pene – pur severe – è talvolta, nei casi che ci occupano, priva di efficacia special-preventiva, considerando che circa un terzo degli autori di femminicidio si determina al suicidio subito dopo la consumazione del delitto[1].

La repressione conserva, tuttavia, un rilievo indiscusso, purché sollecita e adeguatamente protettiva nei riguardi delle vittime; tali obiettivi, all'un tempo sanzionatori e di tutela, si possono realizzare solo a condizione che siano presenti, in modo capillare sul territorio, strutture investigative e giudiziarie ben organizzate, principalmente dotate di professionisti formati e specializzati.

2. La realtà giudiziaria italiana

L'osservazione schietta della realtà giudiziaria nel nostro Paese ci consegna un'immagine non del tutto

1. Il dato è contenuto nella *Relazione* redatta dalla «Commissione parlamentare di inchiesta del Senato sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere», *La risposta giudiziaria ai femminicidi in Italia. Analisi delle indagini e delle sentenze. Il biennio 2017-2018*, approvata il 18 novembre 2021, p. 23 (www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/366054.pdf).

nitida e confortante. E invero, si rilevano in materia diffuse, persistenti difficoltà a conformarsi a questi principi, a dotarsi di *standard* qualitativi idonei e generalizzati, al punto che, al ricorrere di un caso di femminicidio preceduto da una denuncia, a prescindere da ogni accertamento dei fatti si prospettano – specie ad opera dei *media* –, nell'azione dei magistrati e delle forze di polizia, omissioni, ritardi, se non trascuratezza e mancanza di specializzazione[2].

Pur senza soverchie illusioni sul carattere risolutivo delle azioni prettamente repressive, e nella consapevolezza che la violenza di genere e quella domestica non potranno certamente essere "sconfitte" soltanto nelle aule di giustizia, è indubbio che la giustizia rivesta un ruolo centrale, in termini di responsabilità e di dovere di intervento, ed è dunque indispensabile che i magistrati siano posti nelle condizioni di operare al meglio. Prendiamo atto, al riguardo, delle ripetute condanne promananti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo[3], nonché della recente opinione della CEDAW[4] – la prima adottata su richiesta di una cittadina italiana – nella quale si afferma che «le donne incontrano molte difficoltà nell'accesso alla giustizia a causa della discriminazione diretta e indiretta (...) la disuguaglianza si manifesta (...) anche nella mancanza di capacità e consapevolezza delle istituzioni giudiziarie (...) di affrontare adeguatamente le violazioni dei diritti umani delle donne».

Le considerazioni che precedono investono direttamente il tema della specializzazione dei magistrati – inquirenti e giudici – i quali, non potendo ignorare le specificità di questa materia, devono contemperare sapientemente dette "tipicità" con le regole del processo, assicurando al massimo grado possibile la protezione delle vittime e dando, dunque, contenuto concreto ed effettivo al monito dei giudici della Corte Edu, espresso con le seguenti parole: «nelle cause in materia di violenza domestica, i diritti dell'aggressore non possono prevalere sui diritti alla vita e all'integrità fisica e psichica delle vittime (...) il passare del tempo intacca inevitabilmente la quantità e la qualità delle prove disponibili e, inoltre, l'apparenza di una mancanza di diligenza porta a dubitare della buona fede con cui vengono condotte le indagini e fa perdurare lo stato di prostrazione cui sono sottoposti i denuncianti»[5].

Come accennato, per rendere generalizzata l'applicazione dei principi in menzione, occorrono misure straordinarie in molti settori, che contribuiscano a imprimere un'inversione di tendenza alla radicata cultura della diseguaglianza tra i generi, nonché interventi e strategie complessive, riguardanti e comprendenti tutti gli attori della "rete" di contrasto, poiché ciascuno deve poter fare la sua parte, pur rimanendo fondamentale e prioritaria quella che spetta alla magistratura.

3. Le indicazioni della Commissione d'inchiesta sul femminicidio

In argomento, importanti elementi di valutazione e spunti di riflessione possono trarsi dalle relazioni conclusive sulle indagini svolte da due importanti istituzioni: il Senato della Repubblica, attraverso la Commissione di inchiesta sul femminicidio[6], nonché su ogni forma di violenza di genere, e il Consiglio superiore della magistratura[7], rappresentative e sintomatiche della qualità dell'azione giudiziaria, soprattutto con riguardo alla specializzazione dei magistrati e all'organizzazione degli uffici giudiziari.

Nell'indagine svolta dalla Commissione di inchiesta sul femminicidio, riassunta e trasfusa nel «Rapporto sulla violenza di genere e domestica nella realtà giudiziaria»[8], l'attenzione si è focalizzata sulla verifica della consapevolezza della complessità della materia

2. In argomento, *cfr*. la *Relazione* cit. nella nota 1, in particolare il capitolo II, che riporta un'analisi statistica dei femminicidi avvenuti nel biennio 2017-2018, e i capitoli III e IV, in ordine alla risposta – rispettivamente – della polizia giudiziaria (p. 46) e dell'autorità giudiziaria (p. 64).

3. Al riguardo, si vedano le seguenti decisioni: *Talpis c. Italia*, n. 41237/14, 2 marzo 2017; *J.L. c. Italia*, n. 5671/16, 27 maggio 2021; *Landi c. Italia*, n. 10929/19, 7 aprile 2022; *De Giorgi c. Italia*, n. 23735/19, 16 giugno 2022.

4. Opinione adottata il 20 giugno 2022 dal «Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne» dell'ONU (CEDAW), comunicazione n. 148/2019, nella quale è parte l'Italia su richiesta di una cittadina italiana, vittima di violenza sessuale ad opera di un appartenente alle forze dell'ordine, assolto in secondo grado con sentenza confermata dalla Corte di cassazione.

5. Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Talpis c. Italia* (vds. *supra*, nota 3).

6. Per una visione completa dell'attività svolta dalla Commissione di inchiesta si rinvia alla *Relazione finale sull'attività della commissione*, approvata nella seduta del 6 settembre 2022 (relatrice: Sen. Valente – www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=18&id=1360285&part=doc_dc).

7. Entrambe le indagini sono temporalmente riferite alla situazione esistente in periodi precedenti al 31 dicembre 2020.

8. Il *Rapporto sulla violenza di genere e domestica nella realtà giudiziaria* è stato approvato, all'unanimità, dalla Commissione di inchiesta del Senato sul femminicidio nella seduta del 17 giugno 2021 (www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/1300287.pdf).

e della specificità dei reati tipici, nonché su quanto questa presa di coscienza si sia tradotta in modelli organizzativi idonei a garantire competenza e tempestività nella trattazione dei procedimenti, ed anche in merito alla formazione e alla specializzazione dei principali protagonisti dell'attività di contrasto: i magistrati, gli avvocati e i consulenti tecnici (nello specifico: gli psicologi)[9].

In ordine all'attività investigativa e all'organizzazione delle procure, l'esito dell'inchiesta ha rappresentato una situazione molto variegata tra i diversi uffici, evidenziando che non vi è sufficiente consapevolezza della peculiarità dei fenomeni in trattazione, mancando spesso la capacità di rendere "strutturali" le buone prassi sperimentate in alcuni uffici[10].

Siffatte conclusioni trovano ragione in diverse evidenze: sul piano dell'analisi dei dati, si consideri che nel 62% delle procure la materia è equiparata alle altre nella distribuzione dei carichi di lavoro tra i magistrati, determinando inevitabilmente scarsa adeguatezza ed efficienza della risposta giudiziaria, ossia la non tempestività degli interventi, un aggravio e uno sbilanciamento nel carico di lavoro a svantaggio dei sostituti procuratori specializzati, con il rischio concreto di una loro disaffezione nei confronti della materia e di un disincentivo a trattarla.

Nello stesso tempo, è emerso come un ampio numero di uffici necessiti di investimenti e di risorse – sia umane che in termini di mezzi – imprescindibili per consentire il raggiungimento dei migliori *standard* operativi; nondimeno, come detto, occorre che le più avanzate modalità operative, sperimentate dagli uffici di procura più "virtuosi", non restino un loro patrimonio esclusivo, ma diventino strutturali e condivise.

È parsa, altresì, evidente – tanto da farne oggetto di segnalazione al Csm – la non compatibilità delle pratiche correntemente implementate con le disposizioni della Convenzione di Istanbul, che richiedono la specializzazione di tutti gli operatori – segnatamente, dei pubblici ministeri e dei giudici – e delle vigenti disposizioni[11], a tenore delle quali è fatto divieto ai magistrati di svolgere le medesime funzioni specializzate per più di dieci anni.

Reputandoli qualificanti del grado di specializzazione dell'attività giudiziaria, sono stati "attenzionati" alcuni parametri, quali: la cooperazione inter-istituzionale[12], con specifico riguardo alle competenze interne alla giustizia civile, penale e minorile, al fine di verificare se e quanto la violenza nelle relazioni familiari emerga nelle cause civili, quanto sia conosciuta, quanta importanza assuma nell'attività istruttoria e quale rilievo abbia nelle decisioni dei giudici[13].

L'indagine ha evidenziato una sostanziale invisibilità e una sottovalutazione della violenza di genere e domestica nelle cause civili; si valuti che, nel 95% dei tribunali civili, non vengono quantificati i casi di violenza domestica emersi nelle cause di separazione

9. L'indagine è stata svolta sulla base di specifici questionari, elaborati e appositamente redatti dalle consulenti della Commissione, e ha riguardato le procure e i tribunali ordinari, i tribunali di sorveglianza, il Consiglio superiore della magistratura, la Scuola superiore della magistratura, il Consiglio nazionale forense e gli Ordini degli psicologi.

10. La rilevazione della Commissione di inchiesta ha registrato un tasso di risposta molto alto, pari al 98,6% (138 procure su 140) e ha riguardato il triennio 2016-2018, quindi poco prima dell'entrata in vigore della l. n. 69/2019 (cd. "Codice rosso"). Tuttavia, un'analoga indagine svolta successivamente dal Csm non ha fatto emergere decisive variazioni in senso positivo.

11. *Cfr*. il citato *Rapporto sulla violenza di genere e domestica nella realtà giudiziaria* (vds. *supra*, nota 8). La Commissione di inchiesta afferma (pag. 12) che «è decisivo interrogarsi sulla compatibilità con le disposizioni della Convenzione di Istanbul, che richiedono la specializzazione di tutti gli operatori – quindi anche dei magistrati – delle vigenti disposizioni, secondo le quali (fatta eccezione solo per gli uffici di più ridotte dimensioni) è fatto divieto ai magistrati, anche a chi ricopre le funzioni di pubblico ministero, di rimanere in servizio nel medesimo gruppo di lavoro – quindi anche quello specializzato nella violenza di genere e domestica – per più di dieci anni» (*ivi*, p. 12) – vds. art. 19, comma 2-*bis*, d.lgs 5 aprile 2006, n. 160 (ordinamento giudiziario) e reg. Csm del 13 marzo 2008.

12. La Convenzione incoraggia i legislatori a inserire tale materia nella formazione, al dichiarato fine di consentire una gestione globale e adeguata degli orientamenti da seguire nei casi di violenza, ed è anche posto a carico degli Stati (art. 18) l'obbligo di garantire «adeguati meccanismi di cooperazione efficace tra tutti gli organismi statali competenti, comprese le autorità giudiziarie, i pubblici ministeri, le autorità incaricate dell'applicazione della legge».

13. Si segnala anche l'indagine svolta dalla Commissione di inchiesta di cui alla *Relazione* su *La vittimizzazione secondaria delle donne che subiscono violenza e dei loro figli nei procedimenti che disciplinano l'affidamento e la responsabilità genitoriale*, approvata dalla Commissione nella seduta del 20 aprile 2022 (www.senato.it/leg/18/BGT/Testi/Allegati/00000366.pdf), redatta sulla base di un'inchiesta finalizzata a individuare la portata del fenomeno cd. di "vittimizzazione secondaria" in danno di donne e minori vittime di violenza, ritenendo che non si può reprimere la violenza domestica nei procedimenti penali e ignorarne gli effetti nei procedimenti che riguardano l'affidamento dei figli o la responsabilità genitoriale.
L'indagine ha avuto come oggetto lo studio di 1.411 procedimenti giudiziari, iscritti a ruolo nell'anno 2017, relativi sia a giudizi civili di separazione giudiziale con domande di affidamento di figli minori, sia a giudizi minorili sulla responsabilità genitoriale. Sono stati esaminati gli atti processuali dei procedimenti civili di un campione dei tribunali ordinari e dei tribunali minorili. La ricerca ha avuto il fine di verificare attraverso un'analisi di carattere statistico – pertanto, con criteri oggettivi – sia l'incidenza dei procedimenti con presenza di indicatori di violenza rispetto al numero complessivo dei procedimenti iscritti, sia gli accertamenti in concreto compiuti dai giudici e i provvedimenti adottati in presenza di allegazioni di violenza.

giudiziale, di scioglimento e cessazione degli effetti civili del matrimonio. La lettura del dato si accompagna alla costatazione di una sostanziale sottovalutazione della materia, resa palese anche dalle criticità rilevate nello svolgimento delle ctu, che riguardano l'oggetto dell'incarico, le modalità di scelta dei professionisti, soprattutto per ciò che attiene al profilo di una professionalità "mirata", in relazione alla mancata verifica di una formazione forense e di una specializzazione nella violenza domestica.

Ulteriori criticità si sono riscontrate anche con riferimento al profilo dei rapporti tra procedimenti penale, civile e minorile, e all'attuazione del disposto di cui all'art. 64-*bis* disp. att. cpp sulla trasmissione obbligatoria di provvedimenti al giudice civile, poiché, sebbene siano state attivate per tale via forme di collegamento, l'ostacolo principale alla sua effettiva realizzazione è costituito dalla mancata attuazione di collegamenti informatici e telematici. Limitato anche il ruolo svolto nel settore dal pubblico ministero, atteso che, nei casi di violenza, non riceve quasi mai informativa ad opera del giudice civile e, peraltro, quando è informato, si attiva raramente, intervenendo nella causa civile in modo non sistematico.

Analoghe considerazioni possono essere rassegnate in merito alla fase esecutiva della pena, nella quale si è riscontrata una scarsa attenzione all'esigenza di protezione delle vittime, attestata dal rilievo che in un quarto dei tribunali di sorveglianza, ai fini della concessione dei benefici ai condannati per i delitti di violenza di genere e domestica, non vengono mai acquisite notizie e informazioni dalle persone offese, indice chiaro, questo, di una insufficiente specializzazione e di una inopportuna sottovalutazione della specifica pericolosità sociale che caratterizza gli autori di tali reati, esposti a un elevato rischio di recidiva specifica.

Quanto al tema della formazione[14], l'offerta formativa è apparsa, nel suo complesso, piuttosto carente: le magistrate si sono dimostrate più interessate e più sensibili alla materia e più impegnate nella formazione, come risulta dalla loro maggiore partecipazione ai corsi di aggiornamento professionale[15].

Peraltro, il numero limitato di partecipanti tra i magistrati che esercitano funzioni giudicanti è apparso sintomatico di una insufficiente attenzione e specializzazione relativamente a tutti i gradi del processo, di modo che la Commissione auspica che la formazione costituisca un presupposto inderogabile per il magistrato delegato a trattare questa materia.

In un contesto così delineato, assumono particolare rilievo i ripetuti interventi ad opera del Csm[16], che non ha mancato di confermare «la valenza irrinunciabile della specializzazione degli uffici» – requirenti e giudicanti – che trattano i procedimenti relativi ai reati di violenza di genere.

Chiare le indicazioni sul punto: ritenendo la specializzazione dei magistrati «un obiettivo con valenza conformativa dell'assetto organizzativo delle Procure», il Csm ha precisato che devono essere costituiti dipartimenti o gruppi specializzati presso le procure (in quelle che hanno in organico almeno un procuratore aggiunto) e che, in via subordinata, l'assegnazione dei procedimenti deve concentrarsi in un numero limitato di magistrati, se del caso adottando correttivi attraverso esoneri e/o riduzione delle assegnazioni di altri affari, laddove si rendesse necessario un riequilibrio dei ruoli per il maggiore aggravio derivante dalle attribuzioni specialistiche. Soltanto ove nessuna delle indicate proposte fosse praticabile, si richiede un'adeguata formazione dei magistrati, con la partecipazione ai corsi organizzati dalla Scuola superiore della magistratura, con iniziative interne all'ufficio, con riunioni periodiche e con l'adozione di specifici protocolli investigativi interni, se del caso previsti nel progetto organizzativo dell'ufficio.

---

14. Si precisa che l'indagine della Commissione ha riguardato anche gli avvocati e gli psicologi, e che gli esiti non sono stati dissimili per quanto attiene al tema della specializzazione. Infatti, quanto ai primi, si sono registrate una sostanziale carenza di offerta formativa in materia, alla quale, peraltro, sono risultate più attente le avvocate (l'80% dei partecipanti), in maggioranza civiliste, ma anche iniziative di singoli ordini, meritevoli di sostegno e valorizzazione, che possono imprimere una svolta culturale, a cominciare dai percorsi di studio e universitari. Non dissimili le criticità per gli psicologi, con riguardo sia alla formazione che alla costituzione di gruppi di lavoro, mirati sull'attività di consulenza giuridico-forense nell'ambito della violenza di genere e domestica; si è registrata, infatti, una generalizzata sottovalutazione circa la necessità che gli psicologi che svolgono attività di consulenza e peritale nel processo, sia civile che penale, possiedano anche una formazione di tipo specialistico forense e competenze adeguate, qualora operino nella materia della violenza di genere e domestica.

15. I dati acquisiti dall'indagine della Commissione indicano che, nel triennio analizzato, le donne hanno costituito il 67% dei partecipanti, a fronte di una proporzione di donne in magistratura pari al 52%.

16. Il Csm è intervenuto ripetutamente nella materia, in particolare con le delibere dell'8 luglio 2009, del 30 luglio 2010, del 12 marzo 2014 e del 20 luglio 2017, nelle quali, in particolare, ha sollecitato la specializzazione dei magistrati operanti nel settore, ha sostenuto l'opportunità di garantire una risposta immediata ed efficace da parte dell'autorità giudiziaria, nonché la necessità di promuovere e condividere l'utilizzo di prassi virtuose. Più di recente, si registrano la delibera del 09 maggio 2018 – recante linee guida in tema di modelli organizzativi e di buone prassi – e, successivamente, la determinazione del 3 novembre 2021, rubricata *Risultati del monitoraggio sull'applicazione delle linee guida in tema di organizzazione e buone prassi per la trattazione dei procedimenti relativi a reati di violenza di genere e domestica* (www.csm.it/documents/21768/87316/risoluzione+monitoraggio+violenza+di+genere+%28delibera+3+novembre+2021%29/f54b046d-85d5-33d0-6675-b5f46be51993).

4. Le indicazioni del Consiglio superiore della magistratura

Ebbene, l'indagine svolta dal Csm[17] per verificare quanto dette indicazioni abbiano trovato effettiva attuazione, ha rivelato che, al 31 dicembre 2020, il 90% delle procure ha costituito un gruppo specializzato, emergendo, tuttavia, una rilevante disomogeneità con riguardo sia al numero di sostituti ad esso assegnati in uffici di analoghe dimensioni, sia alla perequazione dei carichi di lavoro; osservando che la costituzione e il congruo dimensionamento dei gruppi di lavoro avviene sulla base di criteri di organizzazione fondati su una valutazione dei flussi di lavoro e dello stato delle pendenze, nonché di un'analisi dettagliata ed esplicita della realtà criminale nel territorio di competenza, il Csm ha ritenuto che «debbano essere indagate le ragioni di tale disomogeneità».

Di non minore interesse anche altri aspetti che qualificano l'azione di contrasto dell'azione giudiziaria, tra i quali: la cd. "personalizzazione del fascicolo", cioè l'opportunità che a sostenere l'accusa nel dibattimento, soprattutto dinanzi al giudice collegiale[18], sia lo stesso pubblico ministero che ha svolto le indagini; l'istituzione, presso le procure di maggiori dimensioni, del cd. "turno violenza" svolto in via esclusiva dai magistrati del gruppo specializzato; il corretto impiego della magistratura onoraria; la trattazione degli affari civili e il collegamento tra uffici requirenti, giudicanti e minorili.

L'indagine ha evidenziato gravi ed evidenti criticità per ciò che attiene alla cd. personalizzazione del fascicolo: solo nel 55% degli uffici, per carenze di organico, il sostituto che ha seguito le indagini partecipa anche all'udienza preliminare e al dibattimento; le stesse ragioni impedirebbero il coordinamento tra tribunali e procure, per trovare soluzioni condivise e garantire al pm dell'indagine di seguire i processi nella fase di giudizio.

Sia pure con i limiti propri di una rilevazione statistica che non ha riguardato il 100% degli uffici requirenti[19], l'indagine svolta ha evidenziato anche una notevole variabilità quanto al numero dei componenti dei gruppi specializzati, che non sempre risulta direttamente proporzionato al numero dei magistrati in organico nelle singole procure.

Inoltre, l'assegnazione al gruppo specializzato è avvenuta sulla base di un'adesione volontaria nel 70% degli uffici a seguito di interpello, mentre nel 30% circa degli uffici è stato necessario ricorrere alla designazione d'ufficio, per costituire almeno parte del gruppo specializzato; lo stesso Csm sottolinea che «L'assenza di vocazioni è verosimilmente da ricondursi anche al maggior carico di lavoro del gruppo specializzato in rapporto a quello gravante sugli altri gruppi, con l'ulteriore effetto che una tale sperequazione indurrà gli appartenenti al gruppo ad una uscita anticipata dallo stesso, con il rischio di dispersione delle professionalità acquisite».

Sintomatico del limitato grado di consapevolezza della specificità della materia è anche il tema della sperequazione dei carichi di lavoro. Si consideri che solo il 26% degli uffici di procura ha previsto misure di perequazione[20], essendo invece auspicabile una più decisiva ponderazione di questi procedimenti, caratterizzati anche dall'elevato numero di richieste di misure cautelari, di incidenti probatori, di richieste di intercettazioni telefoniche e ambientali, nonché della esigenza, per il pm assegnatario, di partecipare alle udienze gup e dibattimentali.

A tutto ciò si aggiunga il fatto che, in questo settore, la trattazione corretta della *notitia criminis* richiede una specializzata e tempestiva valutazione della sua fondatezza, impone interventi – altrettanto

17. Con delibera del 4 dicembre 2019, il Csm ha costituito un gruppo di lavoro composto da magistrati rappresentativi di tutte le aree geografiche del Paese e delle varie tipologie di uffici giudiziari, con esperienza maturata in materia, quale componente di sezioni specializzate, di gruppi di lavoro o di collaborazione a progetti di portata nazionale, al fine di «verificare la concreta applicazione delle Linee guida in tema di organizzazione e buone prassi per la trattazione dei procedimenti relativi a reati di violenza di genere e domestica (delibera del 9/5/2018) negli uffici di merito e le conseguenti ricadute in termini di efficienza ed effettività del servizio giustizia nel settore».

18. Al riguardo, si è opportunamente sottolineato che tale scelta è da ritenersi una notevole risorsa, sia sotto il profilo qualitativo del lavoro sia sotto il profilo di economia processuale, essendo evidente che il pm che ha svolto le indagini potrà non solo sostenere al meglio l'accusa in dibattimento, ma anche gestire l'udienza preliminare, favorendo fondatamente l'accesso ai riti alternativi. Inoltre, lo studio di un processo da parte di chi lo già conosce, richiede minor tempo e fatica, competenza che si riflette favorevolmente anche sull'andamento del dibattimento.

19. Hanno risposto al questionario: tra gli uffici di primo grado, 116 procure (su 140) e 119 tribunali (su 140); tra gli uffici di secondo grado, 18 procure generali (su 26) e 24 corti d'appello (su 26).

20. Al riguardo, sono state indicate molteplici soluzioni organizzative riconducibili ai seguenti criteri: verifiche periodiche (semestrali o annuali) dei ruoli dei singoli sostituti dell'ufficio con la loro perequazione per riequilibrare i carichi di lavoro; assegnazione al gruppo specializzato sulle violenze di genere di un numero di magistrati superiore a quello degli altri gruppi; diversa regolamentazione delle assegnazioni dei fascicoli cosiddetti "generici", in modo da compensare l'afflusso di tutte le materie specialistiche; esonero totale dei sostituti del gruppo specializzato dalle assegnazioni dei reati a distribuzione diffusa o a rapida definizione, o da altri turni.

urgenti – a protezione della vittima, non potendo di conseguenza sfuggire come la concreta operatività delle strutture inquirenti sia condizionata dal costante incremento delle notizie di reato, che accentua la grave distorsione nel carico di lavoro assegnato a ciascun magistrato. Poiché queste condizioni incidono direttamente sulla qualità della risposta giudiziaria, anche esponendo i titolari di detti procedimenti a maggiori responsabilità, va considerata la inderogabile esigenza di interventi correttivi da parte dei dirigenti degli uffici, cui spetta il compito di conoscere la realtà giudiziaria nel suo costante evolversi e di adeguare tempestivamente i modelli organizzativi, per assicurare, nell'interesse stesso della giustizia, a tutti i magistrati una – almeno tendenziale – perequazione dei carichi di lavoro.

Il turno esterno-arrestati, definito "turno violenze", riservato ai magistrati del gruppo specializzato, è garantito soltanto nel 10% delle procure[21], ed è anche rilevante sottolineare come, a specifica richiesta, le procure abbiano rimarcato che i magistrati assegnatari della materia specialistica, sebbene gravati da un maggior carico di lavoro, non hanno nei propri gruppi personale commisurato ai maggiori adempimenti e impegni richiesti, tanto che il 92% degli uffici ha risposto che la assegnazione è equivalente a quella degli altri.

Altro tema di centrale importanza, che condiziona significativamente la qualità della risposta giudiziaria alla violenza di genere e domestica – soprattutto nei grandi Tribunali – attiene al ruolo che, di fatto, svolge la magistratura onoraria, in specie i vpo, il cui non corretto impiego favorisce distorsioni e criticità[22].

Già nella delibera del 2018, il Csm auspicava che la materia fosse riservata in via esclusiva ai magistrati togati e che, qualora le esigenze organizzative o il complessivo buon andamento dell'ufficio avessero «reso irrinunciabile» il ricorso al vpo, sarebbe stata necessaria un'adeguata formazione professionale[23].

Contrariamente a dette indicazioni, risulta generalizzato (pur se con diverse cautele organizzative) l'impiego nei dibattimenti monocratici dei vpo nella quasi totalità degli uffici e in assenza di specializzazione.

Più accentuate sono risultate le criticità nel settore giudicante, nel cui ambito si è registrata una scarsa specializzazione, del tutto assente negli uffici gip/gup di tutti i tribunali del Paese.

Riguardo alla fase del dibattimento, il Csm – nella citata delibera del 2018 –, nel sottolineare come la materia della violenza di genere richiedesse al giudice un sapere specialistico, aveva escluso la soluzione «di un'indifferenziata distribuzione degli affari a tutti i giudici», indicando la specializzazione quale criterio necessario e derogabile solo in presenza di «particolari e comprovate esigenze organizzative», da esplicitare nelle tabelle assunte da ciascun ufficio.

Dal monitoraggio effettuato emerge che la specializzazione ha trovato attuazione solo nel 24% degli uffici (tra i quali circa 1/3 di uffici di dimensioni medio-grandi) e che le ragioni di tale insufficiente attuazione sono ricondotte alla carenza della pianta organica ovvero dell'organico effettivamente presente o, ancora, alla notevole frequenza del ricambio dei giudici, ricorrenze ritenute ostacoli insuperabili.

Ma vi è anche chi afferma che la specializzazione condurrebbe a un sostanziale rallentamento della risposta della giustizia nella materia, e che la distribuzione degli affari tra tutti i (pochi) giudici in organico assicura comunque la più rapida definizione degli stessi e il contestuale rispetto dell'art. 132-*bis* disp. att. cpp, disposizione che, come è noto, richiede la priorità nella formazione dei ruoli di udienza e nella trattazione dei processi, quando l'imputazione ha riguardo a talune fattispecie incriminatrici espressione di violenza di genere e domestica (maltrattamenti contro familiari e conviventi, atti persecutori, violenza sessuale e altre fattispecie affini).

In ogni caso, quando attuata, la specializzazione del giudice non è stata accompagnata dal monitoraggio e dalla rilevazione del peso dei procedimenti speciali[24], al fine di assicurare un'equa ripartizione dei carichi di lavoro[25].

---

21. Il "turno violenze" risulta istituito in soli 12 uffici requirenti, di dimensioni molto diverse tra di loro.

22. La rilevanza del tema appare evidente, sol che si consideri come, nei tribunali di maggiori dimensioni, un numero elevatissimo di processi riguardi delitti che sono l'espressione tipica della violenza di genere e domestica, quali maltrattamenti in famiglia, atti persecutori, lesioni volontarie, minacce, inosservanza di provvedimenti riguardanti l'affido dei minori, violazione degli obblighi di assistenza familiare. Questi si svolgono davanti al tribunale monocratico e, tendenzialmente, la funzione di pm è delegata a vpo non formati né specializzati.

23. Nella delibera si precisava che detta specializzazione si sarebbe dovuta attuare anche attraverso la creazione di un gruppo di vpo specializzati, operante in affiancamento ai pubblici ministeri, la partecipazione alle attività di aggiornamento, l'assicurazione di un costante raccordo tra il magistrato onorario delegato per il dibattimento e il titolare del procedimento.

24. Tra gli uffici che hanno risposto positivamente, la ponderazione prodromica alla perequazione è avvenuta, nella stragrande maggioranza dei casi, mediante interventi sull'applicativo informatico "Giada" o "Giada 2". Solo in pochissimi uffici la ponderazione avviene mediante attribuzione di punteggi al singolo processo, secondo criteri predeterminati, o comunque mediante una valutazione espressa in percentuale.

25. Nella maggioranza dei casi sarebbe stata realizzata mediante interventi perequativi sul sistema "Giada", ma non sono state indicate specificatamente le modalità di attuazione dell'esonero o del riequilibrio in favore dei giudici che trattano la materia.

Un dato di significativo rilievo riguarda poi tutti gli uffici gip/gup, i quali hanno precisato che non sono presenti – né previste – forme di specializzazione nel settore, con la creazione di "gruppi" dedicati esclusivamente a tale materia, ovvero anche associata eventualmente ad altre.

Le ragioni sono state individuate, per gli uffici con meno di 15 unità, al ridotto numero di magistrati in servizio e, per quelli di maggiori dimensioni, alla circostanza che gli affari sono assegnati mediante sistema ASPEN, che garantisce un'equa ripartizione degli affari tra i giudici (ivi compresi i procedimenti in materia di violenza di genere e domestica), rendendo necessaria l'eventuale introduzione di un ulteriore "canestro" specifico per la materia specializzata, una modifica dell'applicativo che assicuri l'equilibrio complessivo delle assegnazioni.

Preso atto di questa situazione, ribadita l'autonomia dei singoli dirigenti, cui competono le valutazioni circa la sostenibilità in concreto delle scelte organizzative, il Csm ha formulato il criterio di indirizzo generale del necessario svolgimento, nelle sezioni gip/gup, di frequenti riunioni periodiche e tematiche per favorire l'approfondimento e il costante confronto sulle modalità di gestione dei procedimenti[26].

Non dissimile la situazione nei successivi gradi di giudizio, dal momento che la specializzazione dei sostituti procuratori generali presso le corti di appello è assicurata solo in 5 uffici, e ciò avviene mediante la concentrazione della materia su alcuni sostituti. Le ragioni di tale carenza sono state ricondotte alle ridotte dimensioni degli uffici[27] e all'assenza di corrispondente specializzazione delle sezioni giudicanti delle relative corti di appello.

Soltanto in 9 corti di appello viene attuata la specializzazione dei consiglieri tramite l'assegnazione dei processi, e ciò per l'esistenza di una sola sezione penale, ovvero per l'eccessivo carico di lavoro che graverebbe sul collegio incaricato della trattazione della materia[28].

Conclusivamente, il Csm, nell'auspicare misure multisettoriali nel contrasto alla violenza di genere e domestica, ha sottolineato l'esigenza di concentrare l'analisi sul profilo della specializzazione, con specifico riferimento agli uffici di primo grado, in quanto chiamati a intervenire nell'immediatezza dei fatti, spesso con urgenza e in ogni caso con priorità. Ha, tuttavia, rilevato la significativa percentuale di scopertura degli organici[29], con notevoli picchi negli uffici che presentano il più elevato tasso di *turn over*, evidenziando come essa condizioni la specializzazione, soprattutto in una materia in cui appare essenziale garantire per la tutela della persona offesa una «adeguata giustizia di prossimità».

Nello stesso tempo – e ciò rappresenta un elemento molto significativo –, il Csm ha sottolineato che il dirigente dell'ufficio è chiamato a scelte organizzative che assicurino anche il rispetto della tempistica dettata dalla normativa primaria, osservando che le esigenze di specializzazione debbono essere coniugate con l'evoluzione legislativa nella materia della violenza di genere, che ha imposto scelte organizzative mirate a fronteggiare nell'immediatezza l'urgenza tipica della materia, a fronte di un elevatissimo numero di notizie di reato e di organici scoperti (oltre che di ridotte dimensioni).

In altri termini, la specializzazione è una misura organizzativa necessaria: nella sua concreta attuazione, i dirigenti degli uffici hanno un ruolo primario, ma è altresì evidente che, per la sua piena attuazione, gli organici devono essere correttamente dimensionati e tendenzialmente coperti[30].

Non vi sono dati che consentano di verificare se e quanto i dirigenti degli uffici giudiziari abbiano condiviso dette indicazioni, conformando l'organizzazione degli uffici ai principi espressi e, quindi, se la situazione negli uffici si sia evoluta nel senso auspicato.

Deve prendersi atto che la perequazione dei carichi di lavoro, principio cardine in una organizzazione giudiziaria corretta ed efficiente, non ha costituito un ostacolo all'istituzione di gruppi specializzati di magistrati nelle procure, avendo invece rappresentato un impedimento per i corrispondenti uffici gip, sebbene sia incontestabile la necessità della specializzazione di tutti i magistrati, soprattutto di quelli che hanno funzioni inquirenti e connesse e contestuali competenze di giudice nelle indagini preliminari.

---

26. In particolare, tra i temi specializzati da trattare, si richiamano le tecniche di svolgimento dell'incidente probatorio per l'assunzione anticipata delle dichiarazioni del minorenne ovvero della vittima maggiorenne in condizioni di particolare vulnerabilità.

27. Si tratta, per lo più, di uffici con organico di non grandi dimensioni. Basti pensare che solo una procura generale, sulle 11 che hanno risposto di non riuscire a garantire la specializzazione, presenta in organico più di 15 sostituti procuratori generali.

28. Anche in questo caso è emersa la difficoltà di attuare la specializzazione con gli attuali sistemi di assegnazione automatica dei processi, sottolineando come i programmi applicativi disponibili non consentano di effettuare in sede di assegnazione una ulteriore valutazione della tipologia dei reati trattati.

29. Stimata negli uffici di merito al 13,7%, alla data del 31 agosto 2021.

30. Nella citata determinazione del Csm del 2021, si precisa al riguardo che l'analisi è stata compiuta sull'organizzazione degli uffici come risultante dalle tabelle e dai progetti organizzativi per il triennio 2017/2019, essendo in atto – al momento dello svolgimento del monitoraggio – i procedimenti per la formazione delle tabelle e dei progetti organizzativi per il triennio 2020/2022.

5. Il monitoraggio sull'Italia della Corte europea dei diritti umani

L'ulteriore riflessione da fare è che la risoluzione delle maggiori criticità rilevate non è rinviabile, anche perché, come già rilevato, nel frattempo i giudici della Corte Edu[31] hanno condannato più volte il nostro Paese non solo per l'intempestività dell'azione giudiziaria e la mancata protezione delle vittime, ma anche con riguardo ad affermazioni contenute in alcune decisioni dei giudici italiani.

Nella citata sentenza della Corte Edu *J.L. c. Italia*, del 27 maggio 2021 (vds. *supra*, nota 3), i giudici di Strasburgo si sono espressi in termini inequivoci, affermando che «*è essenziale che le autorità giudiziarie evitino di riprodurre stereotipi sessisti nelle decisioni giudiziarie, di minimizzare la violenza di genere e di esporre le donne a una vittimizzazione secondaria utilizzando affermazioni colpevolizzanti e moralizzatrici atte a scoraggiare la fiducia delle vittime nella giustizia*».

La Corte, altresì, evidenzia di «non comprendere come la condizione familiare della ricorrente, le sue relazioni sentimentali, i suoi orientamenti sessuali o ancora le sue scelte di abbigliamento nonché l'oggetto delle sue attività artistiche e culturali potevano essere pertinenti per la valutazione della credibilità dell'interessata e della responsabilità penale degli imputati. Ritenendole, quindi, non giustificate dalla necessità di garantire i diritti della difesa degli imputati».

Ancora più incisivo il rilevo secondo cui «vi è l'obbligo anche per i giudici di proteggere la vittima anche non divulgando informazioni e dati personali senza rapporto con i fatti (...) la facoltà per i giudici di esprimersi liberamente nelle decisioni, che è una manifestazione del potere discrezionale dei magistrati e del principio dell'indipendenza della giustizia, è limitata dall'obbligo di proteggere l'immagine e la vita privata dei singoli da ogni violazione ingiustificata».

Sul medesimo versante argomentativo, di non minore rilievo la menzionata opinione del Comitato CEDAW dell'Onu, del 20 giugno 2022[32], che si è espresso per la prima volta censurando una decisione dei giudici italiani, ivi compresi quelli della Corte di cassazione, poiché su richiesta dei difensori di una donna italiana, vittima di violenza sessuale in un processo che ha visto l'imputato condannato in primo grado e assolto in appello con conferma della pronuncia di assoluzione in sede di legittimità, dopo avere affermato che «le donne dovrebbero poter contare su un sistema giudiziario libero da miti e stereotipi e su una magistratura la cui imparzialità non sia compromessa da questi presupposti di parte», sottolineano che «l'eliminazione degli stereotipi giudiziari nel sistema giudiziario è un passo cruciale per assicurare uguaglianza e giustizia per le vittime e i sopravvissuti»[33].

È dunque tempo di intervenire, perché non è sufficiente l'impegno costante, quotidiano, troppo spesso sottovalutato, di tanti magistrati. Piuttosto, il sistema giudiziario deve essere adeguato non solo nell'impianto normativo, ma nella sua concreta operatività, compito che spetta ai responsabili delle istituzioni competenti. Sotto questo aspetto, di fondamentale importanza è che le donne che subiscono violenza possano confidare nel fatto che il responsabile verrà perseguito e che la loro protezione sarà tempestiva ed efficace[34]: invero, come hanno più volte ribadito i giudici europei, «ciò è fondamentale per mantenere la fiducia e il sostegno dei cittadini nello Stato di diritto e per prevenire qualsiasi apparenza di tolleranza o di collusione delle autorità rispetto agli atti di violenza»[35].

---

31. Ci si riferisce, in particolare, alle sentenze citate nella nota 3.

32. Vds. la già citata opinione adottata il 20 giugno 2022 dal CEDAW (comunicazione n. 148/2019 – vds. *supra*, nota 4).

33. Il Comitato ha affermato che «il trattamento riservato all'autrice prima dalla Corte d'appello, e aggravato a livello di Corte Suprema, non è riuscito a garantire l'uguaglianza di fatto tra l'autrice in quanto vittima di violenza di genere, e nasconde una chiara mancanza di comprensione dei costrutti di genere della violenza contro le donne, del concetto di controllo coercitivo, delle implicazioni e delle complessità dell'abuso di autorità, compreso l'uso e l'abuso di fiducia, dell'impatto dell'esposizione a traumi consecutivi, dei complessi sintomi post-traumatici, tra cui la dissociazione e la perdita di memoria, e delle specifiche vulnerabilità e necessità delle vittime di abusi domestici».

34. Al riguardo, *cfr*. la *Relazione* cit. nella nota 1. In particolare, si rileva un dato molto significativo desunto dall'esame degli atti processuali di uccisioni di donne qualificate come "femminicidi" (uccisione di donne a opera di uomini per ragioni di genere), avvenute nel nostro Paese nel biennio 2017-2018, e cioè che soltanto il 15% delle vittime (29 su 196) aveva presentato una denuncia, in quanto l'85% non si era mai rivolto alle forze dell'ordine o alla magistratura, e che solo il 35% (69 su 196) ne aveva parlato con una persona vicina, segno quest'ultimo che «*le donne vivono in totale solitudine la violenza*».

35. Nella sentenza *De Giorgi c. Italia*, del 16 giugno 2022 (vds. *supra*, nota 3), si legge che «l'obbligo dello Stato di indagare non si può considerare soddisfatto se i meccanismi di protezione previsti nel diritto interno esistono soltanto in teoria: è soprattutto necessario che essi funzionino effettivamente nella pratica, il che presuppone un esame della causa sollecito e senza inutili ritardi ([...] Talpis c. Italia, n. 41237/14, §§ 106 e 129, 2 marzo 2017). Il principio di effettività implica che le autorità giudiziarie interne non devono in nessun caso essere disposte a lasciare impunite le sofferenze fisiche o psicologiche inflitte» (punto 81).

Il ragionamento giuridico stereotipato nell'assunzione e nella valutazione della prova dibattimentale

di *Elisabetta Canevini*

Le sentenze della Corte Edu con cui lo Stato italiano è condannato a causa degli erronei processi decisionali e motivazionali di tribunali e corti d'appello, nei casi di reati di violenza sessuale e violenza di genere contro le donne, non rappresentano più, ormai, casi isolati, ma un vero e proprio filone giurisprudenziale di Strasburgo. Seguendo quest'ultimo, ci troviamo a constatare una diffusa *malpractice* giudiziaria, che tende a fallire la ricostruzione e il verdetto processuale e, in molti casi, anche la protezione delle vittime in sede cautelare, a causa di pregiudizi e stereotipi sulle donne e sul ruolo al quale esse dovrebbero attenersi nella società – *bias* di genere che finiscono per inficiare, adulterandolo, il ragionamento giuridico alla base dell'assunzione e della valutazione della prova. Il contributo entra nel vivo di questa problematica, troppo a lungo ignorata dai giuristi italiani.

1. Introduzione / 2. Le sentenze della Corte europea dei diritti umani sul sistema giudiziario italiano / 3. L'applicazione concreta dei principi sovranazionali / 4. Le lacune nella formazione specialistica e nella specializzazione degli uffici giudiziari / 5. Le modalità di "intervista" della vittima di violenza sessuale e di violenza di genere

1. Introduzione

I dati sull'accesso alla giustizia delle donne vittime di violenza di genere continuano a essere sconfortanti.

Se è vero che sono in costante aumento le notizie di reato e i procedimenti penali instaurati per l'accertamento di maltrattamenti in famiglia, violenza sessuale e *stalking*, è altrettanto costante il dato relativo alla percentuale delle denunce rispetto ai casi effettivi, che continua ad assestarsi intorno al 10%.

La risposta giudiziaria, dunque, risente di una persistente situazione di allarme, sia per le difficoltà organizzative e logistiche legate alla gestione dei numerosissimi procedimenti in ingresso, sia per la consapevolezza che si tratta di una risposta in concreto incapace di raggiungere in modo capillare i ben più numerosi casi che restano nascosti tra le mura domestiche, coperti dalla ancora diffusissima tendenza al silenzio.

Tendenza che si basa, purtroppo, su un permanente senso di sfiducia e di preoccupazione che prevale rispetto alla necessità della richiesta d'aiuto.

Le ripetute pronunce della Corte Edu sull'approccio giudiziario alla materia nel nostro Paese riflettono in modo plastico il contesto nel quale questa sfiducia matura. Un contesto che è ancora caratterizzato da atteggiamenti giudicanti, da pregiudizi e da stereotipi sessisti.

2. Le sentenze della Corte europea dei diritti umani sul sistema giudiziario italiano

La pronuncia Corte Edu, *J.L. c. Italia*, ric. n. 5671/16, 27 maggio 2021, ha riscontrato la violazione del rispetto alla vita privata (art. 8 della Carta). Il caso, ormai noto, riguardava un processo per violenza

sessuale di gruppo contestata nei confronti di 7 uomini, definito con sentenza di assoluzione in appello. Nel riprendere alcuni degli argomenti svolti a sostegno della motivazione della pronuncia assolutoria, il Giudice di Strasburgo li ha qualificati come stereotipi sessisti, sottolineando la presenza di commenti tendenti a colpevolizzare la persona offesa e a giudicarne la moralità, e come tale atteggiamento dell'autorità giudiziaria incida sulla fiducia delle vittime nel sistema giudiziario[1].

La pronuncia Corte Edu, *D.M. e N. c. Italia*, ric. n. 60083/19, 20 gennaio 2022, ha a sua volta focalizzato un altro dei ricorrenti motivi di preoccupazione che determina la sfiducia nel "sistema giustizia", vale a dire il timore che la denuncia metta in pericolo il rapporto madre/figli.

In particolare, la Corte è qui intervenuta su un caso di dichiarazione di adottabilità di una minore essendo stata la madre, vittima di gravi maltrattamenti in famiglia, ritenuta «irreversibilmente inidonea» alla genitorialità.

3. L'applicazione concreta dei principi sovranazionali

Eppure, il sistema normativo nazionale ha ormai solidamente recepito l'insieme di istituti che congiuntamente mirano a garantire un accesso alla giustizia che sia tutelato, sicuro, rispettoso e costruito sulle esigenze individuali della persona offesa dal reato.

Si pensi al diritto ad avere notizia, in ogni fase del processo, delle sorti della libertà personale dell'imputato; al diritto a interloquire sulle richieste di modifica o revoca delle misure cautelari; al diritto all'assistenza linguistica non soltanto al fine di rendere testimonianza, ma anche per una più completa partecipazione al processo; al diritto a non incontrare il proprio aggressore in occasione del processo stesso; al diritto a un ascolto protetto, in situazioni di particolare vulnerabilità, anche con l'utilizzo di un'aula dotata di specchio unidirezionale e impianto di videoregistrazione; al diritto a non essere esposta alla ripetizione delle medesime dichiarazioni se non per strette esigenze processuali.

Si tratta di una rete di istituti che impone alla magistratura di tener conto delle specificità della materia e di attivarsi positivamente perché lo svolgimento del processo, pur nella salvaguardia delle esigenze di accertamento dei fatti e dei diritti dell'imputato, non sia causa di ulteriori sofferenze per la persona offesa che chiede giustizia.

Ma la pur ampia rosa di istituti a disposizione del "sistema giustizia" si dimostra assolutamente scarsa quando si passi alla loro attuazione concreta.

E non solo, e non sempre, per carenza di risorse.

Per esempio, solo il 30% dei tribunali italiani è dotato di un'aula idonea allo svolgimento di esame protetto, cosicché accade spesso che l'esame dibattimentale della persona offesa particolarmente vulnerabile (o minore d'età) si debba svolgere nella pubblica aula d'udienza.

Ma non sono infrequenti i casi in cui, anche ove sia disponibile un'aula protetta, la disattenzione alle peculiari condizioni della persona offesa, o la loro sottovalutazione, porta a non utilizzare gli strumenti di tutela che pur sono a disposizione.

Eppure, è esperienza comune che lo svolgimento del dibattimento penale costituisce un momento di fortissima elevazione del rischio per la persona offesa. Rischio per la sua incolumità fisica prima ancora che per la possibile esposizione ad atteggiamenti vittimizzanti.

Sono frequentissimi i casi di riacutizzazione dell'aggressività e di tentativi di influenzare le dichiarazioni dibattimentali da parte dell'imputato, all'avvicinarsi del momento in cui la persona offesa sarà esaminata. È drammaticamente nell'ordine delle cose che il processo riporti all'attualità le dinamiche che, spesso, sono state sino a quel momento contenute con un intervento cautelare o con l'allontanamento autonomamente operato dalla persona offesa, grazie all'appoggio di amici o familiari.

L'esperienza quotidiana della trattazione dei reati in questione consente spesso di toccare con mano lo stato di paura e di preoccupazione nel quale la persona offesa si trova all'avvio del processo.

1. Indicativi alcuni passaggi dei seguenti paragrafi della pronuncia. Par. 136: «In particolare, la Corte ritiene che i riferimenti fatti dalla Corte d'Appello alla lingerie rossa "mostrata" dalla ricorrente durante la serata, così come i commenti riguardanti la bisessualità della ricorrente, le relazioni romantiche e le relazioni sessuali occasionali prima degli eventi, sono ingiustificati. Allo stesso modo, la Corte considera inappropriate le considerazioni relative all'"atteggiamento ambivalente della ricorrente nei confronti del sesso", che la Corte d'Appello ha dedotto, tra l'altro, dalle sue decisioni in materia artistica (...). Inoltre, la Corte ritiene che la valutazione della decisione della ricorrente di denunciare i fatti, che secondo la Corte d'Appello era il risultato di una volontà di "stigmatizzare" e sopprimere un "discutibile momento di fragilità e debolezza", così come il riferimento alla sua "vita non lineare", sono anch'essi deplorevoli e irrilevanti»; par. 139: «La Corte ritiene che gli obblighi positivi di proteggere le presunte vittime della violenza di genere impongano anche il dovere di proteggere la loro immagine, dignità e privacy, anche attraverso la non divulgazione di informazioni e dati personali non correlati. Questo obbligo è del resto inerente alla funzione giudiziaria e deriva dal diritto nazionale e da vari strumenti internazionali. In questo senso, la capacità dei giudici di esprimersi liberamente nelle loro decisioni, che è una manifestazione del potere discrezionale dei giudici e del principio di indipendenza della magistratura, è limitata dall'obbligo di proteggere l'immagine e la vita privata degli individui da interferenze ingiustificate».

Condizione che – anche questo va sottolineato – non sempre è riportata all'attenzione del giudice al fine di poter applicare le tutele previste per le condizioni di particolare vulnerabilità.

Peraltro, la sostanziale sottovalutazione dei rischi che la vittima di violenza di genere corre, è in prima battuta prerogativa della stessa persona offesa. Soprattutto nel contesto di maltrattamenti in famiglia, la prolungata esposizione ad atteggiamenti aggressivi (sia fisici che verbali) viene a coincidere con la quotidiana condizione di vita della persona offesa, che così non è più in grado di apprezzare l'effettiva caratura delle condotte patite. Sono, infatti, molto frequenti i casi in cui la somministrazione di test appositamente utilizzati per la valutazione del rischio offre dati divaricati tra la valutazione proveniente dalla persona che si sottopone al test e quanto valutato dall'operatore.

4. Le lacune nella formazione specialistica e nella specializzazione degli uffici giudiziari

Il dovere di specializzazione e di formazione specifica, altrettanto enunciato dalle fonti sovranazionali, dovrebbe garantire la capacità di riconoscere le situazioni di rischio e di intervenire con tutti i mezzi di tutela a disposizione.

Tuttavia, a fronte di una consistente attivazione della specializzazione delle procure della Repubblica (l'89% degli uffici su scala nazionale), non altrettanto è sinora avvenuto per gli organi giudicanti. Si registra la specializzazione solo nel 24% dei tribunali penali, mentre è ancora del tutto assente qualunque forma di specializzazione negli uffici gip/gup[2].

Questi dati non sono neutri.

Essi non attestano soltanto la sconfortante conseguenza delle perenni scoperture d'organico e della difficoltà di creare le condizioni per un gruppo di lavoro costante e che si dedichi alla propria formazione.

Questi dati offrono la chiave di lettura della sostanziale sfiducia delle vittime di violenza di genere nell'approccio alla giustizia.

La carenza di formazione specifica e di specializzazione, infatti, offre terreno fertile a un approccio alla materia filtrato dal contesto valoriale del giudicante, dalle sue esperienze di vita e di relazione, spesso causa di incomprensione o di pre-comprensione, che non raramente si traducono in un atteggiamento critico nei confronti della persona offesa invitata a offrire spiegazione del perché si sia esposta a situazioni che vengono percepite come inconcepibili rispetto a un sistema di vita ritenuto "normale".

Ed è così che la testimonianza della persona offesa, vittima di reati commessi in condizioni di prossimità con l'autore, nel dibattimento penale è, troppo spesso ancora, considerata come fosse caratterizzata da una sorta di originaria inattendibilità, che può essere esclusa solo con un approfondito e scrupoloso vaglio della coerenza intrinseca di tutti i dati narrativi offerti all'ascolto. Quasi che il convincimento del giudice dovesse partire dal dato negativo della incoerenza della ricostruzione narrativa, per poi aprirsi a una eventuale mutazione di prospettiva solo ove risultasse evidente il contrario.

Ebbene, occorre ricordare che l'approccio richiesto dalle norme di rito è esattamente l'opposto.

La testimonianza non deve "convincere", quasi si trattasse di superare un invisibile scoglio cognitivo, un sottile segno "meno" davanti alle parole della vittima.

La testimonianza è il portato conoscitivo di chi ha assistito ai fatti o li ha patiti direttamente. La persona offesa che si presta a testimoniare assume formalmente l'obbligo di verità e di non reticenza, nella consapevolezza delle possibili conseguenze penali a dichiarazioni false o calunniose – impegno che comporta una presunzione relativa di attendibilità, che deve costituire il dato di partenza dal quale avviare l'ascolto e la valutazione del narrato.

Occorre ricordare che il peso processuale delle parole della testimone ha una caratura intrinsecamente positiva, a differenza di quello che caratterizza le dichiarazioni dell'imputato.

La diffusa convinzione che, nei reati di prossimità, la difficoltà di accertamento poggi sulla mera contrapposizione delle parole della vittima rispetto a quelle dell'imputato, è processualmente molto discutibile, se non francamente errata. Basti ricordare che – com'è giusto che sia – l'imputato ha diritto di astenersi dal rendere esame e non è sottoposto all'obbligo di verità.

Certo è che riportare nella sede processuale fatti e vicende che hanno causato una profondissima sofferenza, e che spesso si sono protratti per moltissimo tempo, non è semplice. Tanto più nella sede del dibattimento, laddove la persona offesa viene esposta al "rito" e alle sue forme.

Chi svolge l'esame di una persona offesa nel caso di maltrattamenti in famiglia, ma anche di violenza sessuale e *stalking*, deve avere ben presente che esso ha spesso ad oggetto fatti che si sono verificati per molti anni, durante i quali si sono susseguiti più eventi ciclici, con l'alternanza di fasi di aggressività

2. Per la rilevazione dei dati si richiama la circolare Csm del 4 giugno 2020.

più acuta e fasi di relativa tranquillità relazionale, queste ultime solitamente accompagnate da scuse, promesse di cambiamento, pianti e richieste di aiuto espresse dall'autore stesso delle violenze.

Ed ancora, si deve avere ben presente che, se si tratta di fatti maturati e cresciuti nel contesto di una relazione affettiva, la persona offesa che li racconta è comprensibilmente combattuta tra l'affetto per il proprio aggressore e la necessità di descrivere l'accaduto a propria tutela. Se nella relazione ci sono dei figli, si sviluppa il timore di vederli allontanati da sé (minaccia spesso paventata nel rapporto di coppia), ma nello stesso tempo la preoccupazione di causare con la propria denuncia un definitivo allontanamento dal padre. Quello che viene comunemente definito come un "atteggiamento ambivalente" e percepito come un indice di inattendibilità della persona offesa, è spesso invece proprio la chiave di lettura da utilizzare per la comprensione più profonda della situazione che ha permesso la maturazione e il prosperare di dinamiche drammaticamente quanto persistentemente aggressive.

5. Le modalità di "intervista" della vittima di violenza sessuale e di violenza di genere

Occorre, ancora, comprendere a fondo quali possono essere i segni lasciati sul senso di sé, da parole di denigrazione, di svilimento, di disprezzo, ascoltate per anni dalla voce del proprio compagno, e che finiscono per offrire a chi le ascolta l'unica definizione di se stessa di cui disponga. Aspetto che incide in termini direttamente proporzionali sulla capacità di raccontare quel contesto relazionale così sottilmente opprimente, peraltro spesso in una situazione di isolamento sociale ed economico.

Ed ancora, nell'accertamento dibattimentale dei reati di violenza sessuale, deve essere parte del bagaglio del giudicante la consapevolezza che la più comune reazione all'aggressione sessuale è il senso di vergogna e la completa difficoltà di reazione (cd. "congelamento"), mentre è ancora molto frequente l'impostazione dell'esame dibattimentale sul modello di un'ipotetica "vittima ideale", quasi esistesse un catalogo delle condotte che il senso comune ritiene si debbano tenere in simili circostanze.

Spesso si chiede: "perché non ha urlato", "perché non ha chiesto aiuto", "perché ha atteso così tanto per denunciare quanto le accadeva", "perché non ha parlato con i suoi familiari", "perché non è scappata", "perché non ...". Ma la ricostruzione del fatto, e poi la sua valutazione (che è momento successivo e distinto), deve basarsi su quanto è effettivamente accaduto, e non su quanto avrebbe dovuto accadere secondo la precostituita e personale convinzione dell'esaminatore. Approccio ancor più tangibile ove si tenti di ricostruire il fatto per il tramite di domande che riguardano la moralità della persona offesa, le sue abitudini relazionali, le sue attitudini comportamentali.

Occorre ricordare che il terreno dell'attendibilità si ara entro il preciso confine del capo di imputazione, essendo quello il dato fattuale che deve essere accertato. La validazione processuale della ricostruzione del fatto non ha nulla a che vedere con l'esplorazione delle inclinazioni caratteriali della persona offesa ed ancor meno con l'espressione di giudizi sulla sua condotta.

Piuttosto, è necessario adottare una tecnica d'esame che consenta di apprezzare la genuinità del racconto, consentendo alla persona offesa di svolgere la testimonianza nel modo più fluido e continuo possibile, lasciando emergere la spontaneità della narrazione, con le peculiarità individuali che l'accompagnano e i riferimenti a quegli indici di memoria che descrivono tipicamente il vissuto personale.

La testimonianza, soprattutto quando si tratta di riportare fatti traumatici e ripetuti nel tempo, non è una prova di memoria di quanto si è dichiarato nelle indagini preliminari, e la pur fondata esigenza di far emergere nel dibattimento ognuno degli elementi di conoscenza raccolti nella fase investigativa dovrebbe passare attraverso un uso attento e non aggressivo dello strumento della contestazione, preferibilmente evitandosi continue interruzioni del racconto, ma riservando la fase eventualmente contestativa al suo esito.

La tutela della vittima di violenza di genere non si può, ad ogni modo, esaurire nell'attenzione alle modalità di svolgimento dell'attività processuale, ma deve permanere nell'adozione di una tecnica redazionale della motivazione della sentenza che esuli dall'adottare schemi argomentativi e descrittivi legati a strutture di valutazione personali e non attinenti all'oggetto dell'accertamento.

Anche qui, va sottolineato che la valutazione della testimonianza non passa per la valutazione della testimone.

Ma è più facile a dirsi che a farsi.

Il patrimonio di esperienze e di convinzioni personali influenza fisiologicamente l'approccio valutativo individuale. Per questo, il rigore tecnico, accompagnato da una specializzazione effettivamente praticata e da una costante formazione, consente di circoscrivere gli effetti di quella influenza sulla decisione e sull'argomentazione che la sostiene, in modo da rendere i propri condizionamenti trasparenti e riconoscibili.

L'esposizione argomentativa dei motivi a sostegno della valutazione di attendibilità della persona offesa si dovrà, quindi, sviluppare sull'analisi delle caratteristiche del narrato, della sua linearità, della sua coerenza intrinseca, della sua corrispondenza a un'esperienza diretta, per poi passare alla verifica della sussistenza di profili di coerenza con gli ulteriori elementi di conoscenza acquisiti nel corso del dibattimento.

Sarà utile sottolineare i passaggi in cui la testimonianza è stata accompagnata da una comunicazione non verbale altrettanto esplicita (il pianto, il tremore, la mimica di accompagnamento alla descrizione delle condotte aggressive patite, per esempio), aspetti che vanno raccolti agli atti tanto quanto le parole.

Al contrario, il rigore argomentativo non è compatibile con riferimenti all'aspetto fisico della persona offesa, al suo abbigliamento, alle sue abitudini relazionali e simili, trattandosi di profili che non sono funzionali alla ricostruzione del fatto nella sua storicità.

La strada per la quale, anche nella fase del dibattimento, si attui quella «protezione immediata ed adeguata della vittima» prevista dalla Convenzione di Istanbul è ancora lunga, ma è dovere di ogni giudice percorrerla.

Il diritto penale non è un diritto per le donne: il caso della legittima difesa[1]

di *Paola Di Nicola Travaglini*

Il diritto penale moderno, così come le istituzioni giudiziarie deputate alla sua applicazione, sono stati sino a tempi recentissimi monopoli del dominio maschile. Le donne ne sono state deliberatamente e violentemente escluse per mantenere saldo e indiscusso un assetto gerarchico che le vede in posizione subalterna, mascherato sotto lo schermo dell'apparente neutralità sessuale del diritto, utilizzata come formula per renderle invisibili. Partendo da questa premessa storico-filosofica, il contributo analizza gli istituti fondamentali posti dal diritto penale a tutela dell'incolumità individuale e della libertà personale, *in primis* le norme esimenti che permettono, in condizioni eccezionali, l'autotutela del singolo. Per coglierne, anche in questo, l'immaginario esclusivamente maschile e la programmata inaccessibilità alle donne, che si trovano a subire situazioni di abusi ricorrenti all'interno di relazioni strette.

1. L'estraneità femminile al diritto penale perché luogo del potere maschile: le parole delle donne (cenni) / 2. Le radici storico-giuridiche che disapplicano la legittima difesa solo alle donne vittime di violenza / 3. La falsa neutralità nell'interpretazione della legittima difesa applicabile alle donne vittime di violenza / 4. L'interpretazione dell'attualità del pericolo nel ciclo della violenza domestica / 5. L'articolo 52 del codice penale non viene applicato alle donne vittime di violenza / 6. La legittima difesa come legittima offesa contro le donne vittime di violenza e l'attualità del pericolo nei reati abituali / 7. L'articolo 52 del codice penale depurato dagli stereotipi di genere in un'interpretazione convenzionalmente orientata / 8. La legittima difesa con le lenti di genere

1. L'estraneità femminile al diritto penale perché luogo del potere maschile: le parole delle donne (cenni)

È *l'evidenza che non si vede*[2]. Le donne sono strane, straniere, estranee, esterne al mondo del diritto penale. La radice latina di queste parole è la stessa: "*extra-*", cioè "fuori".

Nel nostro attuale codice penale la donna non è nominata se non quando incinta, vale perché madre. L'uomo invece è nominato nel delitto per eccellenza, quello che scardina gli assetti di convivenza: l'omicidio. Si poteva utilizzare la parola persona, ma si decise, con approfondita valutazione (rigorosamente tra soli uomini), di non farlo perché, secondo la «Relazione al Re» sul codice penale, la parola "uomo" si

1. Il primo testo che affronta questo difficile e trascurato argomento in modo completo e partendo dallo studio delle uniche 8 pronunce giudiziarie in Italia in relazione a donne (o figli/e) che uccidono uomini maltrattanti (sentenze e archiviazioni) è di C. Pecorella (a cura di), *La legittima difesa delle donne. Una lettura del diritto penale oltre pregiudizi e stereotipi*, Mimesis, Milano, 2022. Per una lettura organica e sintetica del fenomeno, vds. *Ead.*, *Conoscere il passato per poter giudicare il presente: quando la violenza reiterata è all'origine dell'uccisione del partner*, *ivi*, p. 235.

2. F. Héritier, *Maschile e femminile. Il pensiero della differenza*, Laterza, Roma-Bari, 2010.

capiva meglio[3]. Eppure, solo le donne sono uccise in quanto donne e per il solo pretendere di essere libere da un uomo. Si chiama femminicidio[4], ma noi non lo nominiamo perché la nostra modalità interpretativa, specialmente in Italia, non conosce e non riconosce la "prospettiva di genere" neanche nei reati determinati solo da questo movente[5]. La Corte suprema messicana distribuisce ai suoi giudici un volume di 283 pagine dal titolo: «*Protocolo para juzgar con perspectiva de género*»[6], perché un uomo uccide, stupra, maltratta, azzittisce, umilia, picchia una donna proprio perché lui è un uomo e lei è una donna e così impone la sua gerarchia di potere. Ma noi giudici, specialmente in Italia, non lo vediamo, anzi non lo vogliamo vedere, assorbiti dalla nostra formazione occidentale che nasconde discriminazioni e assetti consolidati da mantenere saldi e che, al contrario, ha consentito l'indisturbata presenza nel codice penale e nelle sentenze, nonostante la Costituzione: a) dello *ius corrigendi* del marito se moglie e figli violavano le sue regole, tanto da rendere la violenza domestica un diritto; b) del delitto per causa d'onore; c) del matrimonio riparatore, fino all'altro ieri. Per non parlare della patria potestà, nel codice civile fino al 1975, e della trasmissione del solo cognome paterno definito dalla Corte costituzionale un inammissibile retaggio patriarcale.

Ma ancora oggi usiamo nei provvedimenti giudiziari, nei libri, nelle lezioni, negli articoli, nei servizi giornalistici, le parole sbagliate, tutte figlie di quella medesima cultura nata nel 18 a.C. con le leggi di Augusto: *gelosia*, *raptus*, *liti familiari*, *impulso sessuale*. Sono parole il cui fine è solo quello di giustificare la violenza maschile verso una donna, attribuendola alla natura incontenibile degli uomini e non ad una deliberata e rivendicata volontà di dominio.

Ancora oggi le donne hanno paura delle istituzioni giudiziarie. Hanno ragione. Quando entrano in un'aula di giustizia sono certe di non essere credute e di essere colpevolizzate per avere violato una regola di ruolo; l'indagine e il giudizio si concentrano non sul delitto che hanno subìto, ma, con un'inversione logico-giuridica che riguarda solo le donne e solo i reati di cui sono vittime, sulla verifica di avere correttamente ricoperto il loro ruolo di genere di buona madre, buona moglie e buona figlia, e di avere rispettato le regole sociali del riserbo e dell'umiltà femminile (non bere, non uscire, non gridare, non eccedere, non fidarsi, non drogarsi, non difendersi, non essere sessualmente disinibita, non mostrarsi, non truccarsi... NON). Quando questi obblighi non risultano tutti contestualmente rispettati, le donne sono giudicate squilibrate, pazze, esagerate, isteriche, inadeguate, simbiotiche, fragili, frustrate. Non credibili. Vittime imperfette. Le donne che denunciano violenza sono sempre "imperfette" perché la loro identità e la loro dignità sono state annientate per mesi, per anni, ma per la giustizia questo è irrilevante.

L'imperfezione è imperdonabile, è sintomo di strumentalità, di falsità, di spirito vendicativo. In una sentenza, per dimostrare che la donna, picchiata e umiliata davanti alla propria bambina per anni, fosse credibile, è stata valorizzata: «la modalità pacata di raccontare i fatti, senza calcare i toni, l'equilibrio nell'indicare il numero di episodi, dimostrando di essere priva di acredine nei confronti dell'imputato...». Perché chiediamo questo *standard* da martire che da nessuna persona *normale* possiamo esigere? I processi – civili, minorili e penali – ruotano intorno all'accertamento del "ritegno femminile", non alla violenza maschile.

La nostra cultura giuridica occidentale è fondata su falsi miti che, prima o poi, dovremmo avere il coraggio di mettere in radicale discussione: la legge è generale e astratta, i diritti sono universali, le istituzioni giudiziarie sono terze ed imparziali. Nulla di tutto questo è vero, tanto che abbiamo avuto bisogno di due Convenzioni internazionali (Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei

3. P. Di Nicola, *La giudice. Una donna in magistratura*, Edizioni 881, Roma, 2012, pp. 124-125.

4. Sulla definizione di "femminicidio", oltre che sulle radici del fenomeno, vds. Aa.Vv., *La risposta giudiziaria ai femminicidi in Italia. Analisi delle indagini e delle sentenze. Il biennio 2017-28*, approvata all'unanimità dalla Commissione parlamentare d'inchiesta sul femminicidio e su ogni altra forma di violenza il 18 novembre 2021 (www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/366054.pdf).

5. F. Filice, Femminicidi *di Bologna e Genova: perché quelle sentenze potrebbero sbagliare*, in *Questione giustizia online*, 15 aprile 2019 (www.questionegiustizia.it/articolo/femminicidi-di-bologna-e-genova-perche-quelle-sentenze-potrebbero-sbagliare_15-04-2019.php), in cui si afferma: «Con ciò si svela la falsa neutralità della professione di indifferenza assiologica del diritto penale: posto che sentenze che in qualche modo abdichino alla missione di espungere dall'area del socialmente accettabile lo *stereotipo di genere* maschilista, di fatto si risolvono in un attacco, per nulla neutrale, al *bene giuridico* che dovrebbero invece proteggere: bene giuridico che, nei *reati di genere*, si identifica non solo con la sopravvivenza e l'incolumità della vittima, ma anche con la sua *identità di genere* e con la connessa *libertà di autodeterminarsi rispetto al genere*: la quale, come abbiamo visto, è ormai immanente al nucleo di protezione costituzionale degli articoli 2, 3, 29 e 32 della Costituzione e costituisce certamente un *bene giuridico* di derivazione costituzionale ed europea». Vds. anche M. Dova, *La tempesta emotiva e il giudice cartesiano*, in *Sistema penale*, 25 maggio 2020 (https://boa.unimib.it/retrieve/handle/10281/276043/404287/Cass.%202962_20%20–%20Gelosia%2C%20tempesta%20emotiva%20e%20concessione%20delle%20attenuanti%20generiche%20_%20Sistema%20Penale%20_%20SP.pdf).

6. Suprema Corte de la Justicia de la Nación, Ciudad de Mexico, novembre 2020.

confronti delle donne - CEDAW[7] - e Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica - cd. "Convenzione di Istanbul"[8]), entrambe ratificate dall'Italia e, non per caso, scarsamente conosciute quanto scarsamente applicate, affinché si desse visibilità al fatto che i diritti inviolabili fossero stati da sempre declinati e riconosciuti soltanto per il genere maschile. Così come abbiamo avuto bisogno di raccomandazioni internazionali[9] per sapere che le donne non hanno accesso alla giustizia perché l'intero assetto, a partire da quello giudiziario, è pervaso da stereotipi sessisti che glielo impediscono, fino ad essere stati condannati per ben due volte – unico Paese d'Europa con questo primato –, sia dalla Corte Edu[10] che dal Comitato CEDAW[11], per il loro utilizzo da parte della magistratura italiana[12].

Legge, diritti e istituzioni giudiziarie sono state da millenni monopolio maschile, hanno deliberatamente e violentemente escluso le donne perché *extra*, sono servite a mantenere saldo e indiscusso, ancora oggi, questo assetto gerarchico con il geniale trucco dell'invisibilità, della normalità, della naturalità, dei sentimenti.

Le donne introiettano dal giorno della loro nascita il senso di impotenza e di incompetenza, gli uomini invece quello di potenza e competenza. Si chiama "potere simbolico". Basta assistere a una cena, a una camera di consiglio, a un *webinar*, a una conferenza, a una trasmissione televisiva. Nessuno di noi ne è *estraneo* perché vi contribuisce con la propria appartenenza di genere: gli uomini si rivolgono agli uomini e cercano il loro assenso, chiedono solo il loro parere e si riconoscono a vicenda, se non hanno nulla da dire lo dicono lo stesso perché sanno che il potere si manifesta e si mantiene con l'affermazione della propria presenza, interrompono o sovrastano le donne quando accennano ad intervenire (diversi studi hanno attestato che gli uomini interrompono dal 33 al 55% in più le donne rispetto a quando parlano con gli uomini)[13]; le donne, per questo, restano spesso silenti, ritenendo che i loro pensieri siano meno intelligenti e profondi di quelli degli uomini *parlanti*. E così, alla fine di quella conversazione, gli uomini ottengono un duplice risultato: comprovare il loro dominio indiscusso e confermare alle donne di essere portatrici di "impotenza e incompetenza". È storia millenaria: Penelope è zittita da Telemaco, la ninfa Eco è costretta a ripetere solo le parole altrui, alla principessa Filomena è tagliata la lingua affinché non riferisca le violenze sessuali subìte. Nella *Prima lettera a Timoteo*, attribuita dalla tradizione all'autorità dell'apostolo

7. Convenzione adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1979 e ratificata da 187 Paesi. L'Italia ha ratificato con la legge n. 132 del 1985 (consultabile, insieme alle raccomandazioni, su https://cidu.esteri.it/resource/2016/09/48434_f_CEDAWmaterialetraduzione2011.pdf). Sul rapporto tra CEDAW (e sue raccomandazioni) e sistema giudiziario italiano, *cfr*. P. Di Nicola Travaglini e F. Menditto, *Codice rosso. Il contrasto alla violenza di genere: dalle fonti sovranazionali agli strumenti applicativi*, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 29 ss.

8. Convenzione adottata dal Consiglio d'Europa l'11 maggio 2011 ed entrata in vigore il 1° agosto 2014, a seguito del raggiungimento del prescritto numero di dieci ratifiche. Ratificata dall'Italia con la legge 27 giugno 2013, n. 77.

9. Raccomandazioni generali del Comitato CEDAW, in particolare quelle nn. 19, 28, 33 e 35 e la raccomandazione del Consiglio d'Europa «*Sulla prevenzione e la lotta contro il sessismo*», che dedica un intero paragrafo a detto tema (II.F. Settore della giustizia), del 27 marzo 2019.

10. Corte Edu, sez. I, *J.L. c. Italia*, ric. n. 5671/16, 27 maggio 2021 (www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?contentId=SDU339116&previsiousPage=mg_1_20).

11. P. Di Nicola Travaglini, *I pregiudizi giudiziari contro le donne all'esame di organismi internazionali: il caso A.F. contro Italia*, in *Sistema penale*, 29 luglio 2022 (www.sistemapenale.it/it/scheda/osservatorio-violenza-contro-le-donne-2022-3-caso-af-contro-italia-comitato-cedaw).

12. Si vedano i commenti su questa sentenza di R. Sanlorenzo, *La vittima ed il suo Giudice*, in *Questione giustizia online*, 2 giugno 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/la-vittima-ed-il-suo-giudice); L. D'Ancona, *Vittimizzazione secondaria: la pronuncia della CEDU*, *ivi*, 17 giugno 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/vittimizzazione-secondaria-la-pronuncia-della-cedu); P. Di Nicola Travaglini, *La Corte EDU alla ricerca dell'imparzialità del giudice davanti alla vittima "imperfetta"*, *ivi*, 20 luglio 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/la-corte-edu-alla-ricerca-dell-imparzialita-dei-giudici-davanti-alla-vittima-imperfetta); T. Manente, *Violenza sulle donne: perché i giudici italiani vengono condannati a livello internazionale?*, in *DonneXdiritti*, 1° giugno 2021 (https://donnexdiritti.com/2021/06/01/violenza-sulle-donne-perche-i-giudici-italiani-vengono-condannati-a-livello-internazionale/); M. Bouchard, *La vittimizzazione secondaria all'esame della Corte europea dei diritti dell'uomo. Come le parole dei giudici possono arrecare una seconda offesa alla vittima: il caso* J.L. c. Italia - *27 maggio 2021*, in *Diritto penale e uomo*, 9 giugno 2021 (https://dirittopenaleuomo.org/wp-content/uploads/2021/06/Vittimizzazione-secondaria.pdf).

13. A.B. Hancock e B.A. Rubin, *Influence of Communication Partner's Gender on Language*, in *Journal of Language and Social Psychology*, vol. 34, n. 1/2015, pp. 46-64 (https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0261927X14533197?papetoc=).
La questione è assurta agli onori delle cronache quando Sonia Sotomayor, giudice della Corte suprema degli Stati Uniti d'America, ha tenuto una *lectio magistralis* alla *New York University School of Law* raccontando un suo triste primato: essere la più interrotta, da colleghi e avvocati, dall'inizio del suo mandato nel 2019.
Vds., inoltre, R. Solnit, *Gli uomini mi spiegano le cose. Riflessioni sulla sopraffazione maschile*, Ponte alle Grazie, Milano, 2017.

Paolo, è scritto: «La donna impari in silenzio, con perfetta sottomissione. Non permetto alla donna di insegnare, né di usare autorità sul marito, ma stia in silenzio. Infatti Adamo fu formato per primo, e poi Eva; e Adamo non fu sedotto; ma la donna, essendo stata sedotta, cadde in trasgressione; tuttavia essa si salverà mediante la generazione dei figli, a condizione però di perseverare nella fede, nell'amore e nella santificazione con modestia» (I, *Timoteo*, 1, 11-15).

Il monito è che le donne, colpevoli del peccato originale e della dispersione dei mali nel mondo (Pandora), non possono e non devono prendere parola pubblica. E il luogo di massima rappresentazione del potere trasformativo e performativo della parola è proprio l'aula di giustizia dove avviene il "peso delle parole" con la valutazione di credibilità e attendibilità da parte del giudice.

Questa sovrastruttura, volta a depotenziare la denuncia di una donna vittima di violenza maschile, perché responsabile di avere violato la regola di ruolo (buona madre, buona moglie, buona figlia) e a giustificare culturalmente l'uomo che ne è autore (a cui non è chiesto mai di essere buon padre, buon marito, buon figlio), è frutto di stereotipi e pregiudizi socio-culturali che costituiscono la nostra base conoscitiva e che nessuno mette in discussione, innanzitutto nel giudizio, perché l'ipocrisia occidentale dell'universalità dei diritti e dell'imparzialità dei giudici nasconde tutto ciò che sostiene e nasconde la disuguaglianza di genere.

Infatti, la più grande intolleranza tollerata è il sentimento di odio e disprezzo nei confronti delle donne: la misoginia, da alcuni rivendicata orgogliosamente, persino sorridendo. È interessante notare che misogino, dal greco "μισόγυνος", composto da μῖσος e γυνή (*miso-* che significa "odio" e *-gino*, "donna"), come aggettivo che indica la persona che prova patologica avversione nei confronti delle donne, ha una storia antica. Migliaia (forse milioni) di volumi, anche molto eruditi, sono stati capaci di dimostrare la fondatezza scientifica del sentimento di disprezzo generalizzato verso le donne, così come lunghe colonne di dizionari richiamano praticamente tutta la letteratura italiana a conforto. Quanti conoscono l'aggettivo che indica l'avversione patologica per il genere maschile? È un termine che non si utilizza, perché questo è un sentimento che non può essere espresso e la lingua, potentissimo strumento di rappresentazione della realtà, non può diffonderlo. Nel Vocabolario della lingua parlata Rigutini-Fanfani, del 1893, il sostantivo "*misandria*", composto da μῖσος e ανήρ (*miso-*, "odio", e *-aner*, "uomo"), non c'è, infatti l'Accademia della Crusca spiega che questa voce esiste da soli quattro decenni ed è usata soprattutto nell'ambito della psicologia[14].

2. Le radici storico-giuridiche che disapplicano la legittima difesa solo alle donne vittime di violenza[15]

In base a questi brevi cenni sull'impalcatura su cui è costruita e normalizzata la discriminazione nei confronti delle donne per consentire, da oltre 4.000 anni, il dominio incontrastato maschile a livello planetario, è possibile comprendere perché in Italia, e non solo, la legittima difesa non si applichi soltanto alle donne vittime di crudele e reiterata violenza dei loro uomini. È un sistema rimasto coerente e inattaccabile dal diritto romano ad oggi, grazie alla nostra giurisprudenza e, prima ancora, alla dottrina[16], che ha strutturato questa causa di giustificazione in modo tale che le donne non solo non possano e non debbano difendersi dagli uomini violenti, ma che, quando lo fanno, vengano severamente punite. È la stessa radice culturale di *misoginia* sì e *misandria* no.

Eppure la violenza maschile contro le donne vede numeri drammaticamente estesi, perché, come risulta dai dati raccolti da organismi indipendenti o istituzionali, questa violenza, commessa dall'80% da uomini (quella sessuale da oltre il 90% di uomini), *colpisce almeno una donna su tre in qualsiasi latitudine del pianeta e solo il 10% denuncia* (in Italia e in Europa). Secondo i dati Istat, l'autore degli omicidi in famiglia appartiene, nell'88,1% dei casi, al genere maschile e di solito uccide a mani nude (strangolamento) anche quando la donna tenta di difendersi, spesso con coltelli trovati nel momento dell'aggressione. Vittime nel 91,3% dei casi sono donne e, dei soli 31 figlicidi censiti, autori in 20 casi sono stati i padri[17].

14. P. Di Nicola, *La mia parola contro la sua. Quando il pregiudizio è più importante del giudizio*, Harper Collins, Milano, 2018, pp. 68-69.

15. I paragrafi a seguire sono una rivisitazione del capitolo di P. Di Nicola Travaglini, *La legittima difesa delle donne nell'omicidio conseguente a reati di violenza di genere*, in C. Pecorella (a cura di), *La legittima difesa delle donne*, *op. cit.*, p. 151.

16. Per una puntuale lettura dello stato dell'arte di questa materia, ampiamente trascurata, nella dottrina italiana si legga M. Dova, *Giustizia umana e giustizia dei codici. Giudicare l'omicidio del tiranno domestico*, in C. Pecorella (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 194 e, per la dottrina statunitense, L. Goisis, *La legittima difesa delle donne negli Stati Uniti d'America. Una questione di "genere"*, *ivi*, p. 75.

17. www.istat.it/it/violenza-sulle-donne/il-fenomeno/omicidi-di-donne.

Così inquadrata la questione, ritorniamo al diritto romano. Cicerone nel *Pro Milone*[18] scriveva che questa scriminante, per operare, richiede uno scontro tra pari: un agguato che proviene «da un brigante da strada» o «da un avversario politico» che, per ciò solo, rende lecito «ogni mezzo per salvare la nostra vita».

Dunque i requisiti della legittima difesa erano (e, in parte, sono ancora) costituiti da:

- un'aggressione *attuale e ingiusta*;
- contro *beni essenziali* della persona o contro il patrimonio;
- a cui fa seguito una reazione *immediata* della vittima.

Il tutto riassunto nel brocardo *vim vi repellere licet* in cui è la *forza* il nucleo intorno a cui tutto ruota. Se non sei forte non puoi difenderti.

La stessa Chiesa riconosceva la facoltà di *inculpata tutela* contro il violento aggressore, in base al diritto di natura o per effetto dell'universale riconoscimento, con un limite fondato su un preciso rapporto di potere: che la reazione difensiva del figlio o dello schiavo non fosse contro il padre o contro il padrone.

L'art. 52 del nostro codice penale[19], risalente al 1930 e fondato sull'attualità del pericolo, sull'ingiustizia dell'offesa e sulla proporzione tra difesa e offesa, affonda le sue radici in un millenario *modello patriarcale* in cui si confrontano:

- forze di uomini;
- di pari *rango*, come nel duello, massima espressione di virilità;
- in campo aperto;
- per tutelare la vita, il denaro o l'onore/pudore della propria moglie dagli attacchi dei nemici.

In questa struttura la donna non esiste e non può esistere: a) perché la violenza che patisce da un uomo (specie se di famiglia) non consente reazione, ma è una condizione di ordinaria normalità; b) perché storicamente non ha mai avuto uno statuto giuridico, non è mai stata titolare di diritti propri, ha dovuto subire, per il solo appartenere al genere femminile, l'obbligo al silenzio, la subordinazione e la subalternità rispetto all'uomo di famiglia, che su di lei aveva potere di vita e di morte.

Questa è la causa culturale per la quale non vi è legittimità giuridica per la reazione femminile: una donna non può difendersi, deve subire.

Le donne, da millenni, sono state educate a non reagire. Se lo fanno, peraltro uccidendo un uomo, rompono un assetto gerarchico fondato sulla loro sudditanza[20], e questo non rientra nella *ragionevolezza* che contraddistingue il ragionamento giuridico e regole del gioco stabilite dagli uomini e sugli uomini, il cui parametro, non a caso, è l'*homo eiusdem condicionis et professionis*, cioè l'agente modello. Questo è innanzitutto un uomo: adulto, alto, forte, armato, sano, sempre in allerta, che non si fida di nessuno, reagisce alla violenza, attendibile e credibile, sa quello che è giusto e quello che non lo è, se chiede aiuto tutti accorrono, ma, prima ancora, è il parametro di tutto ciò che lo circonda.

La legittima difesa è ancora fondata su un sistema arcaico di forza ritorsiva estraneo alle donne che, da un lato, vanno *protette* dagli uomini e, dall'altro, non devono *proteggersi* dagli uomini e reagire. Se lo fanno, il contesto sociale le ritiene vendicative e stabilisce come avrebbero potuto e dovuto comportarsi, sempre *altrimenti* rispetto all'accaduto. È innaturale che facciano del male, al più lo devono ricevere senza opporsi. Peraltro, un uomo, pur violento, non si aspetta di essere picchiato o ucciso da una donna; se ciò avvenisse, sarebbe persino ridicolo e ne perderebbe in termini di virilità.

È questo retroterra culturale che trasforma l'atto omicidiario, volto a salvarsi, in una *vendetta*.

La radice della distorsione interpretativa è data dal pregiudizio diffuso, riguardante uomini e donne, per cui *il naturale ruolo maschile* è quello di aggredire, mentre *il naturale ruolo femminile* è quello di sottomettersi. E così, per mantenere fermo questo assetto, unico conosciuto e riconosciuto, la disciplina della legittima difesa viene interpretata imponendo parametri irraggiungibili per una donna che subisce violenza, costringendola a restarvi sottoposta.

Perché ciò sia accettabile, anche logicamente e moralmente, è necessario depotenziare i maltrattamenti, gli stupri o le minacce che precedono la reazione della vittima come poco rilevanti, non traumatiche, inidonee a raggiungere più gravi risultati come il femminicidio: in una parola *normali*, perché tuttora è radicata la convinzione che il dominio aggressivo maschile sulle donne costituisca una sorta di diritto naturale e sia incontenibile, appartenendo all'identità stessa di essere uomo.

---

18. Cicerone, *Pro Milone*, cap. IV, 10: «Ma come si può chiamare ingiusta la morte inferta a chi ci prende insidie e ruba le nostre sostanze? (...) Esiste, dunque, giudici, questa legge non scritta, ma insita in noi, che non abbiamo letto o imparato sui banchi di scuola né ereditato dai padri: al contrario, l'abbiamo desunta dalla natura, assimilata completamente e fatta nostra: non ce l'hanno insegnata, ce la siamo presa ed è ormai connaturata in noi. Così, se dovessimo subire un agguato, una violenza, magari anche armata, per opera di un brigante da strada o di un avversario politico, ogni mezzo per salvare la nostra vita sarebbe lecito», Marsilio, Venezia, 1990, pp. 41 ss.

19. Art. 52, comma 1, cp: «*Non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa*».

20. T. Groppi, *Oltre le gerarchie. In difesa del costituzionalismo sociale*, Laterza, Bari-Roma, 2021.

Come scriveva Manzini nel suo *Trattato di diritto penale* del 1950: «Non può dirsi ingiusta la violenza fatta dal marito alla moglie, quando non vada oltre le percosse e sia determinata da un intento correttivo o disciplinare», al più è ammessa la difesa «del proprio pudore e del proprio corpo» con riferimento a relazioni sessuali *riprovevoli* come la sodomia oppure nei confronti del marito ubriaco, per evitare una fecondazione pericolosa, o in caso di avanzata gravidanza, per difendere il nascituro[21].

La vita delle donne libera dalla violenza non è stata mai ritenuta un diritto autonomo, tutelato e da "difendere", perché al più la donna è un oggetto da proteggere. Da qui l'interpretazione giuridica corrente per cui, in questi casi, manca sempre la proporzione tra gli interessi in conflitto prevalendo, sempre e solo, quello all'integrità fisica dell'uomo e risultando recessivo quello della donna che, al più, ha reagito a un irrilevante schiaffo.

3. La falsa neutralità nell'interpretazione della legittima difesa applicabile alle donne vittime di violenza[22]

La forte resistenza interpretativa della magistratura, in Italia e nel mondo, in relazione al tema della legittima difesa delle donne nei reati di violenza di genere, ha una radice esclusivamente culturale perché frutto di precise scelte valoriali volte ad adeguarsi ad altrettanto precisi assetti gerarchici fondati sulla discriminazione di genere, descritti dalla Convenzione di Istanbul.

Il riconoscimento del *diritto umano delle donne di vivere libere dalla violenza*[23], quella stessa violenza che invece ha costituito per millenni la normalità delle relazioni tra i generi, tanto da avere assunto il rango di un vero e proprio diritto dell'uomo (*ius corrigendi*) fino agli anni sessanta, impone oggi di rivedere le vecchie categorie giuridiche, abbandonando l'idea della loro immutabilità.

Le prassi politiche e giuridiche non sono neutre perché plasmate su ben precise visioni del mondo, di cui è necessario acquisire gli strumenti per disvelarle e metterne in discussione, in chiave evolutiva, le dinamiche di potere che ne sono sottese[24].

Gli uomini che uccidono le loro compagne, le loro figlie o le loro sorelle lo fanno perché queste hanno violato i loro ordini così non riconoscendo il loro potere maschile; la loro è una *strategia di appropriazione*. Per ridurre la loro pena, si mette in discussione la loro salute mentale.

Invece, le donne che uccidono i *partner* lo fanno, in quasi tutti i casi, per difendersi dalla loro inaudita violenza. Ciononostante, sono rarissimi i casi in cui viene applicata, in Italia e nel mondo, la scriminante in esame; la loro è una *strategia di protezione*[25]. Qui, invece, la sanzione deve essere "esemplare".

Quando il giudice non conosce come si sviluppa e quali traumi determina il maltrattamento nell'ambito della famiglia, l'uccisione del marito violento da parte della sua vittima viene valutata alla stregua di qualsiasi altro omicidio, e inteso come un atto episodico, scollegato dall'intero contesto.

L'art. 52 del codice penale e i suoi *standard* valutativi (con particolare riferimento ad attualità del pericolo e proporzione della difesa) vengono applicati in termini particolarmente rigorosi, tanto da renderli non invocabili esclusivamente per queste donne a cui, così, è impedito un accesso alla giustizia su un piano di parità, in violazione dei principi costituzionali e delle fonti sovranazionali di contrasto alla discriminazione delle donne e alla violenza di genere (CEDAW e Convenzione di Istanbul).

La principale ragione per cui questo accade è che, in Italia, le norme continuano ad essere interpretate in termini falsamente neutri, cioè come se il genere della vittima e dell'autore, per determinati reati, fossero irrilevanti, sebbene in realtà fondati sul modello maschile dell'*homo eiusdem professionis et condicionis* e, dunque, discriminatori rispetto alle donne.

In Canada, invece, già nel 1990, proprio grazie alla conoscenza puntuale della violenza maschile e ad una lettura dell'ordinamento giuridico fondata sul genere dei protagonisti, oltre che all'uso del principio di ragionevolezza in forza della sindrome della donna

21. V. Manzini, *Diritto penale*, vol. II, UTET, Torino, 1950, pp. 349-351.

22. C. Pecorella (a cura di), *La criminalità femminile. Un'indagine empirica e interdisciplinare*, Mimesis, Milano, 2020. Il saggio esamina gli esiti di un'approfondita indagine sulle motivazioni delle sentenze emesse dal Tribunale di Milano negli anni 2015-2017, diretta da Claudia Pecorella, dell'Università di Milano-Bicocca, avente ad oggetto la criminalità femminile. Vds., in particolare, il contributo di N.M. Cardinale, *Omicidi al femminile: dalla violenza subita alla violenza agita*, in cui vengono esaminate le motivazioni delle sentenze sugli omicidi commessi dalle donne all'esito di violenze (*ivi*, pp. 171-181).

23. Art. 3 della Convenzione di Istanbul.

24. F. Bilotta e F. Raimondi, *Prefazione*, in *Iid.* (a cura di), *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, Jovene, Napoli, 2020, p. XVII.

25. S. Frigon e L. Viau, *Les femmes condamnées pour homicide et l'Examen de la légitime défense (Rapport Ratushny) : portée juridique et sociale*, in *Criminologie* (Università di Montréal), vol. 33, n. 1/2000, pp. 97-119 (www.jstor.org/stable/42745217).

maltrattata (cd. "*Battered Woman Syndrome*"), l'Alta corte aveva assolto una donna che, dopo essere stata picchiata per l'ennesima volta dal marito, gli aveva sparato un colpo di pistola alla nuca mentre lui usciva disarmato dalla stanza[26].

Questa sindrome, non espressamente riconosciuta nel DSM IV tra le malattie mentali, ma fatta rientrare nello *stato da stress post traumatico*, è una condizione patologica di dipendenza-impotenza sviluppata dalla vittima di violenza domestica per la legittima paura di essere uccisa dal maltrattante da un momento all'altro[27].

Non è un caso che nessuna delle sentenze, di merito e di Cassazione, che escludono la scriminante di cui all'art. 52 cp per le imputate vittime di violenza domestica che uccidono il *partner* maltrattante, citi la Convenzione di Istanbul e la CEDAW, cioè Convenzioni sovranazionali che qualificano la violenza contro le donne non come un accidente di carattere individuale, ma come «manifestazione dei rapporti di forza storicamente diseguali tra i sessi che hanno portato alla dominazione sulle donne e alla discriminazione nei loro confronti da parte degli uomini e impedito la loro piena emancipazione»[28].

4. L'interpretazione dell'attualità del pericolo nel ciclo della violenza domestica

L'autorità giudiziaria continua a ragionare secondo strutture logico-giuridiche fondate sull'*homo eiusdem professionis et condicionis*, per cui la donna vittima di violenza domestica, per ottenere il riconoscimento della scriminante, deve comportarsi come il gioielliere che, davanti al rapinatore che gli punta la pistola contro in un rapporto tra pari, spara temendo di essere preceduto.

Nulla di più errato perché nulla di più estraneo alla realtà di questi delitti, in cui un elemento decisivo assume la relazione tra autore e vittima.

Solo la donna che subisce continuativi maltrattamenti conosce il pericolo che corre, e la sua successiva crescita esponenziale, rispetto a un uomo di cui ha già sperimentato la carica di violenza e che, per di più, ha tutti gli strumenti per accedere alla sua intimità e alla sua vita, a partire dalle chiavi di casa. Imporre a questa donna *standard* di giudizio identici a quelli relativi a una persona aggredita da un estraneo per giustificarne giuridicamente la reazione, non tiene in alcun conto: della differenza di statura, di muscolatura, di rapporti di forza di carattere sociale ed economico, di cultura, di educazione, di soggezione, di terrore pietrificante, di certezza di non avere vie di fuga e di non essere creduta, di temere la sottrazione dei figli da parte di un sistema rivittimizzante fondato sulla *sindrome da alienazione parentale*, che la qualifica come "madre malevola"[29].

La donna vittima di violenza, infatti, si sente (è) del tutto impotente perché nel tempo le sono state distrutte o infiacchite l'autostima, la forza di denunciare e affrontare un processo, la salute, la capacità reattiva, il coraggio di andare via e ricominciare, il sostegno familiare, le potenzialità lavorative, i guadagni. I maltrattamenti prolungati, specialmente psicologici, l'hanno convinta di non potersi sottrarre in alcun modo a quella violenza, facendola arrivare al punto di giustificarla, accettarla, sperare che possa cessare. Non per fragilità o incapacità, ma per condizione di totale isolamento e sfiducia. In sostanza, la donna vittima di violenza domestica non può comportarsi secondo i parametri arcaici che le si impongono nelle

26. Vds. la sentenza della Corte suprema, redatta dalla giudice B. Wilson, nel caso *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852 (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/599/index.do), che, per la prima volta nella storia giudiziaria, assolve una donna vittima di violenza domestica.
Le parole dell'imputata ai giudici erano state: «Se non lo avessi ucciso, mi avrebbe ucciso lui, mi ha detto che mi avrebbe uccisa quando gli ospiti se ne sarebbero andati». Proprio a seguito di questa sentenza, il Canada aveva avviato un *iter* legislativo volto a modificare la norma. Da ultimo, nel libro *Defending Battered Women on Trial*, Elisabeth Sheehy ha dimostrato che nella maggioranza dei novanta casi di violenza coniugale da lei studiati in otto anni, le donne accusate di aver ucciso il loro congiunto violento in Canada avevano deciso, durante il processo, di non invocare la legittima difesa, nella certezza che questa non venisse riconosciuta dai giudici.

27. S. Frigon e L. Viau, *Les femmes condamnées*, *op. cit.*; A.-M. Boisvert, *Légitime défense et le «syndrôme de la femme battue» : R. c. Lavallée*, in *Revue de droit de McGill*, vol. 36, n. 1/1991, p. 191 (www.canlii.org/fr/doctrine/doc/1991CanLIIDocs79); A. Delépine, *La légitime défense différée et le syndrôme de la femme battue feront-ils reculer la violence conjugale?*, per *Collectif contre les violences familiales et l'exclusion* (CVFE asbl), marzo 2017 (www.cvfe.be/publications/analyses/93-la-legitime-defense-differee-et-le-syndrome-de-la-femme-battue-feront-ils-reculer-la-violence-conjugale).
In Italia, G. Colombo - E. Marchiori - L. Rossi, *La sindrome della donna malmenata in Italia: uno studio in prospettiva psicopatologica*, in *Minerva psychiatry*, vol. 45, n. 1/2004, pp. 43 ss., cit. da N. Cardinale, *Omicidi al femminile*, *op. cit.*, nota 13.

28. In questi termini il *Preambolo* della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica.

29. Sul fenomeno della vittimizzazione secondaria da parte dei giudici civili e minorili delle donne che denunciano violenza, vds. la relazione su *La vittimizzazione secondaria delle donne che subiscono violenza e dei loro figli nei procedimenti che disciplinano l'affidamento e la responsabilità genitoriale*, approvata all'unanimità dalla Commissione parlamentare d'inchiesta sul femminicidio e su ogni altra forma di violenza il 20 aprile 2022 (www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/372013.pdf).

aule di giustizia dell' *homo eiusdem professionis et condicionis*, perché vive come l' ostaggio che il sequestratore minaccia di morte; non ha alternativa tra uccidere ed essere uccisa. La mancanza di parità, sotto tutti i profili, le impone di approfittare della prima occasione in cui il maltrattatore abbassa le difese, senza aspettare che la morte spetti a lei.

Nei reati commessi in occasione della perpetrazione di crimini di genere, l'*attualità del pericolo* impone innanzitutto di conoscere in quale momento del *ciclo della violenza* l'omicidio viene commesso e cosa impedisce alla donna di reagire in modo diverso da quello che ci si aspetterebbe, cioè secondo i canoni della ragionevolezza *ordinari*, rispetto al *partner* violento.

La violenza domestica, infatti, oltre ad essere un fenomeno che si sviluppa in modo dinamico, è in grado di modificare fortemente l'identità della vittima tanto da paralizzarne qualsiasi capacità reattiva, da soggiogarla psicologicamente e da renderne non intellegibili i comportamenti proprio secondo i criteri dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*, che altro non è che il soggettivo punto di vista del giudice che presume di conoscere a fondo "la natura umana" a cui applica, invece, il suo stereotipato modo di essere sganciato da una realtà che non conosce, cioè la brutalizzazione quotidiana di una donna da parte di un uomo violento.

Ma qui non c'è un *homo*, c'è una *mulier* la cui *condizione*, peraltro, non ha mai costituito un modello per nessuno; al contrario, è ritenuta irrilevante.

Tutto è a misura di uomo da millenni – il "buon padre di famiglia", l'"uomo comune", "a passo d'uomo", etc. –, ma noi non lo vediamo, tanto da discriminare perché lo abbiamo interiorizzato, considerandolo naturale.

La violenza domestica si inscrive in una precisa cornice, studiata a livello scientifico da Walker sin dal 1979[30] e con unanime riconoscimento internazionale, senza la cui conoscenza l'interprete non è in grado di spiegare i ricorrenti comportamenti della vittima:

- la volontà di resistere all'interno della relazione maltrattante nonostante il persistente timore per la propria incolumità personale;
- la difficoltà, se non l'impossibilità, di sottrarsi all'uomo violento;
- il rientro nella relazione dopo esserne uscita.

Questi i motivi da cui originano ritrattazioni o ridimensionamenti dei maltrattamenti denunciati.

La donna che uccide l'uomo violento lo fa quasi sempre senza una piena rappresentazione e volizione dell'evento perché agisce sotto l'impulso di una reazione difensiva imprevista, che non ritiene di avere la forza di porre in essere.

5. L'articolo 52 del codice penale non viene applicato alle donne vittime di violenza

La rigida interpretazione di tutti i requisiti prescritti dalla norma sulla legittima difesa, al di fuori della conoscenza del fenomeno ciclico della violenza e degli effetti devastanti che produce sulla vittima, impedisce di fatto a questa di accedere a una scriminante concepita per una relazione paritaria, spesso tra sconosciuti, e non sulla fisiologica e psicologica disparità tra i protagonisti, ulteriormente fiaccata dal pregresso rapporto affettivo.

Nella violenza domestica, diversamente dagli altri contesti in cui si applica la legittima difesa, la resistenza avviene:

a) in un *luogo di comune convivenza*, quasi sempre la casa in cui si coabita;

b) tra persone che hanno avuto una *relazione sentimentale segnata da una disparità strutturale* perché:

- l'uomo esercita potere economico o di ricatto psicologico, con minacce spesso rispetto ai figli;
- l'uomo è abituato all'aggressione e la donna a subirla per ragioni culturali (tacchi, abiti, muscoli, altezza, sport - le donne fanno danza, gli uomini pugilato -, etc.).

Quando le sentenze escludono la legittima difesa, per assenza dell'attualità del pericolo o ritenendo la sproporzione tra i beni in conflitto allorché una donna reagisce contro un uomo violento in contesto domestico, emerge con chiarezza sia il mancato doveroso inquadramento del fatto in un preesistente rapporto di soggezione, da sempre presente in quella coppia ma non valorizzato; sia l'assenza di formazione delle istituzioni sulla complessità del fenomeno della violenza di genere[31].

Infatti, l'autorità giudiziaria e gli altri operatori

30. L.E. Walker, *The battered women*, New York, Harper & Row, 1979. Lenore E. Walker, psicologa americana fondatrice del «Domestic Violence Istitute», elaborò il ciclo della violenza nel 1979 grazie a un'indagine condotta su 435 donne maltrattate, basata sulla "*Social Learning Theory*"; E. Reale, *La violenza invisibile sulle donne. Il referto psicologico: linee guida e strumenti clinici*, Franco Angeli, Milano, 2020; *Ead.*, *Maltrattamento e violenza sulle donne. Criteri, metodi e strumenti dell'intervento clinico* (vol. II), Franco Angeli, Milano, 2016 [2011]; P. Romito, *La violenza di genere su donne e minori. Un'introduzione*, Franco Angeli, Milano, 2016 [2011].

31. Sul tema della formazione della magistratura in questo settore, vds. il «*Rapporto sulla violenza di genere e domestica nella realtà giudiziaria*», approvato il 17 giugno 2021 dalla Commissione parlamentare d'inchiesta sul femminicidio nonché su ogni forma di violenza di genere (www.sistemapenale.it/it/documenti/commissione-parlamentare-inchiesta-violenza-di-genere-realta-giudiziaria) e, da ultimo,

di cui questa si avvale (polizia giudiziaria, consulenti tecnici psicologi, assistenti dei servizi sociali, etc.) non sempre hanno la consapevolezza che:

a) le denunce alle autorità o la confidenza delle violenze riportate a familiari e conoscenti, di solito, non sortiscono alcun effetto se non quello di aumentare ancor di più la violenza dell'uomo e il pericolo di vita per la vittima;

b) esiste una diffusa omertà e copertura di questi crimini;

c) la donna è paralizzata in una relazione di cui non intravede via di fuga per sé e per i figli, spesso anche per la sua totale dipendenza economica, per il terrore di subire una più grave violenza dall'uomo maltrattante, per l'isolamento sociale cui è stata costretta.

La donna aggredita, a differenza di quello che è scritto con modalità stereotipate e formule di rito nelle sentenze che escludono l'applicazione della legittima difesa, non può evitare quasi mai ciò che accade rivolgendosi alle forze dell'ordine o all'autorità giudiziaria che, infatti, ridimensionano la violenza e di rado applicano misure pre-cautelari (arresto, fermo e allontanamento d'urgenza dalla casa familiare) o cautelari, proprio perché, se non adeguatamente formate, non sono in grado di distinguere tra violenza e conflitto, e dunque utilizzano la prassi di "*portare pace*" nella coppia[32], così ponendo in più grave pericolo la vittima.

Inoltre, con riferimento all'ipotetica alternativa che si presenta alla donna maltrattata tra uccidere e fuggire, chi la propone non sa che la vittima non reagisce al momento dell'atto violento perché non ha la forza sufficiente per contrastarlo, ne resta immobilizzata o sopraffatta in virtù della soggezione derivante da quanto accaduto prima.

È lo stesso ragionamento che opera la magistratura quando esclude la violenza sessuale perché la donna non è fuggita o non ha urlato restando paralizzata, ragionamento fondato sul mito dello stupro che, per rendere detto delitto impunito, omette di rappresentare la tanatosi come l'ordinaria modalità reattiva di tutti i mammiferi davanti alla violenza[33].

6. La legittima difesa come legittima offesa contro le donne vittime di violenza e l'attualità del pericolo nei reati abituali

La legittima difesa è interpretata quasi sempre contro le donne che si difendono da un uomo violento attraverso parametri persino diversi e più rigidi da quelli che si usano per la rapina al gioielliere o in casa, per le quali, al fine di evitare letture restrittive, è stata concepita una norma *ad hoc*. Infatti, il nostro codice penale ha meritato una riforma legislativa nel 2006[34] solo con riferimento alla cd. "legittima difesa domiciliare", presumendo il rapporto di proporzione per difendere se stessi o i propri beni dentro l'abitazione o i luoghi di lavoro. Quindi, oggi riceve più tutela dall'ordinamento la reazione di un uomo che si trova in casa un ladro che vuole soltanto rubare oggetti, rispetto alla reazione di una donna picchiata e stuprata giornalmente dal proprio marito che la minaccia di morte e che ha le chiavi di casa.

L'articolo 52 del codice penale stabilisce che, per applicare questa scriminante, è necessario accertare che la persona si stia difendendo da «un pericolo attuale», ma nell'interpretazione giudiziaria la continuativa violenza maschile contro le donne non integra MAI un «pericolo attuale».

Infatti, nonostante la diffusione epidemica della violenza di genere che troppo spesso sfocia nei femminicidi, ancora oggi il requisito dell'attualità del pericolo nelle aule di giustizia di tutto il mondo evoca un coltello sollevato pronto a colpire, tale da imporre che la forza difensiva della vittima sia non solo contestuale, ma anche uguale e contraria a quella dell'aggressore perché l'aggredito, per salvarsi, crede di non avere altra soluzione che uccidere.

Si tratta di uno schema inapplicabile a una donna vittima di violenza di genere, che non ha, innanzitutto simbolicamente, ma non solo, *armi pari*. Se intercorre un tempo tra il momento iniziale dell'aggressione e la reazione, come avviene quando la vittima di violenza aspetta di colpire nel sonno o alle spalle, oppure i comportamenti minacciosi sono interrotti da *intervalli innocui*, secondo la lettura univoca della

C. De Robbio, *La risposta giudiziaria all'emergenza della violenza di genere e la sfida della formazione*, in *Giustizia insieme*, 25 novembre 2022 (www.giustiziainsieme.it/en/news/137-main/violenza-di-genere/2546-la-risposta-giudiziaria-all-emergenza-della-violenza-di-genere-e-la-sfida-della-formazione).

32. Vds., da ultimo, la circolare della Direzione anticrimine della Polizia di Stato del 26 febbraio 2021: «È, in ogni caso, improprio ricondurre tali vicende nell'alveo della *composizione dei vari dissidi*. Il ricorso al *componimento* appare controproducente a causa dei meccanismi psicologici sottesi ai contesti di violenza domestica, laddove la posizione delle parti non può essere *paritaria*, soprattutto per la naturale inclinazione a tutelare il benessere, anche erroneamente percepito da una delle parti, dei figli minori».

33. P. Di Nicola Travaglini, *La Corte EDU alla ricerca dell'imparzialità*, *op. cit.*

34. Legge 26 aprile 2019, n. 36, che ha introdotto nel nostro ordinamento la legittima difesa domiciliare.

giurisprudenza non solo non si configura la legittima difesa, ma questa si trasforma addirittura in *vendetta* se la donna ammazza il maltrattante.

Questa interpretazione, priva di qualsiasi collegamento con il fatto concreto da giudicare, non è affatto imposta dall'articolo 52 cp, ma potrebbe essere agevolmente superata da un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, come autorevole dottrina da decenni propone[35], perché, anche partendo da pionieristiche sentenze emesse in altri Paesi[36], bisogna dubitare, una volta per tutte, dell'assioma secondo cui l'aggressione della vittima di violenza di genere non è attuale nel caso in cui l'uomo violento venga ucciso quando si allontana o si addormenta.

Il caso tipico è quello della donna maltrattata che, per evidenti ragioni, quali la non paritaria forza fisica e la totale sottomissione psicologica, non sia in grado di reagire, nell'immediato, alla violenza che subisce, certa di rischiare la propria vita nel successivo attacco dell'uomo; così da condurla ad ammazzarlo solo nel momento in cui sarà in grado di farlo e cioè quando questi, certo della sua mancata reazione, abbasserà le sue difese.

Deve ritenersi che il requisito dell'attualità, richiesto dalla norma penale, sia configurabile anche nell'intervallo tra le violenze, quando il pericolo per l'integrità fisio-psichica della donna è certo ed imminente, proprio alla luce di una valutazione *globale* della situazione in cui i singoli episodi criminosi si collocano[37].

L'aggressora – si noti che, anche linguisticamente, il termine viene declinato sempre al maschile, proprio per l'atavico pregiudizio che le donne non possano aggredire –, a seguito dell'ennesima violenza, infatti, si trova dinnanzi alla decisione di agire nel momento in cui l'uomo sarà più vulnerabile, per evitare la certezza di patirne altre e più gravi, sapendo che, se non anticipa il *partner*, la sua reazione sarà inefficace a fronte di un danno probabilmente letale.

Uno degli equivoci di fondo su cui si basano le sentenze che escludono la legittima difesa, emesse negli omicidi consumati dalle donne ai danni di *partner* violenti, è quello di ritenere che le imputate fossero *libere* di *scegliere* una strada alternativa rispetto al delitto.

Si tratta di una lettura che dimostra la mancata conoscenza del fenomeno della violenza di genere e assume contorni meramente formalistici, in quanto confonde il piano normativo, in cui tutte le persone devono godere di autonomia e capacità di agire, con quello descrittivo della realtà in cui non si accerta e, dunque, non si prende atto, che non per tutte le donne vittime di violenza sia così.

La ragione non è giuridica, ma culturale perché le leggi e la loro interpretazione sono storicamente costruite sulla tolleranza (se non addirittura sull'impunità) della violenza contro le donne, dando voce a un contesto sociale di cui l'ordine giudiziario è solo una delle espressioni.

Per non applicare la legittima difesa alle donne vittime di violenza è necessario anche qualificare il delitto che subiscono come "abituale", categoria giuridica di costruzione dottrinale in cui il fatto tipico è costituito da una serie di condotte omogenee ripetute nel tempo, cosicché la difesa rispetto a detto reato potrà dirsi legittima – sotto il profilo dell'attualità del pericolo – solo se esercitata in occasione di una delle condotte offensive e non anche durante i periodi di intervallo fra esse.

I maltrattamenti in famiglia sono un reato abituale, secondo una qualificazione rispetto alla quale non ci interroghiamo più, dandola sostanzialmente per scontata. Eppure la Convenzione di Istanbul e, da

35. T. Padovani, voce *Difesa legittima*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. III, UTET, Torino, 1989, § 3: «*nelle offese abituali il pericolo è attuale ogni qual volta si presentino le condizioni che solitamente determinano la condotta di reiterazione: l'energumeno che rientrando la sera ubriaco maltratta i famigliari, realizza il pericolo attuale di un'offesa ingiusta per il solo fatto di varcare l'uscio di casa in pieno stato di ebbrezza*».

36. Vds. la citata sentenza della Corte suprema del Canada.

37. Oltre a C. Pecorella (*cfr. supra*, nota 1), vds. G. Marinucci ed E. Dolcini (a cura di), *Codice penale commentato*, Ipsoa (Wolters Kluwer), Milano, 1999 (I ed.), che parlano addirittura di ipotesi emblematica: «qui un pericolo "attuale" nel senso tradizionale certamente non sussiste; e tuttavia, da un lato l'intervento preventivo della forza pubblica appare spesso inefficace se non addirittura controproducente (il soggetto violento, ammonito o arrestato dalla polizia, tenderà a sfogare la propria rabbia contro i familiari non appena rientrato a casa), e dall'altro un'efficace autodifesa nel momento dell'effettiva aggressione risulta impraticabile, stante la superiorità fisica posseduta di regola dal familiare violento» (p. 783); vds., altresì, G. Marinucci - E. Dolcini - G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 303 ss., in cui viene sostenuta un'interpretazione estensiva del presupposto dell'attualità del pericolo nel caso della donna che commette il reato a seguito di un prolungato stato di terrore e violenza di genere. Infine F. Viganò, *Commento all'art. 52,* in E. Dolcini e G.L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, Ipsoa, Milano, 2021 (V ed.), secondo cui «qui un pericolo attuale del senso tradizionale certamente non sussiste; e tuttavia, da un lato l'intervento preventivo della forza pubblica appare spesso inefficace se non addirittura controproducente (...) e dall'altro un'efficace autodifesa nel momento dell'effettiva aggressione risulta impraticabile, nonostante la superiorità fisica posseduta, dal familiare violento» (p. 890).

ultimo, il rapporto del GREVIO[38] sulla sua attuazione in Italia, pubblicato il 13 gennaio 2020, ha posto in risalto il rischio che l'interpretazione del reato di violenza domestica come abituale ridimensioni fortemente l'applicazione della norma e, dunque, la sua punizione[39], in violazione appunto dei principi sanciti dalla fonte sovranazionale da noi ratificata.

La Corte di cassazione, proprio con riferimento alla vittima di gravi maltrattamenti in famiglia e di atti persecutori, è pacificamente orientata a escludere la configurabilità della legittima difesa con riferimento all'uccisione dell'autore del delitto abituale avvenuto durante il sonno[40], cioè nelle pause tra un episodio e l'altro.

Se dunque sommiamo, da un lato, l'orientamento tradizionale sulla legittima difesa riguardante il requisito dell'attualità del pericolo e, dall'altro lato, la connotazione abituale dei reati di violenza maschile contro le donne in forza della quale, ovviamente, la valutazione della proporzione tra gli interessi contrapposti attinge soltanto il singolo e parcellizzato comportamento (e non l'intera condotta)[41], si perviene alla palese discriminazione per cui proprio reati che violano un diritto umano, quali appunto i maltrattamenti in famiglia e gli atti persecutori, non consentono l'applicazione della scriminante in esame con riferimento a più fronti.

A ulteriore conferma che l'esclusione finora esposta riguardi esclusivamente i reati di violenza di genere, qualificati tradizionalmente come abituali, vi è la diversa soluzione adottata con riferimento ai reati permanenti, come il sequestro di persona, in cui invece l'offesa rimane costante fino a quando non cessi la condotta tipica, cosicché la reazione difensiva della vittima è pacificamente ammessa in qualsiasi momento in quanto il pericolo attuale permane per tutto il tempo[42].

Quindi, mentre la donna vittima da anni di gravi violenze da parte del proprio *partner*, a fronte della sua reazione omicidiaria, non può mai invocare la legittima difesa in quanto la sua condotta, per le ragioni sopra indicate, è ritenuta mossa da vendetta e ritorsione anche quando non abbia alcun'altra concreta alternativa, anzi sia certa di continuare a essere violata e violentata, l'ostaggio sequestrato può legittimamente uccidere i suoi carcerieri per guadagnare la libertà.

7. L'articolo 52 del codice penale depurato dagli stereotipi di genere in un'interpretazione convenzionalmente orientata

La rigidità con cui sono interpretati i parametri fissati dall'articolo 52 del codice penale è in evidente contrasto con i principi delle citate Convenzioni internazionali ratificate dall'Italia, oltre che con la "direttiva vittime", 2012/29/UE[43], secondo cui lo Stato deve contrastare la violenza di genere e non essere causa della vittimizzazione secondaria di chi la subisce.

Perché ciò avvenga è necessario che il giudice, chiamato a valutare l'uccisione del *partner* violento da parte di una donna che ne è stata vittima, accerti non soltanto la situazione che precede nell'immediato l'azione letale, ma l'intero contesto in cui questa è

38. Il "GREVIO" è il «Gruppo di esperte indipendenti del Consiglio d'Europa incaricato di monitorare l'attuazione della Convenzione di Istanbul».

39. C. Pecorella e P. Farina, *La risposta penale alla violenza domestica: un'indagine sulla prassi del Tribunale di Milano in materia di maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10 aprile 2018 (https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/2026-pecorellafarina2018a.pdf).

40. Cass. pen., sez. I, sentt. nn. 48291 del 21 giugno 2018 e 24736 del 1° marzo 2016. Inoltre, Cass. pen., sez. I, sent. n. 6591 del 18 febbraio 2010: «La rappresentazione, meramente congetturale e astratta, della generica possibilità (nel futuro) della perpetrazione di atti di violenza da parte della vittima (in atteggiamento assolutamente non offensivo - e neppure minaccioso - al momento del fatto, come espressamente riconosciuto dallo stesso ricorrente) non integra l'ipotesi, contemplata dall'articolo 52 c.p., del pericolo effettivo, concreto, attuale e specifico di veruna offesa, né dà adito alcuno alla supposizione erronea del ridetto pericolo, sì da comportare la necessità della difesa». Si noti che tutte le sentenze riguardanti la mancata applicazione della legittima difesa alle donne vittime di violenza domestica non risultano massimate e, comunque, sono emesse dalla prima sezione della Corte di cassazione, che non si occupa di reati di volenza di genere.

41. E. Biaggioni, *Brevi considerazioni sulla rappresentazione della violenza domestica e delle sue conseguenze nel giudizio su una donna che ha ucciso per difendersi*, in C. Pecorella (a cura di), *La legittima difesa delle donne*, *op. cit.*, pp. 107 ss.

42. E. Altavilla, voce *Difesa legittima*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, 1960, pp. 619 ss., fa riferimento al caso del soggetto sequestrato che reagisce contro i propri carcerieri. In base a quanto detto, dunque, il sequestrato potrà reagire legittimamente in legittima difesa in qualsiasi momento, anche sfruttando un momento di distrazione dei sequestratori.

43. Per la direttiva 2012/29/UE, si può richiamare il *considerando* 18, secondo cui «la violenza nelle relazioni strette è un problema sociale serio e spesso nascosto, in grado di causare un trauma fisico e psicologico sistematico dalle gravi conseguenze in quanto l'autore del reato è una persona di cui la vittima dovrebbe potersi fidare», sicché «le vittime di violenza nell'ambito di relazioni strette possono pertanto aver bisogno di speciali misure di protezione. Le donne sono colpite in modo sproporzionato da questo tipo di violenza e la loro situazione può essere peggiore in caso di dipendenza dall'autore del reato sotto il profilo economico, sociale o del diritto di soggiorno».

maturata: l'assetto di potere e subordinazione nella relazione di coppia; i ripetuti episodi di violenza, sia fisica che psicologica; gli indici di rischio per la donna che reagisce e per i figli; il contesto familiare-economico-sociale; la condizione di isolamento e dipendenza pregressa della donna.

Solo un esame complessivo dei fatti consente di reinterpretare il requisito della proporzione tra i diritti in conflitto che, in modo del tutto errato, la giurisprudenza italiana (e non solo) calibra sull'ultimo atto cui la vittima di violenza si oppone, appunto in una visione miope e parcellizzata della violenza domestica.

Il fatto che il marito maltrattante sia stato ucciso dalla sua vittima nel sonno o al momento del suo allontanamento non inficia il ragionamento circa l'esistenza di un pericolo imminente, posto che *nelle pause* tra una condotta di violenza e l'altra, aldilà di accertare un'offesa diretta, resta fermo il pericolo per il diritto umano della donna di vivere libera dalla violenza, come previsto e sancito dall'art. 3, lett. *a* della Convenzione di Istanbul: ai fini del requisito della *proporzione* tra i diritti confliggenti, costituendo un diritto umano, ha lo stesso identico grado di tutela del diritto alla vita dell'uomo maltrattante che venga attinto in forma difensiva per garantire il primo.

Solo l'applicazione di CEDAW, Convenzione di Istanbul e Cedu consente un'interpretazione non discriminatoria della legittima difesa nel reato di omicidio commesso dalle vittime di violenza di genere, purché, ancor prima, si scardinino anche i pregiudizi e gli stereotipi che precludono l'accesso alla giustizia delle donne[44], di cui, infatti, le medesime fonti si occupano espressamente.

La violenza maschile contro le donne è un fenomeno radicato nella cultura e nel rapporto tra i generi. Per contrastarla è necessario estirpare i modelli stereotipati, legati ai ruoli delle donne e degli uomini, che costituiscono la chiave di lettura per comprendere il contesto in cui le relazioni violente crescono e si alimentano.

È ovvio che se la struttura culturale è fondata sulla supremazia del genere maschile rispetto a quello femminile, anche gli stereotipi e i pregiudizi relativi agli istituti giuridici, inclusa la legittima difesa, si costruiranno in base a detta gerarchia per cui al comportamento di donne e uomini sono imposte aspettative differenti, «non limitandosi a definire come le persone effettivamente sono ma anche come dovrebbero essere»[45]. Da ciò consegue che se una donna supera questo *confine* diventa innanzitutto *diversa*, trasgredisce una regola non scritta posta a fondamento di una struttura di potere, e per questo è passibile di processi sanzionatori sotto il profilo familiare, sociale e istituzionale che le rendono difficile il compito di decidere.

Gli stereotipi di genere sono uno strumento che: crea la disuguaglianza, giustifica la discriminazione, rafforza ulteriormente la disparità tra uomini e donne a favore dei primi.

Ne consegue che l'interpretazione del giudice deve necessariamente avere un approccio anti-stereotipato al fine di garantire un'uguaglianza sostanziale anche in applicazione dell'art. 3, secondo comma della Costituzione. Diversamente, l'interpretazione di un fatto e di un istituto giuridico rischia di giungere a conclusioni che deformano la realtà in forza degli inconsapevoli stereotipi che applica. È il caso di una donna che uccide il *partner* all'ennesima minaccia di morte e violenza gravissima subita, e alla quale non si applica aprioristicamente la scriminante della legittima difesa per gli stereotipi secondo cui alla violenza una donna non deve e non può reagire, sia per la sua posizione naturalmente passiva, sia perché costituisce una modalità normale nel rapporto tra i generi a cui la donna deve sottomettersi, come è sempre accaduto nella storia dell'umanità.

Poiché gli stereotipi rafforzano la discriminazione e la disuguaglianza e impediscono alle donne di esercitare i loro diritti, i tribunali devono assumere un approccio che li riconosca per escluderli dal ragionamento giuridico, al fine di garantire un processo equo[46].

8. La legittima difesa con le lenti di genere

L'istituto della legittima difesa è un istituto classico del diritto penale, con una precisa dimensione storica, che ne impone la reinterpretazione alla luce dei principi fondanti della Costituzione italiana e delle Convenzioni sovranazionali, a partire, appunto, dal diritto umano delle donne di vivere libere dalla violenza.

44. T. Manente e I. Boiano, *La violenza nei confronti delle donne nel codice penale*, in T. Manente (a cura di), *La violenza nei confronti delle donne dalla Convenzione di Istanbul al "Codice Rosso"*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 111 ss.

45. B. Gelli, *Psicologia della differenza di genere. Soggettività femminili tra vecchi pregiudizi e nuova cultura*, Franco Angeli, Milano, 2009, p. 67.

46. P. Di Nicola Travaglini, *Pregiudizi giudiziari nei reati di violenza di genere: un caso tipico*, in *Sistema penale*, 11 gennaio 2022 (www.sistemapenale.it/it/opinioni/tribunale-roma-2021-pregiudizi-giudiziari-violenza-di-genere); E. Biaggioni, *La difficile posizione delle vittime di violenza sessuale: l'insostenibile confronto con il pregiudizio sulla scarsa attendibilità della persona offesa lo stereotipo dello stupratore modello*, *ivi*, 22 luglio 2022 (www.sistemapenale.it/it/scheda/vittima-violenza-sessuale-pregiudizio-scarsa-attendibilita-persona-offesa).

La legittima difesa nella violenza maschile contro le donne, dietro a una falsa neutralità, è interpretata, in Italia e nel mondo, in una visione discriminatoria ai danni delle donne, perché sia il *soggetto* che agisce che quello che re-agisce non sono mai valutati nella loro dimensione sessuale, ma come entità falsamente universali costruite sul modello maschile. L'uguaglianza formale è un alibi giuridico per non vedere che la donna, nella quasi totalità dei casi in cui subisce violenza, è privata della libertà di scegliere e dunque non sempre ha – o non ritiene di avere – alternative alla reazione criminale.

Il diritto dovrebbe costituire lo strumento per rendere possibili relazioni paritarie, non dandole per presupposte, e impedire il sorgere e/o il permanere di rapporti di dominio unilaterali. Altrimenti si trasforma in mezzo per l'esercizio legittimo della violenza[47] e non della difesa dei diritti.

Dobbiamo riconoscere, quindi, indossando le lenti interpretative di genere, che quando questa scriminante è invocata per fatti commessi, in chiave reattiva e difensiva, dalle vittime di reati di violenza di genere, non può più essere interpretata adottando ancora i parametri del diritto romano, parcellizzando il contesto generale in cui il fatto criminoso si consuma, e al limite diminuendo la pena in forza della pietà umana suscitata dall'imputata a cui, al più, viene attribuita una patologia momentanea.

Il pericolo attuale ed imminente, la proporzione tra i diritti lesi, la ragionevolezza, la necessità della reazione della donna che uccide in un contesto di violenza certa di non avere alternative, vanno interpretati innanzitutto in base alle Convenzioni sovranazionali di contrasto alla violenza di genere e, poi, sulla base dei fatti, delle circostanze e della specificità del sesso e della relazione delle persone coinvolte nel caso concreto, abbandonando modelli arcaici, come quello dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*, ampiamente superati dalla nuova cornice normativa.

Ogni operatore del diritto è oggi tenuto a scardinare convinzioni – fondate su un sistema patriarcale millenario – mai messe in discussione. La produzione giuridica, al pari di quella filosofica e religiosa, è innanzitutto una produzione culturale e stabilisce i valori su cui poggia la struttura della convivenza civile. Una sentenza non fissa solo la regola del caso concreto, ma stabilisce anche l'ordine sociale, ritenuto legittimo in nome dello Stato. E quello fondato sulla discriminazione delle donne non lo è.

47. F. Bilotta e F. Raimondi, *Il soggetto di diritto*, *op. cit*.

Un ascolto parziale: il lavoro ideologico dei miti di stupro in aula di giustizia

di *Eleonora Volta*

Nonostante l'evoluzione del quadro normativo italiano in materia di violenza di genere, nella giurisprudenza di merito permane una diffusa modalità interpretativa che ricerca nella vittima le cause che muovono la condotta delittuosa dell'imputato, oscurando il movente di genere ed esponendo la persona offesa dal reato a una vittimizzazione secondaria. Tale prassi ermeneutica e applicativa, negli studi giuridici e sociologici che riguardano casi italiani, è indagata prevalentemente guardando agli stereotipi e ai pregiudizi di genere contenuti nelle sentenze. In questo mio contributo, propongo un'analisi critica delle risorse concettuali e delle pratiche linguistiche di matrice sessista adottate nel condurre l'esame della persona offesa da reati di genere in fase dibattimentale.

1. Introduzione / 2. Sessismo, miti di stupro e ingiustizie epistemiche / 3. I miti di stupro nel discorso giuridico / *3.1. «Quindi è un rapporto sessuale non completato ma iniziato»* / *3.2. «Quindi era geloso»: falsi moventi e* victim blaming / **4. Conclusioni**

1. Introduzione

Il rapporto del GREVIO[1] e i documenti approvati dalla Commissione d'inchiesta sul femminicidio del Senato dimostrano che, all'interno di una parte del corpo della magistratura, persiste una sostanziale difficoltà nel riconoscere la violenza di genere nella sua natura strutturale[2]. Nonostante l'evoluzione del quadro normativo italiano in materia di violenza sessuale e domestica – riflesso di un cambiamento culturale lento e gravoso –, nella giurisprudenza di merito permane una diffusa modalità interpretativa che ricerca nella vittima[3] le cause che muovono la condotta delittuosa dell'imputato, oscurando il movente di genere

1. Gruppo di esperti/e sulla lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (GREVIO), *Rapporto di Valutazione di Base sulle misure legislative e di altra natura da adottare per dare efficacia alle disposizioni della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (Convenzione di Istanbul) – Italia*, 15 novembre 2019, pubblicato il 13 gennaio 2020 (www.criminaljusticenetwork.eu/contenuti_img/Rapporto%20GREVIO.pdf).

2. Si vedano, in particolare, la *Relazione sulla vittimizzazione secondaria delle donne che subiscono violenza e dei loro figli nei procedimenti che disciplinano l'affidamento e la responsabilità genitoriale*, del 2022 (www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/1349605.pdf), e *La risposta giudiziaria ai femminicidi in Italia. Analisi delle indagini e delle sentenze. Il biennio 2017-2018*, del 2021 (https://static.gedidigital.it/repubblica/pdf/2022/politica/relazione_femminicidio_indagini_2017_2018.pdf; www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/1327971.pdf), approvate dalla Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio nonché su ogni forma di violenza di genere.

3. Adotto qui la nozione criminologica di "vittima", intesa come «qualsiasi persona che abbia sofferto una lesione, incluso un danno fisico o mentale, sofferenza emotiva, perdita economica o una sostanziale compressione o lesione dei propri diritti fondamentali attraverso condotte che abbiano violato norme penali» – vds. G. Dalia, *La risposta del sistema processuale penale per la tutela delle vittime di violenza di genere*, in *Archivio penale*, n. 1/2020, pp. 2-30.

ed esponendo la persona offesa a una vittimizzazione secondaria. Tale prassi ermeneutica e applicativa, negli studi giuridici e sociologici che riguardano casi italiani, è indagata prevalentemente guardando agli stereotipi e ai pregiudizi di genere contenuti nelle sentenze[4]. Quello che propongo in questo mio contributo è un'analisi critica delle risorse concettuali e delle pratiche linguistiche di matrice sessista adottate nel condurre l'esame della persona offesa da reati di genere in fase dibattimentale.

Attualmente, nella giurisprudenza italiana, l'orientamento interpretativo maggioritario è quello secondo cui, nel processo penale, la testimonianza della persona offesa può essere assunta autonomamente come fonte di prova della colpevolezza dell'imputato. Poiché la deposizione testimoniale della persona offesa non può essere parificata a quella del terzo disinteressato – ancor più laddove la teste è parte civile del processo e, dunque, portatrice di un interesse economico –, la verifica della credibilità soggettiva della dichiarante e dell'attendibilità intrinseca della sua testimonianza dev'essere condotta più rigorosamente rispetto a quella cui sono sottoposte le dichiarazioni testimoniali *tout court*[5]. Nei processi per reati di violenza sessuale e domestica, tale verifica risulta alquanto problematica, poiché l'imparzialità di giudizio viene spesso minata da un'ideologia sessista che nega alla vittima di reato la possibilità di offrire compiutamente e vedere riconosciuta la propria versione dei fatti.

Prendendo le mosse dall'osservazione diretta di tre udienze tenutesi presso il Tribunale di Milano lo scorso anno, offrirò alcuni esempi che mettono in luce il lavoro ideologico delle domande poste dal (o dalla) giudice nella valutazione della prova testimoniale della persona offesa, considerando in particolare il ruolo dei miti di stupro nella definizione di ciò che costituisce violenza sessuale (par. *3.1.*) e nella colpevolizzazione della vittima (par. *3.2.*).

Per analizzare il linguaggio e i concetti operativi durante la *cross-examination* della persona offesa, occorre innanzitutto definire una prospettiva teorica. Nel paragrafo che segue, chiarirò cosa intendo con *ideologia sessista*, cosa sono i *miti di stupro* e in che modo questi ultimi costituiscono un ostacolo nella produzione e ricezione del sapere relativo all'esperienza della violenza di genere vissuta dalle donne.

2. Sessismo, miti di stupro e ingiustizie epistemiche

Il sessismo è un fatto sociale, culturale e ordinario che si realizza nelle nostre pratiche quotidiane.

Adottando la prospettiva teorica della filosofa statunitense Sally Haslanger[6], potremmo considerare l'ideologia sessista come un sistema di significati sociali collettivamente condivisi che, incarnandosi in pratiche e atteggiamenti, coordina i soggetti nelle interazioni quotidiane riproducendo le asimmetrie di potere e i ruoli di genere istituzionalizzati dal sistema sociopolitico patriarcale. Consideriamo tre scenari ordinari:

(1) una donna sta entrando in un caffè e l'uomo che è davanti a lei la invita a precederlo aprendole la porta d'ingresso. Lei rifiuta di assecondarlo, ma lui insiste: "prima le signore";

(2) un uomo e una donna siedono al tavolo di un ristorante. Il cameriere si avvicina, mostra l'etichetta della bottiglia di vino all'uomo e gli versa la bevanda nel calice per l'assaggio;

(3) una donna denuncia a un poliziotto le violenze perpetrate contro di lei dal marito, ma viene ritenuta troppo emotiva per essere presa sul serio. Il poliziotto le risponde: "signora, si calmi, provi a riappacificarsi con suo marito".

Se il terzo scenario, su cui torneremo fra un istante, è oggi comunemente accettato come un chiaro esempio di sessismo, (1) e (2) sono spesso ritenuti come non problematici, casi di "sessismo benevolo" che non nuocciono a nessuno. Eppure, tali atteggiamenti, certamente fra i meno dannosi, sono coerenti con il sistema di stereotipi e di pregiudizi di genere che – fissando la *natura* della "donna" e dell'"uomo" sulla base delle regolarità del mondo presente e passato – distribuiscono i ruoli sociali mantenendo e rafforzando l'oppressione dei soggetti percepiti come donne[7].

Proponendo (1) e (2), non intendo qui suggerire che tali pratiche sociali vadano necessariamente abbandonate. Vorrei limitarmi a mostrare che, assumendo una distanza critica da certe nostre abitudini, è possibile osservare alcune cose rilevanti per gli scopi del presente lavoro.

Innanzitutto, l'adesione all'ideologia sessista non è necessariamente un atto intenzionale: si può *agire* in modo sessista anche senza *conoscere* i significati

4. Vds., ad esempio, F. Saccà, *Stereotipo e pregiudizio. La rappresentazione giuridica e mediatica della violenza di genere*, Franco Angeli, Milano, 2021.

5. *Cfr*. Cass. pen., sez. V, sent. 26 marzo 2019, n. 21135; Cass. pen., sez. III, ud. 19 novembre 2021 (dep. 17 gennaio 2022), n. 1559.

6. Vds. S. Haslanger, *Cognition as a Social Skill*, in *Australasian Philosophical Review*, vol. 3, n. 1/2019, pp. 5-25.

7. Nel presente lavoro, uso il termine "donna" per riferirmi a una categoria politica, includendo tutte le donne *trans* e *cis*.

sociali che orientano il nostro pensiero e le nostre azioni. Così, un cameriere può rivolgersi all'uomo per l'assaggio del vino semplicemente perché obbedisce agli ordini impartitigli dal caposala, mentre l'uomo che apre la porta alla donna e insiste nonostante il rifiuto di lei potrebbe farlo perché ci tiene a comportarsi da "gentiluomo", e non si accorge di risultare inopportuno. Per coordinarci con gli altri nella vita quotidiana abbiamo bisogno di agire conformemente al sistema di attese prodotto dallo sfondo normativo che regola i rapporti interpersonali, il quale è in parte costituito dalle norme di genere: accettare il gesto di "galanteria" di un uomo o attendere che il proprio commensale esprima un parere sul vino appena assaggiato è il modo più semplice per partecipare agilmente alle interazioni sociali e, in certi casi, può essere l'atteggiamento più vantaggioso. Di contro, disattendere le aspettative può comportare un costo cognitivo e sociale molto alto.

Se nei casi del "cameriere obbediente" e del "gentiluomo" conformarsi all'ideologia sessista non produce danni eccessivi, nell'esempio (3) la negligenza del poliziotto può causare danni irreparabili, e a prescindere dagli effetti costituisce una grave forma di discriminazione. Per tale ragione, è doveroso interrogarsi collettivamente sui significati sociali che orientano il suo agire. Torniamo all'esempio:

(3) Una donna denuncia a un poliziotto le violenze perpetrate contro di lei dal marito, ma viene ritenuta troppo emotiva per essere presa sul serio. Il poliziotto le risponde: "signora, si calmi, provi a riappacificarsi con suo marito".

Nello scenario descritto, la denunciante viene disconosciuta come soggetto epistemico competente a causa di un pregiudizio legato alla sua identità di genere: assumendo un atteggiamento discriminatorio di tipo sessista, il poliziotto considera la testimonianza della parlante inattendibile e recepisce l'atto di denuncia come una lamentela trascurabile[8]. Il *deficit* di credibilità che colpisce la donna, in questo caso causato da pregiudizi sulla *natura* irrazionale del soggetto femminile, viene spiegato dalla filosofa britannica Miranda Fricker con la nozione di *ingiustizia testimoniale*[9], e poiché danneggia il soggetto in quanto agente conoscitivo, costituisce una forma di *ingiustizia epistemica*[10].

Questo caso di sessismo risulta dannoso non soltanto in quanto colpisce una donna per ragioni legate alla sua identità di genere, ma anche perché la conoscenza che il soggetto parlante intende trasmettere al suo interlocutore riguarda il dominio della violenza di genere. Difatti il poliziotto, nel negare credito alle parole della denunciante, fallisce nel riconoscimento della situazione di violenza riportata, derubricando il reato di genere a una mera lite familiare. Tale atteggiamento, che, come mostrerò nel prossimo paragrafo, viene assunto anche in aula di giustizia, è indicativo del modo in cui l'ideologia sessista rappresenta la violenza di genere e può essere meglio indagato adottando la nozione di *mito di stupro*.

La filosofa britannica Katharine Jenkins definisce i miti di stupro come «atteggiamenti sbagliati nei confronti della violenza sessuale»[11] che, agendo in molte aree del discorso, portano a non credere alla parola della vittima (*dishonesty myths*), a oscurare la distinzione fra sesso e violenza sessuale (*consent myths*) e ad attribuire alla persona offesa la colpa della violenza subita (*blame myths*). Di seguito, propongo un esempio per ciascuna categoria:

(a) "le donne spesso mentono sulla violenza sessuale per vendetta o per interessi economici";

(b) "la violenza sessuale implica *sempre* la forza fisica e una vittima di violenza cercherà *sempre* di respingere l'aggressore"[12];

(c) "Una donna che flirta con altri uomini è *naturale* che provochi la *gelosia* del marito, ed è sempre da biasimare".

Ogni mito di stupro, più o meno manifestamente, limita il nostro modo di pensare e agire rispetto alla violenza sessuale, assolvendo di volta in volta funzioni diverse.

I *miti sulla disonestà*, esemplificati da (a), suggeriscono che la testimonianza delle donne che denunciano di aver subito una qualunque forma di violenza di genere dovrebbe essere trattata con sospetto, rinforzando i pregiudizi sulla *natura* mendace, vendicativa e "troppo" emotiva del soggetto femminile. Poiché i miti sulla disonestà comportano per la vittima

8. Poiché l'identità di genere della parlante influisce sulla sua capacità di compiere felicemente un certo atto linguistico – quello di denunciare le violenze perpetrate dal marito –, da una prospettiva performativa del linguaggio l'esempio proposto costituisce un caso di ingiustizia discorsiva. Vds. R. Kukla, *Performative force, convention, and discursive injustice*, in *Hypatia*, vol. 29, n. 2/2014, pp. 440-457.

9. M. Fricker, *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

10. *Ivi*, cap. I.

11. K. Jenkins, *Rape Myths: What are They and What can We do About Them*, in *Royal Institute of Philosophy Supplement*, vol. 89, 2021, pp. 37-49.

12. K. Jenkins, *op. ult. cit.*, p. 38.

«un deficit di credibilità causato da pregiudizi legati alla propria identità sociale»[13], Jenkins considera questa prima categoria di miti come un esempio di ingiustizia testimoniale.

I *miti sul consenso*, esemplificati da (b), oscurano dalla comprensione collettiva la maggior parte delle esperienze di violenza sessuale e domestica, negando legittimità alle produzioni di sapere dei soggetti *target* della violenza di genere, e costituiscono, secondo Jenkins, quella che Fricker definisce come una forma di «*ingiustizia ermeneutica*»[14]. Come emergerà analizzando i miti di stupro istituzionalizzati nel discorso giuridico (par. 3), tale forma d'ingiustizia non si realizza unicamente a causa di una lacuna concettuale, ma anche perché vengono resi operativi concetti distorsivi, che ostacolano l'applicazione di risorse ermeneutiche più accurate.

Infine, i *miti sulla colpa*, come (c), esercitano la funzione misogina[15] di stigmatizzare le donne che, per condotta o per appartenenza a un gruppo sociale svantaggiato, si discostano dall'inarrivabile modello della "*vera* vittima"[16], e di punire chi si rifiuta di fare sesso con i soggetti maschili tutelati dall'ordine patriarcale[17].

Se osserviamo lo scenario proposto in (3) adottando la tassonomia dei miti di stupro appena descritta, notiamo che il poliziotto, oltre a non credere alla testimonianza della denunciante, adotta una risorsa ermeneutica inadeguata – quella di "lite familiare" – per comprendere il fatto riportato, coerentemente con il mito sul consenso secondo cui "una donna non può essere violentata dal marito" e con i miti sulla colpa che attribuiscono alla vittima la causa della violenza subita – come "le donne spesso *provocano* la rabbia dei loro partner ed è *naturale* che questi reagiscano". Come vedremo nel paragrafo che segue, i miti di stupro che orientano l'atteggiamento del poliziotto non agiscono in un vuoto sociale, ma sono inseriti in un ampio sistema di pratiche di oppressione socioculturali, economiche e politiche spesso legittimate e reiterate anche in ambito giudiziario.

Da una prospettiva performativa del linguaggio, si può osservare come, nei processi per reati di violenza di genere, i miti di stupro – quando posti in essere – svolgano un ruolo determinante nella formulazione delle domande poste durante la valutazione della testimonianza della vittima in fase dibattimentale, impedendo la corretta applicazione delle leggi che tutelano la persona offesa e costituendo un elemento cardine nella categorizzazione delle parti del processo.

Nel paragrafo che segue, mostrerò come il linguaggio adottato da chi esercita la giustizia possa svolgere una funzione oppressiva, andando ad autorizzare e consolidare le asimmetrie di potere che regolano i rapporti fra soggetto imputato e persona offesa.

3. I miti di stupro nel discorso giuridico

Gli esempi che propongo in questa sezione riguardano tre udienze collegiali di procedimenti penali per reati di genere svolti presso il Tribunale di Milano. In tutti e tre i casi, i soggetti imputati sono indagati per i reati di maltrattamenti contro famigliari e lesioni personali e, in due casi, per il reato di violenza sessuale, con l'aggravante di avere commesso il fatto ai danni della moglie e in presenza dei figli minorenni.

L'ascolto delle persone offese si è svolto a porte aperte e tutte e tre le dichiaranti, pur riscontrando difficoltà nell'esprimersi in lingua italiana, hanno affrontato l'esame incrociato senza l'ausilio di un interprete. Rilevo fin d'ora quest'ultimo aspetto perché la barriera linguistica ha costituito un ulteriore ostacolo nella costituzione della prova testimoniale: le persone offese sono state richiamate di frequente da chi presiedeva l'udienza perché parlavano troppo veloce o perché adottavano parole ritenute dal Tribunale inadeguate (ad esempio "sgridare" invece di "insultare").

13. M. Fricker, *Epistemic Injustice*, *op. cit.*, cap. I.

14. K. Jenkins, *Rape Myths*, *op. cit.*, p. 43. In *Epistemic Injustice* (*op. cit.*, p. 158), M. Fricker definisce l'ingiustizia ermeneutica come una forma d'ingiustizia epistemica, consistente nell'«avere un'area significativa della propria esperienza sociale oscurata dalla comprensione collettiva a causa di un'emarginazione ermeneutica».

15. Nel presente lavoro, assumo la definizione di misoginia proposta dalla filosofa australiana Kate Manne. Nel suo saggio (*Down Girl: The Logic of Misogyny*, Oxford University Press, Oxford, 2017), indagando il fenomeno della violenza di genere nelle società nelle quali si è ottenuta la parità formale fra i sessi, Manne propone di pensare alla misoginia come a un sistema di pratiche e atteggiamenti che, agendo come un "corpo di polizia", esercita il controllo e l'imposizione del sistema sociopolitico patriarcale.

16. S. Estrich, *Real Rape*, Cambridge, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1987. Di Nicola parla, a tal proposito, di «"vittima perfetta"» – vds. P. Di Nicola Travaglini, *La Corte EDU alla ricerca dell'imparzialità dei giudici davanti alla vittima "imperfetta"*, in *Questione giustizia online*, 20 luglio 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/la-corte-edu-alla-ricerca-dell-imparzialita-dei-giudici-davanti-alla-vittima-imperfetta).

17. K. Jenkins, *Rape Myths*, *op. cit.*, p. 46. Sulla logica che scagiona i "bravi ragazzi" (*golden boys*) che violentano le donne, esonerandoli dalla categoria degli "stupratori", vds. K. Manne, *Down Girl*, *op. cit.*, p. 198.

Assumendo la tassonomia dei miti di stupro proposta da Jenkins, comincerò osservando i miti sul consenso operativi nella definizione del fatto contestato.

3.1. «Quindi è un rapporto sessuale non completato ma iniziato»

Definendo alcuni miti di stupro come forme di ingiustizia ermeneutica, Jenkins adotta la distinzione fra *concetti manifesti* – indicanti il modo in cui definiremmo esplicitamente un concetto se ci venisse chiesto di farlo – e *concetti operativi* – desumibili dalle nostre pratiche effettive[18] –, e individua in particolare nei miti sul consenso – ovvero in quei miti che oscurano ciò che conta come sesso e ciò che costituisce violenza sessuale – la funzione di indurre le persone ad avere un concetto operativo sbagliato, nonostante queste posseggano il concetto manifesto corretto.

I miti sul consenso operativi nel discorso giuridico sono difficili da disinnescare proprio perché coerenti con una serie di leggi intrinsecamente sessiste che, sebbene abrogate, continuano talvolta ad abitare le prassi interpretative di chi esercita la giustizia. Volgo lo sguardo alla storia recente per ricordarne alcune.

Nell'ordinamento italiano, fino al 1976, la violenza sessuale perpetrata dal marito nei confronti della moglie non costituiva reato. Fino al 1981, anno che vede l'abrogazione dei delitti per causa d'onore, il reato di stupro poteva essere estinto ricorrendo al cd. "matrimonio riparatore": poiché la violenza sessuale era definita dal legislatore come un «delitto contro la morale pubblica e il buon costume», e non già contro la libertà personale e l'autodeterminazione sessuale della donna, il danno recato all'onore patriarcale poteva essere annullato dall'unione in matrimonio del reo e della persona offesa dal reato. Fino al 1996, il Codice Rocco distingueva fra due fattispecie di reato (*ex* artt. 519 e 521 cp, abrogati dalla l. 15 febbraio 1996): la «violenza carnale» e gli «atti di libidine violenti». Per verificare la prima, consistente nella «congiunzione carnale» (ovvero nell'atto penetrativo), la presunta vittima veniva interrogata in aula di giustizia sull'esatta natura dell'atto sessuale denunciato, e se non riusciva a *provare* di avere subito un «rapporto completo forzato», il reato veniva derubricato. Per essere considerato «forzato», l'atto doveva rispettare il criterio della massima resistenza, che implicitamente caratterizza il *vero* stupro come quello che implica sempre una forza fisica soverchiante cui la vittima *deve* resistere "fino in fondo"[19].

Attraverso il dispositivo della legge, l'ideologia sessista ha marcato il confine che separa il sesso dalla violenza sessuale, definendo quest'ultima come un crimine che interessa una minoranza trascurabile di soggetti in circostanze eccezionali. I miti sul consenso sono il residuo ostinato di una cultura che ha a lungo normalizzato la subordinazione delle donne al dominio maschile.

Uno sguardo alla storia recente ci permette ora di mettere in luce la matrice sessista delle risorse concettuali e delle pratiche linguistiche adottate dal Tribunale nel condurre l'esame delle persone offese nelle udienze in oggetto.

Gli esempi che seguono mostrano che anche se chi giudica ha una giusta concezione della nozione giuridica (il concetto *manifesto*) di «violenza sessuale» – definita dall'art. 609-*bis* cp secondo le categorie di costrizione (violenza, minaccia e abuso di autorità) e induzione (abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica e inganno) e avente il consenso della persona offesa quale elemento costitutivo negativo del delitto[20] –, i concetti *operativi* nella valutazione del fatto contestato sono spesso ancora il prodotto di miti di stupro secondo cui la violenza sessuale implica *sempre* l'atto penetrativo, il quale è inflitto *sempre* con una forza fisica soverchiante che la vittima cerca *sempre* di contrastare, opponendosi con la massima resistenza.

Comincio presentando due momenti dell'esame condotto in uno dei due casi in cui l'imputato è indagato per i reati di violenza sessuale, maltrattamenti contro famigliari e lesioni personali.

Si sta svolgendo l'esame del pubblico ministero. La giudice che presiede il collegio interviene chiedendo alla persona offesa di descrivere meglio le modalità con cui veniva maltrattata dal marito. La dichiarante risponde di essere stata ripetutamente minacciata di morte e insultata e descrive la dinamica di una delle violenze sessuali subite in presenza del figlio minorenne adottando la categoria di violenza fisica (dice

18. Si vedano K. Jenkins, *Rape Myths*, *op. cit.*, p. 44, e S. Haslanger, *Cognition*, *op. cit.*, p. 14.

19. Sulla matrice sessista del Codice Rocco del 1930, vds. F. Basile, *Violenza sulle donne e legge penale: a che punto siamo?*, in *Criminalia*, 2018, pp. 463-474 (https://discrimen.it/wp-content/uploads/Basile-Violenza-sulle-donne-e-legge-penale.pdf; www.edizioniets.com/priv_file_libro/3819.pdf).

20. La Corte di cassazione ha ribadito di recente che, «secondo l'orientamento ampiamente prevalente, ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo del reato di violenza sessuale, è sufficiente che l'agente abbia la consapevolezza del fatto che non sia stato chiaramente manifestato il consenso da parte del soggetto passivo al compimento degli atti sessuali a suo carico» – Cass. pen., sez. III, ud. 19 novembre 2021 (dep. 17 gennaio 2022), n. 1559.

testualmente: «*mi teneva e mi rompeva i vestiti*») e riportando il momento in cui ha manifestato verbalmente il proprio rifiuto («*non è stato mai fermo quando gli dicevo "no"*»). Nonostante ciò, la giudice pone l'elemento del consenso in secondo piano, chiedendo alla vittima se l'imputato volesse il rapporto «con la *forza*», e dopo la risposta affermativa della dichiarante, continua a considerare la violenza come un rapporto sessuale «forzato»[21] ma comunque partecipato da entrambi («e l'*avete* fatto con forza?»). Limitando la categoria di violenza all'esplicazione della forza fisica, il fatto che l'autodeterminazione della persona offesa risulti chiaramente coartata viene ritenuto insufficiente.

Poco più avanti, sempre durante l'esame del pubblico ministero, la giudice chiede alla testimone di descrivere nel dettaglio un altro episodio di violenza sessuale. La persona offesa risponde riferendo che in quell'occasione l'imputato, insultandola e minacciandola, l'aveva violentata sessualmente stringendola per il collo fino a farle perdere i sensi. La giudice le chiede dunque se fosse stata penetrata, e ottenendo una risposta affermativa le domanda se l'imputato avesse raggiunto l'orgasmo («e lui è venuto?»). Poiché la dichiarante risponde di no, la giudice categorizza infine la violenza sessuale in termini di «rapporto sessuale *non completato ma iniziato*». Definendo la violenza in base al piacere sessuale provato dall'imputato al momento del fatto, l'orgasmo dell'aggressore viene considerato dal Tribunale come un elemento necessario per la configurazione dell'atto come "completo". L'adozione di criteri interpretativi coerenti con il concetto sessista di "congiunzione carnale" impedisce qui la corretta applicazione della nozione giuridica di «atti sessuali» attualmente vigente[22].

Passando all'altro procedimento penale intentato per i reati di violenza sessuale, maltrattamenti contro famigliari e lesioni personali, propongo un ultimo esempio che mostra come i miti sul consenso giochino un ruolo determinante nel definire la *natura* della violenza sessuale.

Siamo al termine della *cross-examination*: la persona offesa ha già descritto i modi in cui veniva insultata, picchiata e costretta reiteratamente dall'imputato a compiere e subire atti sessuali contro la sua volontà, dichiarando con grande difficoltà che spesso alla fine si «abbandonava», «sperando che finisse tutto in fretta», ed è ora sottoposta all'esame dell'avvocato della difesa. Le domande dell'avvocato mirano a derubricare la maggior parte degli episodi di violenza sessuale denunciati in forma tentata: dapprima viene chiesto alla testimone con quale frequenza avvenivano gli episodi di violenza e, in seguito, se generalmente lei opponeva resistenza riuscendo a «divincolarsi». La giudice interviene domandando alla dichiarante se i rapporti erano «forzati» e se, «quando lui usava la *forza* per i rapporti sessuali, l'atto si *compiva*». Ancora una volta la nozione di "atto sessuale" viene applicata adottando il criterio della massima resistenza e considerando rilevante il piacere sessuale del soggetto imputato, cosicché viene interpretato come atto "non compiuto" anche quello che dovrebbe essere configurato come violenza sessuale in forma consumata. Difatti, se si abbandona la prospettiva ideologica che definisce la violenza a partire dalla sessualità e dell'appagamento erotico maschile, risulta chiaro che l'invasione della sfera sessuale della persona offesa in assenza di consenso è *già* violenza sessuale[23].

La tendenza ad applicare le norme adottando un atteggiamento sessista risulta dannosa non soltanto in quanto impedisce di riconoscere la violenza di genere quando questa non rispetti i criteri stabiliti dall'ideologia dominante, ma perché comporta al contempo una mancanza di cura nei confronti della persona offesa[24]. Tale mancanza, in fase dibattimentale, si realizza nella massima intensità in una serie di prassi che, ignorando la vulnerabilità posizionale della vittima o abusando di tale condizione, attribuiscono a quest'ultima la colpa della violenza subita, e dunque l'onere di giustificare in modo *convincente* le ragioni della condotta delittuosa denunciata.

---

21. Durante l'esame del Tribunale, poco prima di congedare la persona offesa, la giudice definisce ancora le violenze sessuali denunciate dalla dichiarante come «rapporti forzati».

22. La Corte di cassazione specifica che, «ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo del reato di violenza sessuale, non è necessario che la condotta sia finalizzata a soddisfare il piacere sessuale dell'agente, in quanto è sufficiente che questi sia consapevole della natura oggettivamente sessuale dell'atto posto in essere volontariamente» – vds. Cass. pen., sez. III, sent. 24 gennaio 2019, n. 20459.

23. La Corte di cassazione ha di recente ribadito che la fattispecie criminosa prevista dall'art. 609-*bis* cp comprende «qualsiasi atto che, risolvendosi in un contatto corporeo, ancorché fugace ed estemporaneo, tra soggetto attivo e soggetto passivo, o comunque coinvolgente la corporeità sessuale di quest'ultimo, è finalizzato ed idoneo a porre in pericolo la libertà di autodeterminazione del soggetto passivo nella sua sfera sessuale, indipendentemente dall'appagamento da parte dell'agente di un istinto libidinoso» – *cfr*. Cass. pen., sez. III, 15 marzo 2022 (dep. 2 aprile 2022), n. 11624.

24. La giurista statunitense Deborah Tuerkheimer (*Credible: Why We Doubt Accusers and Protect Abusers*, Harper Collins, New York, 2021, p. 135), riferendosi alla diseguaglianza prodotta dall'inadeguata considerazione delle sopravvissute alla violenza e dall'eccessiva premura nei confronti degli autori di reato, parla di «*care gap*».

Nella seconda parte del presente paragrafo, offrirò alcuni esempi che mostrano come gli argomenti della "gelosia" e della "provocazione" giustifichino la formulazione di domande mirate a biasimare la persona offesa per la sua "cattiva" condotta e a mitigare la responsabilità dell'imputato.

3.2. «Quindi era geloso»: falsi moventi e victim blaming

«Sei solo una puttana». Chi agisce violenza contro le donne usa quasi sempre il linguaggio d'odio come arma di violenza verbale e lo fa con l'intento di aggredire, umiliare, degradare, opprimere l'altra persona fino a farla sentire impotente, sola e colpevole. Insulti come quello menzionato – denunciati da tutte e tre le persone offese nei casi in oggetto – non sono la manifestazione di "gelosie maschili" o di "menti malate", ma pratiche misogine finalizzate al controllo, alla sottomissione e all'isolamento delle persone che subiscono violenza. Ricercare la causa degli insulti nella condotta di chi li riceve significa fallire nel riconoscimento del movente di genere.

«Quali erano i motivi di questi insulti? Era geloso?»; «Perché ti diceva che eri una puttana?»; «Quindi era geloso e non voleva che lei contattasse i suoi amici. Poi cos'è successo?». Queste domande sono state rivolte alle persone offese rispettivamente dal pubblico ministero, dall'avvocata della difesa e dalla giudice nelle udienze dei tre procedimenti penali in oggetto nel presente articolo, e rappresentano solo alcuni dei momenti in cui le testimoni sono state chiamate a individuare le ragioni delle condotte delittuose degli imputati nelle *proprie* condotte. In tutti e tre i casi, il *falso* movente della gelosia giustifica la violenza perpetrata dagli imputati in nome di un presunto diritto dei soggetti maschili al corpo e alle attenzioni delle donne.

Le prime due domande, che durante le udienze sono state tollerate dal Tribunale, riguardano l'accusa di ingiurie – nello specifico, si tratta di reiterati insulti che vedono l'adozione di epiteti denigratori quali quelli di "puttana", "troia", "cagna". Considerando gli atti di aggressione verbale denunciati come *normali* manifestazioni della "gelosia maschile" e assumendo più o meno consapevolmente che le persone offese abbiano fatto qualcosa per *meritarsi* di essere insultate, tanto il pubblico ministero quanto l'avvocata della difesa biasimano le testimoni e chiedono loro di motivare le ragioni che avrebbero spinto gli imputati a umiliarle, denigrarle e colpirle in più occasioni con gli insulti menzionati.

Nella terza domanda, lo stesso errore è commesso dalla giudice nel valutare la testimonianza di una delle persone offese riguardo l'accusa di maltrattamenti contro famigliari. «Quindi era *geloso* e non voleva che lei contattasse i suoi amici». L'affermazione della giudice segue un passaggio in cui la persona offesa riferisce che veniva insultata, minacciata e costretta nella propria abitazione dal marito convivente, il quale le nascondeva le chiavi di casa e la isolava socialmente negandole l'uso di qualunque mezzo di comunicazione. La giudice, considerando le violenze descritte come una reazione "gelosa" dell'imputato alla volontà della vittima di comunicare con i suoi amici maschi, ridistribuisce la responsabilità fra le parti, con l'effetto deflagrante di attenuare la carica illecita delle condotte denunciate. L'adozione dell'argomento della gelosia da parte della giudice autorizza l'avvocata della difesa a contro-esaminare la testimone ponendole domande sulla sua vita privata e insinuando che la gelosia del marito sia stata innescata dal sospetto di un tradimento: «lei nel periodo in cui viveva a *** che vita faceva?», «suo marito poteva vedere le sue storie su WhatsApp?», e ancora: «quando è tornata a vivere con suo marito, lei usciva anche con suoi amici?».

"Una donna che flirta con altri uomini è *naturale* che provochi la reazione violenta del marito, ed è biasimabile": questo l'atteggiamento che porta a ritenere contraddittoriamente la "gelosia" del soggetto imputato – qualificata come aggravante dalla Corte di cassazione[25] – un motivo per ridimensionare la gravità del fatto e per colpevolizzare la persona offesa delle violenze subite. I *miti sulla colpa*, come anticipato (*supra*, par. 2), esercitano la funzione misogina di stigmatizzare le donne che, per condotta o per appartenenza a un gruppo sociale svantaggiato, si discostano dall'inarrivabile modello della "vera vittima"[26], e di punire chi trasgredisce le norme di genere patriarcali. Tali miti, quando autorizzati e assunti in aula di giustizia, distinguono e allontanano le "brave" dalle "cattive" donne secondo criteri sessisti, razzisti, classisti, confinando la stragrande maggioranza delle persone che denunciano le violenze subite nella

25. «La gelosia può integrare l'aggravante dei motivi abietti o futili, quando sia connotata non solo dall'abnormità dello stimolo possessivo verso la vittima o 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. V pen., sent. 3-29 luglio 2020, n. 23075.

26. La giurista e attivista statunitense Kimberlé Crenshaw, criticando da una prospettiva intersezionale i ruoli prodotti dalle narrazioni di stupro, individua nella Madonna il prototipo della vittima perfetta – K. Crenshaw, *Whose story is it anyway? Feminist and antiracist appropriations of Anita Hill*, in T. Morrison (a cura di), *Race-ing Justice, En-gendering Power*, Pantheon Books, New York, 1992.

seconda categoria: "se flirtavi, se andavi a ballare, se chattavi con gli amici, se non gli davi attenzioni, allora è *anche* colpa tua". L'adozione dei miti sulla colpa porta a pretendere che la persona offesa, oltre a convincere della veridicità della propria testimonianza, dimostri anche di *meritarsi* la considerazione e la tutela di chi esercita la giustizia. In tal modo, l'ascolto della persona offesa – che se condotto assumendo i miti di stupro non può che essere parziale – diviene un privilegio eccezionalmente concesso e facilmente alienabile.

4. Conclusioni

Gli esempi tratti dalle *cross-examination* analizzate vedono vittimizzate dal Tribunale tre donne che hanno riconosciuto la violenza subita, e che sono riuscite a denunciare i *partner* maltrattanti entrando in aula di giustizia da persone offese. Prima di raggiungere questo eccezionale traguardo, hanno dovuto lottare per cambiare le condizioni materiali e psicologiche che impedivano loro di uscire dalla condizione di isolamento in cui sono state costrette per anni e chiedere aiuto. Indagando i miti di stupro operativi nell'ascolto delle testimoni in aula di giustizia, è emerso quanto può essere facile per un (o una) giudice frustrare tali sforzi.

In tutti e tre i casi in oggetto, le risorse ermeneutiche e linguistiche adottate nel condurre l'esame delle persone offese si inseriscono coerentemente all'interno di un'ideologia sessista che opacizza la realtà della violenza di genere, negando spazio a risorse interpretative più accurate e disconoscendo le testimoni come soggetti epistemici competenti. Difatti, chi ha presieduto le udienze ha applicato le leggi in materia di violenza di genere secondo criteri interpretativi che hanno in parte negato intelligibilità alle esperienze di violenza vissute e comunicate dalle vittime, e in tal modo ha ostacolato queste ultime nella costituzione della prova testimoniale secondo la *propria* versione dei fatti.

L'analisi critica che ho proposto vuole portare l'attenzione su un problema che vede responsabili le persone che esercitano la giustizia, non solo come individui, ma anche e soprattutto come collettività. Grazie alle lotte femministe combattute e a quelle attualmente in corso per porre fine alle forme di ingiustizia che colpiscono le donne, disponiamo degli strumenti concettuali e linguistici per riconoscere e nominare la violenza di genere nella sua natura strutturale e per scardinare, anche attraverso il dispositivo della legge, le asimmetrie di potere e le pratiche sessiste e misogine ancora presenti. Chi esercita la giustizia ha la responsabilità e il dovere di integrare tali risorse nella prassi giudiziaria, abbandonando gli atteggiamenti informati da miti di stupro e pregiudizi di genere e assicurandosi di saper accogliere con imparzialità la testimonianza di chi riesce a rompere il silenzio.

Donne e uomini davanti alla giustizia penale: un'indagine empirica presso il Tribunale di Milano

di *Claudia Pecorella* e *Massimiliano Dova*

Il contributo intende focalizzare la variabile di genere anche come fattore esplicativo della criminalità, perché se la questione criminale viene da sempre concepita, anch'essa, come un universo essenzialmente maschile, una lettura dei dati statistici in materia criminale alla luce della prospettiva di genere evidenzia, invece, significative differenze tra uomini e donne in relazione alla tipologia dei reati commessi, così come in relazione ai contesti sociali di riferimento e alle profilature personologiche delle persone imputate. Distinguere in modo consapevole la criminalità maschile da quella femminile è anche utile per cogliere la peculiarità di quei fenomeni criminali, come la violenza domestica, sessuale e di genere, che invece vedono le donne quasi esclusivamente in posizione di vittima e che, contrariamente a molti altri reati violenti, non hanno evidenziato negli ultimi decenni un *trend* di decrescita progressiva, ma hanno al contrario mantenuto un livello costante di incidenza statistica.

1. Il campione analizzato / 2. La tipologia di reati: uno sguardo d'insieme / *2.1. Donne e uomini rispetto a singole tipologie di reato* **/ 3. Imputazioni plurime e concorso di persone nel reato / 4. Una conclusione provvisoria**

1. Il campione analizzato

La dottrina penalistica italiana ha in larga parte trascurato la variabile di genere come fattore esplicativo della criminalità, poiché la questione criminale viene da sempre concepita come un universo essenzialmente maschile. Questo difetto di prospettiva sembra aver condizionato l'intera architettura del sistema penale, che è stato edificato sul modello maschile, dando origine a un insieme di disposizioni e di prassi interpretative che, pur sembrando formalmente in grado di adattarsi a una realtà complessa, non prendono in considerazione le differenze di genere. Individuare queste differenze nel sistema della giustizia penale può rendere consapevoli sulla necessità di adeguare i parametri di giudizio della realtà, anziché applicare indiscriminatamente regole generali e astratte costruite in funzione del gruppo maggioritario.

Per avere un'idea più precisa delle caratteristiche della criminalità femminile e portare ad emersione la eventuale inadeguatezza di disposizioni del sistema penale vigente e/o della loro applicazione nella prassi[1], abbiamo svolto un'indagine sui provvedimenti definitori adottati dal giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale di Milano nel triennio 2015-2017, principalmente a seguito di giudizio abbreviato oppure di patteggiamento[2]. Sono state considerate le posizioni di 9930 imputati, dei quali solo 1482 (il 15%)

1. La ricerca è stata autorizzata da Roberto Bichi, allora presidente del Tribunale di Milano, ed è stata resa possibile dalla collaborazione innanzitutto del personale della cancelleria della IX sezione penale, che ha fornito i dati, e poi del prezioso contributo di colleghi e giovani dottorandi della Cattedra di diritto penale e di demografia dell'Università di Milano-Bicocca. A tutti loro va il nostro più sentito ringraziamento.

2. Come già evidenziato in occasione della pubblicazione dei primi dati analizzati, relativi alla sola criminalità femminile, nel volume di C. Pecorella (a cura di), *La criminalità femminile. Un'indagine empirica e interdisciplinare*, Mimesis, Milano, 2020, p. 16, l'enorme numero di dati disponibili (circa 40.000 sentenze) ha reso necessaria una delimitazione del campo di indagine.

erano donne: un dato che risulta in linea con quello nazionale raccolto dall'Istat – peraltro relativo anche a fasi processuali diverse –, secondo il quale le donne nei confronti delle quali è stata esercitata l'azione penale sono il 19% del totale e quelle condannate corrispondono al 16%.

Prima di analizzare la tipologia e le caratteristiche dei reati commessi, soffermiamoci brevemente sulle caratteristiche di imputati e imputate, cominciando innanzitutto dall'età.

Tabella n. 1 – Terzili d'età alla sentenza[3]

		18 - 36	37 - 49	> 50
Uomo	Conteggio	3002	2671	2774
	% in imputato	**35,5%**	31,6%	32,8%
Donna	Conteggio	462	517	503
	% in imputato	31,2%	**34,9%**	**33,9%**
	Conteggio totale	3464	3188	3277
	% in imputato	34,9%	32,1%	33,0%

Come ci mostra la Tabella n. 1, gli uomini commettono più frequentemente reati in età giovanile rispetto alle donne: la percentuale di imputati nella fascia 18-36 anni è pari al 35,5%, mentre quella delle donne è pari al 31,2%. Se si escludono i reati stradali, questa differenza aumenta ulteriormente: gli imputati giovani sono il 31,6%, mentre le imputate sono il 25,2%.

Il rapporto tra i generi si inverte in tutte le altre fasce di età: sia nel secondo terzile (37-49 anni), nel quale le donne sono maggiormente rappresentate, con una differenza di più di tre punti percentuali (31,6% contro il 34,9% delle donne), sia nell'ultimo (età superiore ai 50 anni), nel quale peraltro il divario si riduce a un punto percentuale (32,8% contro il 33,9% delle donne). Può essere interessante notare, tuttavia, a conferma della sostanziale differenza che intercorre su questo piano tra uomini e donne, che se si considera l'età superiore ai *55 anni*, utilizzando una suddivisione in quartili anziché in terzili delle fasce di età, quel divario tra i generi è più ampio (22,3% di uomini contro il 24,0% delle donne) risultando inferiore solo a quello che si registra tra i più giovani. Nel primo quartile (18-34 anni), infatti – non diversamente da quanto emergeva nella suddivisione in terzili – gli uomini sono presenti in una percentuale superiore al 4% (30,8%) rispetto alle donne (26,5%). Si dovrebbe concludere, quindi, che le donne arrivano a commettere reati più tardi rispetto agli uomini e che una parte di quei reati è peraltro commessa a un'età più avanzata rispetto ad essi[4].

In relazione alla nazionalità, si può osservare nella Tabella n. 2 come gli uomini e le donne del campione siano in larga maggioranza italiani (il 78% delle donne e il 75,2% degli uomini); le altre nazionalità più rappresentate sono, per gli uomini, quella africana (9,4%) – che non trova invece grande riscontro tra le donne (solo il 4%) – e quella europea per le donne (8,8%).

Tabella n. 2 – Aree geografiche di nascita

		Italia	Europa	Asia	Africa	Americhe	Oceania
Uomo	Conteggio	6342	605	294	793	400	3
	% in imputato	**75,2%**	7,2%	3,5%	**9,4%**	4,7%	0,0%
Donna	Conteggio	1155	130	51	59	87	0
	% in imputato	**77,9%**	**8,8%**	3,4%	4,0%	5,9%	0,0%
	Conteggio totale	7497	735	345	852	487	3
	% in imputato	75,6%	7,4%	3,5%	8,6%	4,9%	0,0%

3. Tutte le tabelle inserite nel testo sono frutto di nostre elaborazioni, sui dati del Tribunale di Milano.

4. Ciò si spiega, forse, con l'alto numero di reati di impresa di cui, come si vedrà, le donne sono state imputate e nei quali, in gran parte dei casi, si sono trovate coinvolte in occasione della crisi dell'impresa familiare, di cui erano fittiziamente presidenti o amministratrici uniche, benché a gestirla fossero il marito e/o i figli. Ma lo stesso potrebbe dirsi per i pur rari casi di omicidio, soprattutto quando si tratti della uccisione dell'uomo che le ha maltrattate per tutta la vita.

Vi è un'altra caratteristica che merita di essere messa in rilievo, perché aggiunge un'informazione preziosa per tracciare, a grandi linee, il profilo degli imputati e delle imputate: il dato sui precedenti penali che, pur costituendo una stima per difetto, poiché non sempre emerge dalla sentenza, consente di stabilire se le persone coinvolte nel sistema della giustizia penale siano delinquenti primari oppure abbiano una carriera criminale più o meno strutturata.

Da un punto di vista generale, emerge che solo il 5,9% delle donne ha precedenti penali, mentre nella popolazione maschile questo dato è più che triplicato (19,7%). Se si effettua la medesima analisi in relazione alle varie categorie di reato, si traggono ulteriori indicazioni: le donne sono quasi esclusivamente imputate per la prima volta (non solo nel caso dei reati stradali, ma anche per quelli d'impresa e contro la persona), con la sola eccezione dei reati a scopo di lucro, in relazione ai quali una donna su otto ha precedenti penali. Il dato è in questo caso influenzato dalla presenza di donne rom all'interno del campione, di cui è noto l'alto tasso di recidiva rispetto, peraltro, a reati di modestissimo valore (furti e tentati furti), che integrano talvolta gli estremi della rapina impropria in conseguenza del tentativo della donna di sottrarsi al vigilante che la ferma all'uscita dell'esercizio commerciale. Un tasso più alto di recidiva si riscontra invece tra gli uomini: nel caso, in particolare, delle imputazioni per reati a scopo di lucro, un uomo su tre risulta avere precedenti penali.

Un cenno, infine, all'esito che ha avuto, in prima battuta, il procedimento penale nel quale quei 9930 imputati sono stati coinvolti. Il dato che riportiamo è stato elaborato avendo come punto di riferimento un solo reato (cd. "primo reato") anche nel caso, non infrequente (il 28,6% dei casi tra gli uomini e il 16,4% tra le donne), in cui vi fossero più capi d'imputazione a carico dell'uomo o della donna: tale reato è stato individuato in quello più grave (quanto a trattamento sanzionatorio) oppure in quello che appariva caratterizzante la singola vicenda penale (così, ad esempio, l'associazione per delinquere è stata sempre considerata come primo reato).

Tabella n. 3 – Esito del primo reato

		Condanna	Assoluzione	Proscioglimento	Patteggiamento
Uomo	Conteggio	2534	1212	1443	3255
	% in imputato	**30,0%**	14,4%	17,1%	**38,5%**
Donna	Conteggio	341	395	248	495
	% in imputato	**23,1%**	**26,7%**	16,8%	**33,5%**
	Conteggio totale	2875	1607	1691	3750
	% in imputato	29,0%	16,2%	17,0%	37,8%

La Tabella n. 3 mostra in modo molto chiaro che le donne sono condannate in una percentuale (56,6%) inferiore agli uomini (68,5%) e che le condanne dipendono in prevalenza – come per gli uomini – dal patteggiamento (33,5% per le donne e 38,5% per gli uomini). Per togliere ogni dubbio sulla presenza di una eventuale maggiore benevolenza dei giudici uomini nei confronti delle donne – come possibile spiegazione della (solo apparente?) scarsa attività criminale delle donne[5] –, abbiamo indagato anche questa variabile nell'ambito dei procedimenti analizzati: ne è emerso, con riguardo ai procedimenti aventi come imputata una donna, che pressoché uguale è la percentuale di condanne e assoluzioni da parte dei giudici, con una lievissima prevalenza delle condanne pronunciate dagli uomini (56,5% a fronte del 55,6% di giudici donne). Solo sul piano del trattamento sanzionatorio si nota una qualche differenza a seconda del genere del giudice: non tanto rispetto alla concessione delle attenuanti generiche *ex* art. 62-*bis* cp (pressoché uniforme e oscillante tra il 41,3% e il 41,9% dei casi), quanto piuttosto nella inflizione delle pene che abbiamo definito più "elevate" (superiori ai 3 anni di reclusione), alle quali le giudici donne sembrano più propense (le hanno inflitte nel 10,9% dei casi, mentre i giudici uomini solo nel 7,0%).

2. La tipologia di reati: uno sguardo d'insieme

Per rendere più agevole l'indagine, i reati attribuiti ai singoli imputati (*rectius*, il reato cui abbiamo ritenuto di dare maggiore rilevanza tra i diversi

5. *Cfr.*, in proposito, L. Ravagnani, *Adamo, Eva e il frutto proibito*, e R. Dameno, *La percezione della criminalità al femminile*, entrambi in C. Pecorella, (a cura di), *La criminalità femminile*, *op. cit.*, risp. pp. 225 ss. e 265 ss.

eventualmente contestati ad essi) sono stati raggruppati in cinque categorie: 1) i "reati d'impresa", che includono tutti quelli commessi nello svolgimento di un'attività imprenditoriale; 2) i "reati stradali"; 3) i "reati contro la persona"; 4) i "reati a scopo di lucro", tra i quali abbiamo considerato anche i reati in materia di sostanze stupefacenti; 5) la categoria residuale degli "altri reati", che comprende principalmente le violazioni della disciplina dell'immigrazione, i reati di falso e contro l'amministrazione della giustizia, quelli in materia di armi e l'associazione per delinquere[6].

Tabella n. 4 – Classificazione dei reati

		Uomo	Donna	Totale
Reati d'impresa	Conteggio	1995	485	2480
	% in imputato	23,6%	**32,7%**	25,0%
Reati stradali	Conteggio	1310	214	1524
	% in imputato	15,5%	14,4%	15,4%
Reati contro la presona	Conteggio	1308	155	1463
	% in imputato	15,5%	**10,5%**	14,7%
Reati a scopo di lucro	Conteggio	2648	390	3038
	% in imputato	**31,4%**	26,3%	30,6%
Altri reati	Conteggio	1185	237	1422
	% in imputato	14,0%	16,0%	14,3%
	Conteggio totale	1481	9927	
	% in imputato	100,0%	100,0%	

Dalla Tabella n. 4 emerge che i reati a scopo di lucro – che sono i più frequenti all'interno del campione (il 30,6% di tutti i reati) – sono per gli uomini quelli con la maggiore incidenza percentuale (il 31,4% contro il 26,3% per le donne); viceversa, e in maniera sorprendente, i reati di impresa, che si collocano al secondo posto all'interno del campione (rappresentando il 25% di tutti i reati), sono quelli più frequentemente presenti tra le donne (arrivano ad essere il 32,7% dei loro reati), con una differenza di ben nove punti percentuali rispetto agli uomini (per i quali costituiscono il 23,6%), ossia quasi il doppio rispetto al divario esistente tra i reati a scopo di lucro.

Anche tra i reati contro la persona – comunque meno frequenti (14,7%) – emerge un netto divario tra uomini e donne: questi reati si confermano essere più tipicamente maschili, risultando anche in questo caso una sensibile differenza tra i due generi (costituiscono il 15,5% dei reati contestati agli uomini e il 10,5% di quelli contestati alle donne)[7].

Se i reati stradali sembrano infine costituire una categoria del tutto neutra rispetto al genere (la differenza di incidenza tra uomini e donne è intorno all'1%), maggiormente popolata è tra le donne la categoria residuale degli "altri reati" che, pur nella loro eterogeneità, sono per lo più espressione di una ribellione alle regole (due punti percentuali di differenza rispetto agli uomini).

2.1. Donne e uomini rispetto a singole tipologie di reato

Se si focalizza ora l'attenzione all'interno delle diverse categorie di reato, si colgono ulteriori differenze interessanti tra uomini e donne.

6. In precedenza, abbiamo fatto riferimento a questa categoria di reati con l'espressione (atecnica) di «reati contro l'ordine pubblico»: vds. C. Pecorella (a cura di), *La criminalità femminile*, *op. cit.*

7. Va segnalato, ai fini di una corretta lettura del fenomeno in esame, che, rispetto a questa categoria di reati, l'inclusione degli ulteriori reati contestati (e non ricompresi nella tabella, che fotografa solo il reato più grave o più significativo tra quelli presenti nel capo di imputazione) modificherebbe sensibilmente il rapporto tra i diversi reati riconducibili, in particolare, agli uomini: il numero delle imputazioni per reati contro la persona salirebbe infatti a 2054 (rispetto ai 1308 indicati), superando così di gran lunga i reati stradali (1310). Per le donne, invece, anche tenendo conto di tutte le contestazioni ricevute, i reati contro la persona a loro ascritti (210 complessivamente) resterebbero comunque inferiori ai reati stradali (che sono 214). A partire dal par. *2.1.*, volgendo lo sguardo ai reati e non più alle persone imputate, faremo riferimento all'insieme dei reati contestati (per un totale di 12.403 capi di imputazione).

a) Partendo dalla prima categoria, quella dei *reati di impresa*, si è già detto che in questo ambito si osserva una cospicua presenza di donne imputate, soprattutto con riguardo ai reati fallimentari e ai reati tributari, che costituiscono l'87% dei reati di impresa contestati alle donne e l'85% di quelli ascritti agli uomini. Come l'indagine condotta sul campione femminile ha già messo in evidenza[8], le donne coinvolte in questi reati non sono imprenditrici disinvolte e incuranti degli interessi dei terzi, bensì donne che ricoprono quasi sempre posizioni di responsabilità del tutto fittizie, a fianco di uomini – di solito familiari – che hanno in mano davvero la gestione dell'impresa e le sue sorti.

Nell'ambito dei reati tributari, del resto, alle donne è stato contestato in modo prevalente (rappresenta il 25,2% dei reati di impresa ad esse contestati) il reato di omesso versamento di ritenute previdenziali (art. 2, comma 1-*bis*, l. n. 638/1983, depenalizzato dal d.lgs n. 8/2016): si tratta nella stragrande maggioranza dei casi di piccole imprese travolte dalla crisi economica, che non sono più state in grado di far fronte a versamenti di quanto in precedenza fedelmente dichiarato. Al contrario, i reati tributari connotati dalla fraudolenza sono stati più spesso attribuiti a uomini; per le donne essi incidono nella misura del 14,5%. Per il resto, i dati relativi a uomini e donne non mostrano in questo settore significative differenze con riguardo all'età degli imputati, registrandosi per entrambi un forte incremento a partire dal secondo terzile, così come rispetto alla percentuale di condanne, che è solo di un punto percentuale superiore tra le donne (il 51,6% a fronte del 50,4% tra gli uomini). Rispetto alle aree geografiche di nascita di uomini e donne imputati di questi reati, il confronto dei dati mostra, accanto a una costante prevalenza di italiani, una sensibile diversità nella maggiore presenza percentuale di donne europee (soprattutto dell'Est Europa) rispetto agli uomini e, viceversa, una notevole prevalenza di uomini tra gli imputati di origine asiatica e africana.

b) Tralasciando i reati stradali, privi di aspetti rilevanti nell'ambito di questa indagine, e passando quindi ai *reati contro la persona*, ritroviamo in prevalenza (il 72,3% di quelli contro la persona contestati alle donne e il 79,5% di quelli attribuiti agli uomini) i reati di lesioni e omicidio, i reati sessuali, quelli contro la libertà morale, i maltrattamenti contro familiari e conviventi, i reati in materia di prostituzione e omicidio e lesioni colpose.

Gli ambiti nei quali la criminalità delle donne è più presente sono caratterizzati da una componente decisamente minore di violenza. Si tratta infatti dei reati in materia di prostituzione (19,8%), dei delitti di omicidio e lesioni colpose (16,5%) e di quelli contro la libertà morale (14%); in assoluta prevalenza tra questi ultimi vi sono i casi di *stalking* (il 65% del totale), che riguardano in misura paritaria vittime di sesso maschile e femminile mentre, quando a commetterli sono gli uomini, le donne sono in misura pressoché esclusiva (oltre il 90% dei casi) le destinatarie del comportamento persecutorio[9].

Molto marginale è invece il coinvolgimento delle donne nelle forme di criminalità più violenta nei confronti della persona: le donne sono accusate di omicidio, lesioni dolose e maltrattamenti in una percentuale che oscilla tra il 6% e il 7% di tutte le contestazioni formulate per questi reati; nessun reato sessuale è stato invece contestato alle donne, a fronte di 182 capi di imputazione riguardanti gli uomini. Con riguardo, in particolare, ai casi di omicidio, emerge che quelli realizzati dalle donne, in prevalenza italiane, trovano origine per lo più nell'ambito di una relazione affettiva con un *partner* abusante (senza, peraltro, che sia stata mai applicata la legittima difesa) o comunque sono stati commessi in danno di un familiare o di un conoscente e all'interno delle mura domestiche. Lo stesso non può dirsi per gli omicidi imputati agli uomini, in prevalenza stranieri e che, al di fuori dei casi di femminicidio, riguardano spesso persone sconosciute, sono collegati all'attività di spaccio di sostanze stupefacenti e si realizzano, spesso in gruppo, in luoghi diversi, anche pubblici come la strada.

È interessante anche notare la diversa rilevanza che ha l'età, per gli uomini e per le donne, nella commissione di questo reato: la stragrande maggioranza degli uomini (il 58,8%) ha commesso il reato in giovane età (tra i 18 e i 36 anni); per le donne il numero più elevato di omicidi (4) è stato commesso nell'ultimo terzile di età, ossia quando avevano già superato i 50 anni (una di esse aveva 76 anni al momento del fatto, realizzato nei confronti del marito dal quale era separata di fatto).

c) Rispetto ai *reati a scopo di lucro* – che, come si ricorderà, costituiscono per gli uomini la tipologia di reati più frequentemente contestata e per le donne la seconda in ordine di grandezza dopo i reati d'impresa – le fattispecie più rappresentative per entrambe le categorie (il 93,8% per le donne e il 95% per gli

8. Su questi aspetti, vds. C. Pecorella, *Uno sguardo sulla criminalità femminile attraverso le sentenze del Tribunale di Milano*, in *Ead.* (a cura di), *La criminalità femminile*, *op. cit.*, pp. 27 ss.

9. Rispetto a questo reato, il confronto tra generi è già presente nel contributo di V. Maina, *Donne e stalking: l'altra faccia della medaglia*, in C. Pecorella (a cura di), *La criminalità femminile*, *op. cit.*, pp. 67 ss.

uomini) sono le violazioni della legge in materia di sostanze stupefacenti, furti e rapine, frodi, ricettazione e riciclaggio e reati contro la p.a. Tra questi reati sono le frodi ad essere in prevalenza attribuite alle donne (più di 1/4 di tutte le contestazioni per questa tipologia di reati riguarda donne): può trattarsi del delitto previsto dall'art. 640 cp, ma anche di abusi delle carte di pagamento elettroniche (oggi art. 493-*ter* cp) così come, e in larga maggioranza, della frode assicurativa (art. 642 cp)[10]. Tra gli uomini prevalgono invece reati violenti come la rapina e l'estorsione, che rappresentano da sole 1/3 di tutti i reati a scopo di lucro a loro attribuiti e, viceversa, solo il 6,1% di quelli imputati alle donne. È importante segnalare, a questo proposito, che le rapine commesse dalle donne sono per lo più rapine cd. improprie, nelle quali cioè la violenza (qui rappresentata, come già si è detto, da strattonamenti nei confronti di vigilanti o dipendenti dell'esercizio commerciale intervenuti per recuperare la refurtiva) è esercitata «immediatamente dopo la sottrazione, per assicurare a sé (...) il possesso della cosa sottratta» (art. 628, comma 2, cp)[11].

D'altra parte, anche con riguardo ai furti – attribuiti alle donne per una quota pari al 16% del loro numero complessivo – il giudizio cui le donne vanno incontro è particolarmente pesante. Si consideri, ad esempio, questo caso emblematico di furto pluriaggravato (inizialmente qualificato come rapina impropria), commesso da cinque giovani donne rom (alcune delle quali minorenni) all'interno di una stazione della metropolitana, per il misero profitto di 40 euro in contanti. In sede di commisurazione della pena, il giudice afferma che «la gravità delle modalità di esecuzione della condotta» (un furto con destrezza realizzato da cinque persone, alcune delle quali minori dei 14 anni) «evidenziano una particolare pericolosità dell'imputata (l'unica giudicata in questa sentenza) che non ha esitato a delinquere nonostante il suo stato interessante ed il fatto che portasse in braccio un bambino di 10 mesi». Per queste ragioni, e per la presenza di numerosi precedenti della stessa tipologia, viene negata l'applicazione delle circostanze attenuanti generiche e viene applicata l'aggravante della recidiva. Ciò che si rimprovera alle donne rom – al di là del fatto concretamente commesso – è un aspetto della loro cultura del quale loro stesse sono le prime vittime (quale donna vorrebbe andare in giro per le strade in cerca di denaro, essendo in stato di gravidanza e con un figlio di 10 mesi in braccio?); eppure, dopo essere cresciute in un clima di degrado e di violenza già a partire dall'infanzia e dimenticate da qualsiasi intervento di sostegno sociale da parte delle istituzioni, si ritrovano a cumulare un numero elevato di sentenze e di pene da scontare per fatti in sé bagatellari, e finiscono per trascorrere lunghi periodi della loro vita nell'unica istituzione che vuole accoglierle: il carcere, senza che la loro precedente esperienza di vittimizzazione abbia assunto alcun rilievo nel momento in cui vengono giudicate[12].

d) Infine, nella categoria residuale degli *altri reati* vengono soprattutto in rilievo i reati di falso, le violazioni della legge sull'immigrazione, l'associazione per delinquere (nelle sue diverse forme), la violazione della legislazione in materia di armi e reati contro l'amministrazione della giustizia, come calunnia, falsa testimonianza, simulazione di reato. Di tutte queste tipologie, quelle più ricorrenti tra le donne sono proprio queste ultime: quasi un reato contro l'amministrazione della giustizia su tre è contestato a una donna; in molti casi, tuttavia, si tratta di reati di cui sono accusate donne che avevano in precedenza accusato i propri *partner* di aver usato violenza nei loro confronti[13]. Coerentemente con quanto visto in precedenza a proposito dei reati (fraudolenti) a scopo di lucro, anche i reati di falso inseriti in questa categoria residuale vedono una diffusa presenza tra le donne: essi rappresentano il 20,5% di tutte le imputazioni per questa tipologia di reati, inferiore solo ai reati contro l'amministrazione della giustizia, che alle donne sono attribuiti nel 30,9% dei casi. Altrettanto coerente con quanto si è detto sin qui in merito alle caratteristiche delle forme di criminalità più specificamente maschili, è il dato sulle violazioni in materia di armi: queste costituiscono per gli uomini le contestazioni più frequenti all'interno di questa categoria residuale, cui corrisponde invece una percentuale

10. La sovra-rappresentazione di questo tipo di frode all'interno del campione esaminato dipende dal fatto che le società assicuratrici che ne sono vittime hanno, per lo più, la sede legale a Milano e in questa città si concentra quindi la competenza per fatti che sono realizzati in diverse regioni d'Italia.

11. Per queste ipotesi, vds. M. Miedico, *La criminalità femminile e i reati a scopo di lucro*, in C. Pecorella (a cura di), *La criminalità femminile*, *op. cit.*, pp. 35 ss.

12. L'inclusione dei rom è da tempo oggetto di attenzione da parte del Consiglio d'Europa, che sul tema ha adottato la raccomandazione 2013/C 378/01 su misure efficaci per l'integrazione dei rom negli Stati membri e, da ultimo, il 12 marzo 2021, l'ulteriore raccomandazione 2021/C 93/01 sull'uguaglianza, l'inclusione e la partecipazione dei rom. Ad essa ha fatto seguito, a livello nazionale, la pubblicazione – lo scorso 23 maggio – della nuova Strategia nazionale elaborata dall'«Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali» (Unar).

13. *Cfr.* in proposito, M. Dova, *Vittime o carnefici? Quando le donne ritrattano le accuse di violenza subita da uomini*, in C. Pecorella (a cura di), *La criminalità femminile*, *op. cit.*, pp. 27 ss.

minima di casi in capo alle donne (il 5,1% del totale). Anche le associazioni per delinquere sono largamente dominate da uomini (nessuna associazione esclusivamente femminile è emersa e il 75% delle imputazioni per il delitto di cui all'art. 416 cp ha riguardato gli uomini) e le poche donne che vi partecipano hanno ruoli estremamente marginali. Inoltre, quasi sempre il loro coinvolgimento nell'associazione dipende da un legame di parentela o sentimentale con chi riveste un ruolo chiave nell'organizzazione[14].

3. Imputazioni plurime e concorso di persone nel reato

Qualche considerazione merita l'eventualità, tutt'altro che infrequente, come già si è detto, che a donne e uomini siano contestati più reati in concorso: in linea generale, questa situazione si realizza, nell'ambito della criminalità sia femminile che maschile, quando è contestato un reato a scopo di lucro, e principalmente la rapina o una violazione in materia di sostanze stupefacenti (nel 26% dei casi per le donne e nel 28% per gli uomini), ovvero quando il capo di imputazione ha ad oggetto reati contro la persona (qui il divario è maggiore: nel 25,8% dei casi per le donne e nel 34,4% per gli uomini). Andando a esaminare la fattispecie "satellite" più frequentemente contestata, si nota che nell'ambito delle imputazioni per "reati contro la persona" essa è rappresentata da un altro reato contro la persona (così nel 67,5% dei casi per le donne e nel 63% dei casi per gli uomini). Quando, invece, si tratta di un "reato a scopo di lucro", il reato in concorso è diverso per uomini e donne: per i primi è il delitto di lesioni personali (21,7%) oppure un reato in materia di armi (19,7%); per le seconde, invece, è l'associazione per delinquere (35,5%) oppure un delitto di falso (32,7%). Ciò sembra confermare alcuni tratti caratterizzanti abbozzati in precedenza: all'interno della categoria dei reati a scopo di lucro, che può ritenersi molto rappresentativa del fenomeno che stiamo analizzando, essendo quella prevalente tra gli uomini e molto presente anche tra le donne (seconda solo a quella dei reati d'impresa), gli uomini conseguono le proprie finalità attraverso l'uso della violenza (lesioni e impiego di armi) mentre le donne ricorrono a mezzi fraudolenti (frodi e falsi) oppure delinquono in quanto (si ipotizza) sono parte, con ruoli per lo più marginali, di un'associazione per delinquere gestita da uomini (spesso *partner* o familiari).

Anche l'incidenza delle contestazioni di reati commessi in concorso con altre persone risulta interessante ai nostri fini: da un punto di vista generale, se si escludono dall'analisi i reati stradali e ci si basa sulla imputazione del primo reato (vds. *supra*, par. 1), si rileva che, per le donne, l'ipotesi della partecipazione di più persone ricorre nel 39,3% dei casi, mentre per gli uomini nel 35,7%. Volendo poi distinguere in base alle diverse categorie di reati, emerge come il dato – sempre più elevato per le donne rispetto agli uomini – appare altissimo, ma comunque sostanzialmente uniforme, quando si tratti di reati a scopo di lucro (50,3% per gli uomini e 54,3% per le donne)[15] e, invece, significativamente diverso quando si tratti di reati contro la persona, per i quali la partecipazione altrui apparirebbe per le donne presente nel 35,7% dei casi e per gli uomini dimezzata al 18,5% dei casi. Ciò significa che non solo le donne sono chiamate a rispondere di un solo reato contro la persona ogni dieci contestati, ma quel reato appare commesso con altre persone (in gran parte uomini) in un buon numero di casi e attraverso un contributo di solito atipico rispetto al reato contro la persona realizzato dall'uomo.

Può essere utile, a questo riguardo, conoscere la diversa incidenza tra uomini e donne della (ipotizzata) realizzazione in concorso dei principali reati contro la persona, come mostrato nella Tabella n. 5.

Tabella n. 5 – Reati contro la persona e concorso di persone (%)

	Uomo	Donna
Omicidio	47,9%	25,0%
Lesioni	20,9%	45,5%
Reati contro la libertà morale	1,2%	28,1%
Maltrattamenti	2,5%	26,9%
Reati in materia di prostituzione	79,4%	63,2%

Il dato che più sorprende, oltre a quello relativo alle lesioni personali dolose, del quale le donne vengono chiamate a rispondere molto meno frequentemente degli uomini (un reato su 16 a loro attribuiti), riguarda i reati in materia di prostituzione: l'altissima percentuale di (ipotetici) concorrenti nel reato, anche

14. In questo senso, all'esito di un'analisi estesa anche al campione maschile, G. Pepè, *La partecipazione delle donne alle associazioni a delinquere*, in C. Pecorella (a cura di), *La criminalità femminile*, *op. cit.*, pp. 81 ss.

15. Merita di essere sottolineato solo il fatto che particolarmente elevata è la percentuale di contestazioni del concorso di persone (art. 110 cp) rispetto ai delitti di rapina ed estorsione, imputati alle donne solo nel 6% di tutti i casi: quella piccola minoranza sarebbe stata realizzata nel 73,5% dei casi in concorso con altre persone.

nel caso delle donne (63,2% dei casi), non solo conferma come questa forma di criminalità sia gestita da gruppi criminali, ma induce anche a riflettere sulla dimensione della responsabilità delle donne, che ne sono imputate nel 19,8% dei casi (un reato su 5 sarebbe cioè - anche - a loro addebitabile) e che, tuttavia, non solo non risultano avere alcun precedente penale, ma appaiono di regola essere state loro stesse, in precedenza, vittime di tratta e di sfruttamento della prostituzione; un aspetto, quest'ultimo, che i giudici non sempre tengono nella dovuta considerazione[16]. Emblematica, di come i percorsi di vittimizzazione si mescolino, nel corso del tempo, con il coinvolgimento diretto all'interno dell'attività criminale, è la vicenda di una donna nigeriana, ventenne al momento della commissione del fatto e inserita all'interno di un'organizzazione criminale che gestiva lo sfruttamento della prostituzione di giovanissime ragazze nigeriane: nell'arco temporale di un mese, la sua condotta era consistita nell'andare a prendere la persona offesa alla stazione del bus, accompagnarla all'appartamento dove avrebbero convissuto, comprarle abiti succinti, mostrarle la strada sulla quale si sarebbe prostituita e spiegarle cosa chiedere ai clienti (prezzo e modalità delle prestazioni), prospettandole i guai che avrebbe passato se si fosse rifiutata o non avesse pagato il debito contratto con l'organizzazione. Come si legge nella sentenza, l'imputata aveva una storia personale del tutto simile a quella della vittima di sfruttamento della prostituzione nel caso qui esaminato: sia l'imputata che la persona offesa erano state, sia pure in tempi diversi, vittime di tratta. Tuttavia, la giudice, nel condannare l'imputata, si limita a tenere in considerazione «la toccante testimonianza del vissuto altamente drammatico dell'imputata» per «apprezzare la valenza del contributo confessorio» e per la concessione delle attenuanti generiche (art. 62-*bis* cp). È difficile non pensare che nei confronti di questa donna sia stata realizzata un'ulteriore violenza, questa volta istituzionale, che culmina nel tentativo di mandare questa donna al paese d'origine; il passato, le traiettorie di vita individuali, le caratteristiche personali, in questo caso legate alla variabile di genere, restano per lo più trascurate, concentrandosi l'attenzione di chi giudica esclusivamente sul fatto, avulso dal suo contesto.

Interessante è infine, nell'ambito della riflessione sul concorso di persone nei reati contro la persona, la differenza significativa che intercorre tra donne e uomini con riguardo ai reati contro la libertà morale e i maltrattamenti (art. 572 cp): solo nell'1,2% e nel 2,5% dei casi, rispettivamente, gli uomini avrebbero agito in concorso con altre persone, mentre le donne nel 28,1% dei reati contro la libertà morale e nel 26,9% dei casi di maltrattamenti ad esse attribuiti. È questo, verosimilmente, il riflesso della volenza di genere che anche attraverso quei reati gli uomini realizzano nei confronti delle donne, mogli o compagne, presenti o passate. Nello stesso senso, del resto, anche se in maniera inversa per i due generi, si può leggere il dato relativo agli omicidi: in quelli delle donne l'(ipotetico) coinvolgimento di terze persone è limitato (nel 25% dei casi) e decisamente inferiore rispetto a quello degli uomini (47,9%), perché si tratta per lo più di fatti che si realizzano all'interno di relazioni affettive o familiari, che sono per la donna fonte di grave sofferenza.

Volgendo infine lo sguardo ai reati di impresa, merita altresì di essere messo in rilievo che, nel 66% dei casi, le donne (rispetto al 47,2% degli uomini) sono state imputate del reato di bancarotta in concorso con altre persone: un dato che rispecchierebbe il ruolo solo formale di amministratrici rivestito dalle donne all'interno di imprese, nelle quali sono in realtà altre persone (gli uomini, di regola) a svolgere il ruolo di amministratori di fatto. Anche in questo ambito, dunque, si conferma che la commissione del fatto di reato insieme ad altri è una caratteristica qualificante della criminalità femminile, e ciò non solo in relazione ai reati violenti, ma anche per quelli che sono spesso realizzati nell'ambito di una, sia pur minima, struttura organizzativa, sia essa illecita, come i delitti in materia di sostanze stupefacenti e di prostituzione, oppure lecita, come quelli di bancarotta.

4. Una conclusione provvisoria

La ricerca empirica, purtroppo trascurata dagli studi penalistici, ha consentito di mettere in luce aspetti della giustizia penale prima sconosciuti e forse nemmeno immaginabili, quantomeno dall'osservatore esterno. Le informazioni che si possono trarre dai

16. A questo riguardo, e con particolare riferimento alle donne vittime di tratta, si vedano le osservazioni della CEDAW, «*General Recommendation N. 38 (2020) On trafficking in women and girls*», nonché Cass. pen., sez. III, 16 luglio 2015, n. 40270, che ha annullato senza rinvio la sentenza della Corte d'appello di Roma, la quale, confermando la pronuncia di primo grado, aveva condannato per il reato di atti osceni in luogo pubblico – consistiti nell'aver consumato un rapporto sessuale sulla pubblica via – una donna rumena già riconosciuta dalla Corte d'assise d'appello di Roma, con sentenza passata in giudicato, vittima di riduzione in schiavitù a fini di sfruttamento sessuale posto in essere da suoi connazionali. Più in generale, sulla condanna di persone vittime di tratta, per i reati oggetto del loro sfruttamento, si veda la sentenza della Corte Edu nel caso *V.C.L. e A.N. c. Regno Unito*, del 16 febbraio 2021.

dati che abbiamo raccolto sono, tra l'altro, molte di più di quelle presentate in questa sede e ulteriori elaborazioni essi dunque meritano. Tuttavia, già questo primo livello di analisi consente di svolgere qualche considerazione conclusiva che, più che riguardare eventuali ipotesi di discriminazione *indiretta* cui le donne possono andare incontro nel nostro ordinamento, perché la neutralità apparente di alcune disposizioni penali potrebbe tradursi in un trattamento per loro deteriore[17], avrà ad oggetto l'interpretazione giurisprudenziale delle disposizioni vigenti, così come è emersa dai provvedimenti analizzati.

Una prima riflessione, già abbozzata in precedenza e, tuttavia, da rimarcare per l'estrema importanza che ci sembra rivestire, riguarda la mancata o comunque insufficiente considerazione che riceve, nell'ambito del giudizio sul fatto, il *contesto* nel quale è avvenuto: un profilo senz'altro da valorizzare sia per gli uomini che per le donne, ma che nell'ambito della criminalità femminile pare assumere particolare rilevanza. Il carattere tendenzialmente sporadico e occasionale della loro attività delinquenziale induce a interrogarsi – e quindi accertare di volta in volta – su cosa abbia indotto una donna a ricorrervi, dal momento che nella stragrande maggioranza dei casi le donne trovano risposte diverse e alternative ai problemi che il ricorso al reato ha generato.

È l'attenzione rivolta al contesto che può portare a non condannare una donna nigeriana già vittima di tratta per l'attività penalmente rilevante realizzata obbedendo ai suoi aguzzini, applicandole ad esempio la norma sullo stato di necessità (art. 54 cp), come suggerito dalla Cassazione; allo stesso modo, il contesto culturale delle donne (così come dei minori) di etnia rom non può essere ignorato nel momento in cui si devono valutare le loro responsabilità per reati che di quel contesto sono tipica espressione; ancora, e più in generale, qualsiasi forma di violenza già subita delle donne nel corso della loro vita andrebbe tenuta in considerazione[18], dandole il giusto rilievo sul piano della colpevolezza.

Entrando nello specifico di singole interpretazioni giurisprudenziali che sono apparse poco sensibili alle peculiarità che può presentare il reato quando è commesso da una donna, qualche osservazione può farsi con riguardo alla nozione di violenza fisica impiegata per contestare alle donne la rapina *impropria*, alla luce anche del fatto che l'ordinamento ne parifica il trattamento sanzionatorio a quello della rapina propria e si tratta di una pena elevata: la reclusione da 5 a 10 anni. Lo strattonamento realizzato dalla donna per "liberarsi" del vigilante (che, in un caso, è stato sostituito da uno schiaffo) poco si concilia con quella «energia fisica rivolta contro un soggetto fino al punto di annullarne o limitarne la capacità di autodeterminazione e di azione»[19] che sola pare giustificare l'entità di quella pena. E se è vero che l'orientamento rigoroso della giurisprudenza colpisce indifferentemente uomini e donne, è anche innegabile che forme così blande di violenza sono senz'altro tipiche delle donne: emerge infatti, dai dati della ricerca, la scarsa propensione delle donne verso forme di criminalità violente.

Infine, un ulteriore aspetto che merita di essere segnalato, per l'impatto che produce in modo trasversale sulla valutazione giudiziaria di gran parte dei reati imputati alle donne, concerne il ruolo delle donne quali concorrenti nel reato commesso materialmente da altri (come si è detto, di solito un uomo e anche una persona con cui intercorre un legame affettivo): anche nell'interpretazione di alcune disposizioni che regolano il concorso di persone nel reato non sembra che si tenga sempre in adeguata considerazione la variabile di genere nella modulazione del giudizio. La tendenza, infatti, a dilatare i confini della responsabilità penale fino a comprendere qualsiasi tipo di condotta agevolatrice o di rinforzo produce effetti sfavorevoli soprattutto nei confronti delle donne, poiché

17. È questo un aspetto sul quale stiamo lavorando e che, a titolo di esempio, mette in discussione le conseguenze della mancata tipizzazione delle condotte concorsuali, che finirebbe col pregiudicare le donne, più spesso condannate per condotte considerate "di rinforzo" del proposito criminoso del loro compagno (e della sua esclusiva traduzione in atto); allo stesso modo, discutibile appare la disciplina contenuta nell'art. 47-*quinquies* o.p., che prevede la detenzione domiciliare speciale per le donne madri di figli fino a 10 anni, ma che di fatto è raramente applicata alle donne rom, che restano recluse nelle sezioni nido (fino ai 3 anni del figlio) o nei (pochi) Icam esistenti sul territorio.

18. Si ricorda, a questo proposito, la risoluzione del Parlamento europeo 2007/2116(INI) del 13 marzo 2008 («sulla particolare situazione delle donne detenute e l'impatto dell'incarcerazione dei genitori sulla vita sociale e familiare»), che, sia pure con riguardo alle donne *detenute*, muove dalla premessa di partenza che «gran parte delle donne detenute è stata vittima di episodi di violenza, abusi sessuali, maltrattamenti nell'ambito della famiglia e della coppia e si trovano in una situazione di forte dipendenza economica e psicologica», così come del «rapporto diretto di tali episodi con la loro fedina penale». La stessa consapevolezza che è alla base della previsione, contenuta nelle regole per il trattamento per le donne detenute (cd. "*Bangkok Rules*") approvate dall'Assemblea generale dell'Onu il 16 marzo 2011, secondo la quale è necessario che gli operatori penitenziari tengano conto, assumendo le relative informazioni, del vissuto delle donne rispetto alle violenze subite, ai disturbi mentali o a forme di dipendenza (*Rules* 6 e 7).

19. Così C. Baccaredda Boy, in E. Dolcini e G. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, tomo III, *sub art. 628*, § 15, Wolters Kluwer, Milano, 2021 (V ed.).

sono queste ultime a offrire, nella stragrande maggioranza dei casi, contributi concorsuali di agevolazione o di rinforzo.

A ciò si aggiunge una discutibile interpretazione dell'attenuante della minima importanza del contributo causale prevista dall'art. 114 cp: una disposizione che è stata autorevolmente definita «la chiave di volta del sistema»[20] per il dosaggio delle pene nell'ambito del concorso di persone nel reato, per la cui disciplina si è scelto di adottare un modello unitario e non differenziato per ruoli. Anche in questo caso, la riduzione degli spazi applicativi dell'attenuante a casi nei quali si potrebbe arrivare a dubitare della stessa efficacia causale della condotta colpisce in modo sproporzionato le donne, che non vedono riconosciuta la minima rilevanza del contributo prestato alla realizzazione del reato. Così, ad esempio, nessuna mitigazione di pena *ex* art. 114 cp è stata concessa a una donna – condannata alla pena di 3 anni, 4 mesi e 800 euro di multa – che si era limitata a svolgere il ruolo di "palo" durante il furto di una borsetta in un ristorante, trasformatosi poi in rapina impropria per i calci sferrati agli agenti dal concorrente durante la fuga. L'unico caso in cui l'attenuante ha trovato applicazione riguardava una donna sorpresa, insieme al convivente, all'interno di un'auto nel cui cruscotto erano contenute numerose dosi di sostanza stupefacente: l'apporto causale è stato ritenuto dal giudice, in linea con i requisiti stabiliti dalla giurisprudenza di legittimità, così lieve da apparire quasi trascurabile, del tutto marginale e facilmente sostituibile attraverso l'opera di altri soggetti.

La strada da percorrere per arrivare a cogliere la specificità femminile anche nell'ambito dei comportamenti criminali delle donne è ancora lunga e piena di ostacoli. Nell'attesa che sia il legislatore a renderla più agevole, c'è da augurarsi che la magistratura voglia dare il suo contributo.

20. Così C. Pedrazzi, *Il concorso di persone nel reato*, Priulla, Palermo, 1952, ora in *Id.*, *Diritto penale, Scritti di parte generale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2003, p. 136.

Le discriminazioni economiche e di carriera delle donne nel mercato del lavoro

di *Elisabetta Tarquini*

Il settore del diritto del lavoro e dei luoghi di lavoro è stato forse quello più sensibile, negli ultimi decenni, a un profondo processo di riforma europeo (cd. *gender mainstreaming*) che, appunto su spinta sovranazionale, ha introdotto in molti ordinamenti – compreso quello italiano – una dotazione sempre maggiore di normative antidiscriminatorie per proteggere le donne da discriminazioni e molestie sui luoghi di lavoro. Questo processo non è, tuttavia, certamente compiuto. Il contributo focalizza anzi le attuali sacche di resistenza alla parità di genere in ambito lavorativo e le nuove sfide per affrontarle, in particolare per ciò che riguarda il principio, tuttora diffusamente inattuato, della parità retributiva. Nonostante l'assolutezza del divieto di discriminazione salariale, infatti, è incontrovertibile l'esistenza di un significativo *gender pay gap* in Italia, come (seppure con differenze significative) all'interno dell'Unione.

1. La tutela della parità retributiva tra uomini e donne: breve cronaca di una rivoluzione / 2. Parità di retribuzione per lavoro di uguale valore. Alla ricerca dell'effettività / 3. Ma i divieti di discriminazione servono alle donne?

«La libertà intellettuale dipende da cose materiali»
Virginia Woolf, *Una stanza tutta per sé*

1. La tutela della parità retributiva tra uomini e donne: breve cronaca di una rivoluzione

La storia del lavoro delle donne nell'Italia repubblicana è anche la storia della trasformazione profonda nelle forme di tutela dei loro diritti, una trasformazione che ha finito per influire, seppure in maniera carsica e ad oggi certamente incompiuta, anche sulle relazioni extralavorative tra i generi. Né c'è da stupirsene, giacché è certo che comunque il lavoro (la possibilità di accedervi, la sua disciplina, le garanzie della retribuzione, la sua attitudine ad assicurare un'effettiva indipendenza economica) determina anche l'articolazione e gli equilibri dei rapporti familiari.

Del resto nella regolamentazione del lavoro delle donne, fin dai principi fondanti affermati dalla Costituzione all'art. 37, poi nella legislazione nazionale successiva, il tema della tutela dei diritti delle lavoratrici si intreccia indissolubilmente con quello della protezione, non solo della maternità biologica (del corpo delle donne), ma anche di quella che la Costituzione chiama «l'essenziale funzione familiare» della donna lavoratrice.

Tuttavia, è proprio questa relazione (tra lavoro produttivo e lavoro di cura) che, quanto alle tutele giuridiche, ha subito dall'entrata in vigore della Costituzione una trasformazione significativa, perché al modello "protettivo", che ha lasciato una traccia importante nell'art. 37 Cost., si è progressivamente

sostituito un modello emancipatorio, essenzialmente costruito sul principio di non discriminazione, di fonte eurounitaria. Un modello, quest'ultimo, peraltro storicamente determinato, come in genere le tutele legate all'applicazione del principio paritario di fonte UE, e quindi anch'esso soggetto alla profonda evoluzione che vive il diritto antidiscriminatorio.

Peraltro, questa evoluzione si intreccia – si è già intrecciata – con un'altra, apparentemente inarrestabile, trasformazione: la progressiva precarizzazione di tutto il lavoro, quello degli uomini e quello delle donne, iniziata con accenti e tempi molto diversi a partire dagli anni novanta e che ha impresso anche alla diffusione delle tutele antidiscriminatorie direzioni inedite e spesso contraddittorie, delle quali si proverà a dire in chiusura di questo contributo.

Qualunque cronaca, anche elementare, di questo complesso cammino, non può che prendere avvio dall'art. 37 della Costituzione, secondo cui: «La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale e adeguata protezione».

La prima parte della disposizione porta la riaffermazione del principio paritario, espressione dell'uguaglianza formale il cui precetto è contenuto nell'art. 3 della Carta, e insieme la chiara proclamazione della piena inclusione delle donne nella sfera lavorativa.

Assai più complesso è il contenuto normativo del secondo periodo, che compendia probabilmente in sé tutta l'ambivalenza, l'irrimediabile ambiguità del modello protettivo di tutela del lavoro delle donne.

È noto come si tratti di un precetto la cui elaborazione provocò un aspro contrasto tra le diverse componenti dell'Assemblea costituente, una divisione non solo ideologica, ma anche di genere, risolta con il compromesso dell'attuale formulazione, dovuto essenzialmente all'intervento di ricomposizione operato da Moro.

È ambiguo questo precetto, perché da un lato garantisce speciale protezione alla condizione della maternità biologica, una protezione sempre essenziale, ma particolarmente all'epoca di entrata in vigore della Costituzione, quando l'occupazione delle donne si concentrava nei settori del lavoro manuale, quasi sempre usurante (l'agricoltura, il lavoro a domicilio, comunque il lavoro operaio), ed era largamente sommersa nell'economia informale.

La dura condizione delle donne lavoratrici, soprattutto delle classi povere (e l'Italia era allora per lo più povera), costrette a una brutale doppia presenza (nel lavoro produttivo, sottopagato o anche del tutto gratuito in quanto inserito nell'economia della famiglia contadina, e in quello di cura) entra nell'aula della Costituente, nelle parole di alcune delle deputate, che oppongono la vita reale delle donne reali alla retorica sull'"angelo del focolare" di molti dei loro colleghi. Così, la Deputata Federici, che parla di «sofferenze nascoste e crudeli» imposte alle donne, o Lina Merlin, che dice: «Noi sentiamo che la maternità, cioè la nostra funzione naturale, non è una condanna, ma una benedizione e deve essere protetta dalle leggi dello Stato senza che si circoscriva e si limiti il nostro diritto a dare quanto più sappiamo e vogliamo in tutti i campi della vita nazionale e sociale, certe come siamo di continuare e completare liberamente la nostra maternità».

Ma il richiamo all'essenziale funzione familiare della donna lavoratrice dice anche altro, perché c'è nella norma, obiettivamente (e la sua formazione in Assemblea costituente lo testimonia), il riferimento anche a un ruolo sociale, a un modello di relazione tra i generi nel quale il lavoro di cura (e di riproduzione sociale) apparteneva naturalmente, nel senso preciso di "per natura", alle donne.

Ed è proprio questa commistione tra tutela e segregazione, tra protezione dei diritti e perpetuazione di stereotipi, che segna la legislazione successiva per molti anni.

Infatti, fino all'affermarsi del modello antidiscriminatorio, essenzialmente sospinto dal diritto dell'Unione e dal principio del suo primato rispetto alle norme interne degli Stati membri, la tutela del lavoro delle donne nell'ordinamento nazionale resta affidata a un modello protettivo differenziante, che non solo garantisce la maternità biologica (con l'astensione per maternità e il divieto di licenziamento della lavoratrice madre), ma intende anche assicurare alle donne condizioni di lavoro assunte come compatibili con la funzione loro affidata, in via praticamente esclusiva, di cura della famiglia e dei figli.

Rappresentano con particolare evidenza questo modello e le sue ambiguità due complessi di disposizioni: quelle che vietavano il lavoro notturno delle donne e la disciplina differenziata del pensionamento, che prevedeva (e, in alcuni settori, ancora prevede) l'accesso (o la possibilità di accesso) anticipato delle donne al pensionamento. Le vicende sono note.

Quanto alla disciplina del lavoro notturno, l'art. 5 della legge n. 903/1977 aveva conservato il divieto generalizzato del lavoro femminile notturno (inteso come tale quello prestato dalle 24 alle 6) nelle aziende manifatturiere, a eccezione delle «donne che svolgono mansioni direttive, nonché [del]le addette ai servizi sanitari aziendali» e salva la possibilità di modificazione o rimozione del divieto ad opera della contrattazione collettiva «in relazione a particolari esigenze della produzione e tenendo conto delle condizioni ambientali

del lavoro e dell'organizzazione dei servizi». Nessuna deroga era consentita per le donne dall'inizio dello stato di gravidanza e fino al compimento del settimo mese di età del bambino.

Il divieto, previsto da analoghe disposizioni della legge francese, arrivò nel luglio 1991 all'esame della Corte di giustizia.

Il parametro di riferimento del giudice dell'Unione era il principio di parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro, affermato come principio di parità retributiva già nella versione originaria del Trattato istitutivo delle Comunità europee e all'epoca contenuto nella direttiva 76/207/CEE del febbraio 1976, il cui art. 5 prevedeva che «[l]'applicazione del principio della parità di trattamento per quanto riguarda le condizioni di lavoro, comprese le condizioni inerenti al licenziamento, implica che siano garantite agli uomini e alle donne le medesime condizioni, senza discriminazioni fondate sul sesso» e impegnava gli Stati membri a sopprimere «le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative contrarie al principio della parità di trattamento».

In quel giudizio, che si concluse con la sentenza *Stoeckel*, i Governi francese e italiano, che era intervenuto, affermarono che «il divieto di lavoro notturno per le donne, accompagnato peraltro da numerose deroghe, risponde a finalità generali di protezione della manodopera femminile e a considerazioni particolari di ordine sociale riguardanti, ad esempio, i rischi di aggressione ed il maggior carico di lavoro familiare gravante sulla donna».

La Corte di giustizia affermò, in contrario, che:

«Per quanto attiene alle finalità di protezione della manodopera femminile, esse possono ritenersi fondate (...) solamente in quei casi in cui un diverso trattamento fra uomini e donne risulti giustificato. Orbene, quali che possano essere gli inconvenienti del lavoro notturno, non sembra che, salvo i casi di gravidanza e maternità, i rischi ai quali le donne si trovano esposte a causa del detto lavoro presentino, in linea generale, natura differente da quelli cui sono esposti anche gli uomini.

16 Per quanto concerne i rischi di aggressione, ammesso che siano maggiori di notte che di giorno, possono essere predisposte misure adeguate per farvi fronte senza pregiudicare il principio fondamentale della parità di trattamento fra uomini e donne.

17 Quanto alle responsabilità familiari, la Corte ha già affermato che la direttiva non ha lo scopo di disciplinare questioni attinenti all'organizzazione della famiglia o di modificare la ripartizione delle responsabilità all'interno della coppia (v. sentenza 12 luglio 1984, Hoffmann, punto 24 della motivazione, causa 184/83, Racc. pag. 3047)»[1].

Il tenore di quest'ultima affermazione, che non andò esente da critiche, dà conto dell'alterità (a quell'epoca, anche più profonda che adesso) tra il divieto di discriminazione che era alla base del principio di parità di trattamento di fonte eurounitaria e l'apparato protettivo del lavoro delle donne in essere in Italia e anche in altri Stati della Comunità.

Una diversità che rimandava in primo luogo alla diversa origine del principio di non discriminazione. Quel principio, affermato, come si è detto, già nel trattato istitutivo nelle forme della parità retributiva, nasceva per una comunità di Stati all'epoca solo economica; nasceva, quindi, per il mercato, per assicurarne il corretto funzionamento e la libera circolazione dei lavoratori, e mirava a evitare fenomeni di *dumping* sociale. Quest'origine e questa funzione mercatista giustificavano allora l'affermazione della Corte di giustizia che la direttiva non curasse i rapporti familiari: non li curava perché il suo ambito di riferimento era il mercato.

Quindi, a discipline come quella nazionale italiana e francese, che assicuravano alle donne condizioni lavorative astrattamente di maggior favore (in quanto le esentavano da un lavoro di per sé disagiato come quello notturno), ma proteggevano e conservavano anche un ordine sociale in cui il lavoro di cura gravava "per natura" su di loro, se ne contrapponeva un'altra nella quale gli uomini e le donne operavano ed erano protetti in quanto attori economici, ai quali doveva essere assicurata piena parità nell'accesso alle occasioni di lavoro offerte dal mercato.

Un contrasto simile si produsse diversi anni dopo, questa volta in relazione a disposizioni dell'ordinamento italiano, quelle relative all'età pensionabile delle donne (segnatamente, le lavoratrici pubbliche), che il diritto interno differenziava rispetto a quella degli uomini, attribuendo alle lavoratrici il diritto di accedere ai trattamenti di vecchiaia in età meno avanzata degli uomini.

Un regime che la Corte costituzionale aveva ritenuto legittimo anche nella pronuncia (si tratta di Corte cost., n. 498/1988) con cui aveva, invece, caducato la disposizione dell'art. 4 legge n. 903/1977, che attribuiva alle donne lavoratrici, anche se in possesso dei requisiti per avere diritto alla pensione di vecchiaia, la possibilità di continuare a lavorare (secondo il regime di stabilità, reale od obbligatoria, proprio del rapporto) negli stessi limiti di durata del rapporto di lavoro prevista per l'uomo lavoratore da disposizioni legislative, regolamentari o contrattuali, ma solo per

1. Cgce, *Stoeckel*, C-345/89, 25 luglio 1991, n. 345, punti 15-17 della motivazione.

le donne richiedeva un'opzione in tal senso e la sua comunicazione al datore di lavoro, da farsi entro un termine prestabilito (una disposizione analoga, introdotta dal d.lgs n. 198/2006, è stata dichiarata incostituzionale da Corte cost., 29 ottobre 2009, n. 275).

Nella pronuncia del 1988, la Corte aveva infatti distinto tra età massima lavorativa (di cui si discuteva a proposito del disposto dell'art. 4 l. n. 903/1977), che doveva essere «eguale per la donna e per l'uomo» (così che la norma dell'art. 4, che invece differenziava la posizione degli uomini e delle donne quanto alla conservazione del rapporto di lavoro nel regime di stabilità suo proprio, doveva ritenersi incostituzionale) e il diritto «della donna a conseguire la pensione di vecchiaia al cinquantacinquesimo anno di età, onde poter soddisfare esigenze peculiari della donna medesima, il che non contrasta con il fondamentale principio di parità, il quale non esclude speciali profili, dettati dalla stessa posizione della lavoratrice, che meritano una particolare regolamentazione»[2].

Portata questa disciplina alla cognizione della Corte di giustizia a iniziativa della Commissione, il Governo italiano, difendendosi in quel giudizio, affermò la finalità protettiva del trattamento differenziale, ma la Corte di giustizia fu di contrario avviso[3].

Anche in questo caso è significativo leggere gli argomenti del giudice dell'Unione. Secondo la Corte, infatti:

«57. L'argomento della Repubblica italiana secondo cui la fissazione, ai fini del pensionamento, di una condizione di età diversa a seconda del sesso è giustificata dall'obiettivo di eliminare discriminazioni a danno delle donne non può essere accolto. Anche se l'art. 141, n. 4, CE autorizza gli Stati membri a mantenere o a adottare misure che prevedano vantaggi specifici, diretti a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali, al fine di assicurare una piena uguaglianza tra uomini e donne nella vita professionale, non se ne può dedurre che questa disposizione consente la fissazione di una tale condizione di età diversa a seconda del sesso. Infatti, *i provvedimenti nazionali contemplati da tale disposizione debbono, in ogni caso, contribuire ad aiutare la donna a vivere la propria vita lavorativa su un piano di parità rispetto all'uomo* (...)

58. Ora, la fissazione, ai fini del pensionamento, di una condizione d'età diversa a seconda del sesso non è tale da compensare gli svantaggi ai quali sono esposte le carriere dei dipendenti pubblici di sesso femminile aiutando queste donne nella loro vita professionale e ponendo rimedio ai problemi che esse possono incontrare durante la loro carriera professionale»[4] (c.vo aggiunto).

A fronte di simili diversità tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione, la primazia del diritto dell'Unione, che segue alla speciale relazione di integrazione tra l'ordinamento sovranazionale e quello degli Stati membri, ha comportato necessariamente la progressiva sostituzione del modello protettivo con quello emancipatorio fondato sul principio di non discriminazione.

Così è avvenuto, come è noto, nei due casi sopra menzionati.

Nel primo, infatti, il legislatore italiano, con la l. n. 25/1999, modificò l'art. 5 l. n. 903/1977, che conteneva il divieto di lavoro notturno, limitò tale divieto alle lavoratrici madri (dall'inizio della gravidanza fino all'anno di età del bambino) e garantì ad alcune categorie di lavoratrici e lavoratori (genitori di bambini fino a tre anni o fino a dodici in caso di unico genitore affidatario e soggetti che si prendano cura di portatori di *handicap*) il diritto a non lavorare di notte, mentre nel caso delle lavoratrici pubbliche aumentò l'età pensionabile anche per le donne.

D'altra parte, a fronte dell'arretramento del modello protettivo, il principio di non discriminazione di fonte UE, nato per il mercato, per assicurare la parità di trattamento tra attori economici, si è arricchito di contenuti, grazie anche alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Si è ampliata infatti non solo l'area della sua applicazione (in ragione dell'individuazione di nuovi fattori di protezione oltre l'archetipo della differenza di genere, tali da individuare non solo condizioni innate, come la razza o l'età, ma anche scelte di vita, così le convinzioni personali), ma più ancora il suo contenuto valoriale, che la Corte di giustizia, con un percorso non sempre lineare (come spesso accade al diritto, che è più di corti che di leggi scritte), ha tuttavia dichiaratamente ancorato ai diritti fondamentali della persona, così che esso si è rivelato capace di operare anche in maniera disfunzionale rispetto alle logiche del mercato per cui era nato[5].

D'altro canto, la peculiare natura del dispositivo antidiscriminatorio (incentrata sul divieto di trattamenti differenziali oggettivamente connessi ai

2. Così Corte cost., 27 aprile 1988, n. 498, punto 3.2 della motivazione.

3. Si tratta della decisione Cgue, *Commissione c. Repubblica italiana*, C-46/07, 13 novembre 2008.

4. Così Cgue, *ivi*, punti 57 e 58 della motivazione.

5. Così, per esempio, in Cgue, *Feryn*, C-54/07, 10 luglio 2008.

fattori di discriminazione, senza che rilevi una soggettiva volontà dell'agente di discriminare)[6] e del regime dell'onere della prova che gli è proprio[7], come pure l'attribuzione della legittimazione ad agire per fare accertare trattamenti discriminatori in capo a soggetti collettivi o pubblici (è il caso, per le discriminazioni di genere, delle consigliere di parità), hanno modificato significativamente le possibilità di concreta tutela dei diritti delle donne alla pari condizione nel rapporto di lavoro.

Perché il fatto che non sia necessario indagare la volontà soggettiva dell'autore delle asserite discriminazioni, che su questi gravi una frazione consistente dell'onere della prova e che si possa agire anche quando non è individuata la vittima delle discriminazioni (perché ad agire sono soggetti collettivi a ciò legittimati) consente alle tutele antidiscriminatorie di operare anche in ambiti in cui le norme protettive si erano rivelate poco o per niente efficaci – così, per esempio, nel caso dell'accesso al lavoro o nelle progressioni di carriera[8].

Ugualmente, la funzione non solo riparativa (ma anche dissuasiva e latamente sanzionatoria) del risarcimento del danno affermata nelle direttive antidiscriminatorie[9] permette, in linea di principio, di assicurare una tutela minima a fronte di violazioni in cui un pregiudizio effettivamente sopportato dal danneggiato è difficilissimo da individuare e, ancora di più, da provare.

Ma il modello cd. "emancipatorio", fondato sul principio di non discriminazione, appare in grado di fornire tutele incisive anche in ambiti più tradizionali, come quello della disciplina limitativa dei licenziamenti, nel momento in cui questa si ridimensiona marginalizzando le tutele reintegratorie, che restano appunto limitate al licenziamento discriminatorio e a poche altre fattispecie. Ciò, essenzialmente, ancora in ragione del carattere oggettivo del divieto di discriminazione e del peculiare regime dell'onere della prova.

2. Parità di retribuzione per lavoro di uguale valore. Alla ricerca dell'effettività

Il processo d'integrazione tra diritto interno e diritto dell'Unione ha portato, quindi, la disciplina nazionale in tema di parità di diritti tra uomini e donne nel rapporto di lavoro a modellarsi su quella delle fonti eurounitarie.

Più specificamente, quanto alla parità retributiva, la norma dell'art. 28 del «Codice delle pari opportunità» richiama quasi letteralmente il disposto dell'art. 4 dir. 2006/54/CE, secondo cui, «per quanto riguarda uno stesso lavoro o un lavoro al quale è attribuito un valore uguale, occorre eliminare la discriminazione diretta e indiretta basata sul sesso e concernente un qualunque aspetto o condizione delle retribuzioni. In particolare, qualora si utilizzi un sistema di classificazione professionale per determinare le retribuzioni, questo deve basarsi su principi comuni per i lavoratori di sesso maschile e per quelli di sesso femminile ed essere elaborato in modo da eliminare le discriminazioni fondate sul sesso».

---

6. Sul punto, nell'ordinamento interno, *cfr*. soprattutto Cass., n. 6675/2016, che, modificando un consolidato orientamento precedente, ha per la prima volta affermato nella giurisprudenza di legittimità il carattere oggettivo e funzionale dei divieti di discriminazione – indirizzo ad oggi da ritenersi consolidato.

7. Come è noto, secondo l'art. 40 del codice delle pari opportunità, «Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione».

8. Così, sia la Corte di giustizia sia il giudice nazionale hanno indagato in ordine all'esistenza di politiche di assunzione discriminatorie, anche in relazione a fattori diversi dal genere. Quanto alle decisioni della Cgue, *cfr*.: *Feryn*, già citata (*supra*, nota 5), in cui si discuteva di discriminazione per razza e origine etnica; *Accept*, C-81/12, 25 aprile 2013, in cui il fattore di discriminazione rilevante era l'orientamento sessuale; *Egenberger*, C-414/16, 17 aprile 2018, relativa a una politica di assunzione ritenuta discriminatoria per ragioni di religione; infine, *NH*, C-507/18, 23 aprile 2020, resa in una vicenda svoltasi davanti al giudice italiano, e relativa ancora a una discriminazione per ragioni di orientamento sessuale. Quest'ultima controversia è stata esaminata prima da Trib. Bergamo, 6 agosto 2014 (www.osservatoriodiscriminazioni.org/index.php/2015/10/14/tribunale-di-bergamo-ordinanza-del-6-agosto-2014/), quindi da Corte appello Brescia, 11 dicembre 2014 (www.osservatoriodiscriminazioni.org/index.php/2015/10/16/204/), da Cass., 20 luglio 2018, n. 19443, che aveva rimesso le questioni di causa al giudizio della Cgue e, infine, da Cass., 15 dicembre 2020, n. 28646. Sulle discriminazioni nelle progressioni di carriera, *cfr*. da ultimo, con ampia motivazione, Cass., 29 luglio 2021, n. 21801.

9. L'art. 18 della direttiva 2006/54/CE obbliga, infatti, gli Stati membri a introdurre nei rispettivi ordinamenti nazionali le misure necessarie per garantire, per il danno subito da una persona lesa a causa di una discriminazione fondata sul sesso, «un indennizzo o una riparazione reali ed effettivi, da essi stessi stabiliti in modo tale da essere dissuasivi e proporzionati al danno subito. Tale indennizzo o riparazione non può avere un massimale stabilito a priori, fatti salvi i casi in cui il datore di lavoro può dimostrare che l'unico danno subito dall'aspirante a seguito di una discriminazione ai sensi della presente direttiva è costituito dal rifiuto di prendere in considerazione la sua domanda». Analogamente, l'art. 17 della direttiva quadro 2000/78 dispone che «gli Stati membri determinano le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali di attuazione della presente direttiva e prendono tutti i provvedimenti necessari per la loro applicazione. Le sanzioni, che possono prevedere un risarcimento dei danni, devono essere effettive, proporzionate e dissuasive».

A fronte dell'assolutezza del divieto di discriminazione è, tuttavia, fatto incontrovertibile l'esistenza di un significativo *gender pay gap*, in Italia, come in genere (seppure con differenze significative) all'interno dell'Unione europea[10]. Secondo gli ultimi dati Eurostat riferiti al 2020[11], infatti, tra i salari di uomini e donne vi è nell'ambito dell'Ue un differenziale medio rapportato alla paga oraria del 13,0%, con un'oscillazione molto ampia tra i diversi Paesi, mentre il dato dell'Italia è del 4,2%.

Si tratta, come precisa Eurostat, di misurazioni "grezze" (*unadjusted*), che non tengono conto cioè di alcuni fattori che differenziano significativamente le modalità di impiego di uomini e donne, a partire dalle diverse forme contrattuali cui gli uni e le altre accedono con diversa frequenza (per ragioni varie) e dalla persistente diversità del numero medio di ore lavorate dai due gruppi.

È noto, infatti, come le donne siano impiegate in percentuale molto più alta degli uomini con contratti *part-time*, come pure il fatto che le carriere femminili mediamente subiscano un numero maggiore di interruzioni (generalmente connesse al lavoro di cura) e siano, perciò, generalmente più brevi. Non è un caso quindi che il *gap* retributivo aumenti significativamente ove si abbia riguardo non alla paga oraria, ma a quella mensile e a quella annua[12].

Inoltre, a differenziare significativamente lavoratori e lavoratrici come gruppi è il fatto della concentrazione del lavoro femminile in settori dove le retribuzioni sono più basse e la sindacalizzazione minore (il lavoro domestico, ma più generalmente le attività legate alla cura delle persone; nel settore manifatturiero, l'industria tessile).

È certo, pertanto, che «le differenze nelle retribuzioni di uomini e donne devono essere interpretate come il risultato di un confronto tra due popolazioni di lavoratori con caratteristiche diverse»[13], per quanto tali diverse caratteristiche dipendano anch'esse in misura non irrilevante dalla posizione deteriore delle donne, come gruppo, nel mercato del lavoro. Una posizione determinata in primo luogo dalla disparità del loro impegno nel lavoro di cura rispetto agli uomini (che ha incidenza diversa nei diversi Paesi, in conseguenza di fattori vari)[14] e, dato probabilmente collegato al primo, dalla loro segregazione occupazionale in settori meno remunerativi.

Tuttavia, studi e rilevazioni più recenti hanno cercato di tener conto delle differenze tra le due popolazioni, e perciò di «separare le caratteristiche dei lavoratori (come istruzione, anzianità, qualifica professionale, addestramento sul lavoro, ecc.) da come queste caratteristiche sono valutate (ovvero, retribuite)»[15]. Non è allora irrilevante segnalare come anche simili indagini abbiano concluso che, «*anche se la composizione della forza lavoro tra i sessi rispetto alle caratteristiche personali e occupazionali fosse identica, rimane un considerevole gap tra le retribuzioni di uomini e donne. Detto in altri termini, il lavoro svolto dalle donne è valutato meno rispetto al lavoro svolto dagli uomini*»[16] (c.vo aggiunto).

È questo differenziale (la retribuzione diversa per lo stesso lavoro o un lavoro di valore uguale) a formare oggetto, nel diritto positivo, del divieto previsto dall'art. 28 del codice delle pari opportunità, che si riferisce certamente non solo alle retribuzioni minime (rispetto alle quali opererebbe comunque il parametro della retribuzione sufficiente *ex* art. 36 Cost., che consente il riferimento ai minimi previsti dall'autonomia collettiva), ma più generalmente a qualsiasi trattamento retributivo.

Anzi, è ragionevole ritenere che l'ambito applicativo privilegiato del divieto debba essere quello dei trattamenti superiori ai minimi, più spesso riservati alle professionalità più elevate [17].

I dati, del resto, confermano che il *gender pay gap* si allarga al crescere del titolo di studio: è pari al 16,5% tra le persone che non hanno un diploma,

10. Sul punto, *cfr*. ampiamente R. Nunin, *Alcune riflessioni in tema di* gender pay gap *nel contesto italiano ed eurounitario*, in S. Scarponi (a cura di), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, CEDAM, Padova, 2014, pp. 252-275.

11. https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/sdg_05_20/default/table?lang=en.

12. Si vedano i dati tratti dalle statistiche Eurostat riportati da L. Rosti, *Cosa sappiamo (e cosa non sappiamo) sulla gender pay gap*, *Il Sole 24ore*, 19 settembre 2022.

13. P. Villa, *Gender pay gap*, in *Ingenere.it*, 23 aprile 2010.

14. L. Rosti, *Cosa sappiamo*, *cit*., rileva come, sommando il tempo dedicato alla produzione domestica e quello dedicato alla produzione per il mercato, le donne occupate a tempo pieno lavorano mediamente più ore degli uomini (dato Eurostat 2018) e anche l'indice di asimmetria nella condivisione del lavoro familiare, calcolato dall'Istat, conferma che il 70% del lavoro familiare è svolto dalle donne anche nelle coppie con figli nelle quali entrambi i coniugi sono occupati (dati 2013).

15. P. Villa, *Gender pay gap*, *cit*.

16. *Ibid*.

17. Vds., ad esempio, il caso deciso da Corte appello Torino, 25 settembre 2017, in *Giur. it*., n. 2/2018, p. 426, relativo a due figure apicali.

al 17% tra i diplomati, ma è quasi il doppio tra i laureati (29%)[18]. Ancora, si amplia al crescere del livello gerarchico, in tutte le professioni: è pari al 18,1% tra gli operai specializzati, al 12,1% nelle professioni non qualificate, mentre è massimo tra i dirigenti (33,5%) e tra i professionisti (29,3%)[19].

È un fatto, tuttavia, che la norma dell'art. 28 del codice delle pari opportunità abbia avuto nella pratica giudiziale scarsissima applicazione, probabilmente per varie ragioni.

In primo luogo, a una simile marginalità ha contribuito la ricostruzione della discriminazione come motivo illecito, operata dalla giurisprudenza assolutamente prevalente fino a tempi recentissimi[20], con le conseguenti difficoltà probatorie per chi l'affermasse.

Né probabilmente è stato irrilevante, nel medesimo senso, l'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità che, almeno a partire da Cass., sez. unite, 9 maggio 1993, n. 6030, ha escluso l'esistenza, nel rapporto di lavoro privato, di un principio di parità di trattamento contrattuale, oltre la "parità nei minimi", così che ogni trattamento differenziato al di sopra di tali minimi era considerato legittimo, a meno che non vi fosse prova della sua natura discriminatoria, ma intesa la discriminazione nell'accezione "soggettiva" di cui si è detto[21].

In ogni caso, anche ritenendo invece sindacabile il trattamento differenziale alla luce del principio di buona fede contrattuale, in effetti un'indagine fondata su quel canone si sarebbe comunque scontrata con difficoltà probatorie spesso insormontabili per la parte attrice, tenuta a superare la presunzione di buona fede prevista dal codice civile.

Il *revirement* della Corte di cassazione (di cui alla più volte citata Cass., n. 6675/2016) nel senso del carattere oggettivo dei divieti di discriminazione – e la conseguente applicazione anche da parte del giudice nazionale del regime probatorio agevolato previsto per le discriminazioni dal diritto dell'Unione – apre allora nuove prospettive di tutela anche a fronte di trattamenti differenziali sul piano retributivo.

Certo, anche così, l'onere gravante sulla parte che si afferma discriminata non è agevole.

In particolare, potrebbe non essere facile indicare correttamente i termini del giudizio di comparazione, cioè individuare adeguatamente il lavoratore comparabile, specie quando si faccia questione di lavoratori richiesti non dello stesso lavoro, ma di lavori di "uguale valore".

E, ancor prima, un ostacolo alla comparazione può essere rappresentato dalla difficoltà, per la lavoratrice che assuma di essere discriminata, di avere accesso ai dati retributivi dei colleghi, giacché la normativa interna in materia di parità non prevede, neppure all'esito delle modifiche apportate da ultimo dalla l. n. 162/2021, il diritto della lavoratrice o del lavoratore a ottenere dal datore di lavoro informazioni relative alla retribuzione corrisposta agli altri dipendenti che svolgano analoghe mansioni, come invece previsto dalla proposta di direttiva europea approvata dalla Commissione il 4 marzo 2021.

Di conseguenza, l'unica reale possibilità per i lavoratori e le lavoratrici di acquisire i dati in questione è a mezzo dell'accesso al rapporto sulla situazione del personale, che i datori di lavoro pubblici e privati che impieghino più di cinquanta dipendenti sono tenuti a redigere e a trasmettere al Ministero del lavoro «ogni due anni sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni ed in relazione allo stato di assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o di qualifica, di altri fenomeni di mobilità, dell'intervento della Cassa integrazione guadagni, dei licenziamenti, dei prepensionamenti e pensionamenti, della retribuzione effettivamente corrisposta» (così il testo vigente dell'art. 46 d.lgs n. 198/2006, da ultimo modificato dalla l. n. 162/2021).

Il rapporto, che deve essere trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali, deve menzionare in ogni caso «il numero dei lavoratori occupati di sesso femminile e di sesso maschile, il numero dei lavoratori di sesso femminile eventualmente in

18. Ancora L. Rosti, *Cosa sappiamo*, *cit*.

19. *Ibid*.

20. Per l'orientamento tradizionale che, per un verso, affermava una nozione aperta e non tassativa dei diversi fattori di discriminazione e, per l'altro, operava una sostanziale assimilazione tra atto discriminatorio e atto fondato su di un motivo illecito determinante *ex* art. 1345 cc, perciò includendo nella nozione di discriminazione il requisito necessario di un intento soggettivo di discriminare, quale motivo esclusivo dell'atto, che doveva essere provato da chi l'affermasse, si vedano, *ex plurimis*, Cass.: 9 luglio 2009, n. 16155; 1° dicembre 2010, n. 24347; 5 novembre 2012, n. 18927. Il mutamento d'indirizzo si deve alla decisione n. 6675/2016 della Corte di cassazione, già menzionata (*supra*, nota 6).

21. *Cfr*. Cass., 17 maggio 2003, n. 7752, secondo cui al giudice non sarebbe consentito neppure un controllo di ragionevolezza «sotto il profilo del rispetto delle clausole generali di correttezza e buona fede, che non sono invocabili in caso di eventuale diversità di trattamento non ricadente in alcuna delle ipotesi legali (e tipizzate) di discriminazione vietate, a meno che il rispetto di tali clausole discenda dalla necessità di comparazione delle situazioni di singoli lavoratori da parte del datore di lavoro che, nel contesto di una procedura concorsuale o selettiva, debba operare una scelta di alcuni di essi».

stato di gravidanza, il numero dei lavoratori di sesso femminile e maschile eventualmente assunti nel corso dell'anno, le differenze tra le retribuzioni iniziali dei lavoratori di ciascun sesso, l'inquadramento contrattuale e la funzione svolta da ciascun lavoratore occupato, anche con riferimento alla distribuzione fra i lavoratori dei contratti a tempo pieno e a tempo parziale, nonché l'importo della retribuzione complessiva corrisposta, delle componenti accessorie del salario, delle indennità, anche collegate al risultato, dei bonus e di ogni altro beneficio in natura ovvero di qualsiasi altra erogazione che siano stati eventualmente riconosciuti a ciascun lavoratore».

Esso deve, inoltre, contenere «informazioni e dati sui processi di selezione in fase di assunzione, sui processi di reclutamento, sulle procedure utilizzate per l'accesso alla qualificazione professionale e alla formazione manageriale, sugli strumenti e sulle misure resi disponibili per promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, sulla presenza di politiche aziendali a garanzia di un ambiente di lavoro inclusivo e rispettoso e sui criteri adottati per le progressioni di carriera» (entrambi i riferimenti sono all'art. 46 del d.lgs n. 198/2006).

Si tratta quindi, all'evidenza, di dati indispensabili al fine di poter operare una qualsiasi valutazione comparativa tra i trattamenti retributivi di lavoratori diversi, così che la possibilità per i lavoratori e le lavoratrici di accedervi risulta cruciale per la costruzione del giudizio di comparazione in cui si articola l'accertamento della discriminazione.

In fatto, l'accesso ai dati contenuti nel rapporto è oggi disciplinato dal dm del 29 marzo 2022, che prevede che esso sia conservato dalla consigliera di parità e dalle rappresentanze sindacali aziendali, e da essi consegnato al lavoratore o alla lavoratrice che ne facciano richiesta al fine di tutelare i propri diritti in giudizio.

Ammesso, dunque, che la lavoratrice che si affermi discriminata assolva, anche a mezzo dei dati contenuti nel rapporto, l'onere di dimostrare il trattamento deteriore a parità di mansioni (cioè l'attribuzione di una retribuzione inferiore rispetto al lavoratore comparabile), spetterà al datore di lavoro dimostrare l'inesistenza della discriminazione, quindi l'esistenza di una ragione alternativa lecita per l'attribuzione del trattamento differenziale, con allegazioni altrettanto specifiche e prove sufficienti. E l'insufficienza o la contraddittorietà di una simile prova andranno a suo danno, in ragione del meccanismo probatorio oggi descritto dall'art. 40 del codice delle pari opportunità.

Merita, infine, rilevare come trattamenti retributivi deteriori possano essere frutto anche di discriminazione indiretta[22]. In questi casi si fa questione di regole apparentemente neutre, che tuttavia espongono (per quanto interessa) le lavoratrici al rischio di un particolare svantaggio (si pensi alle disposizioni di vari contratti collettivi che legano la corresponsione di talune voci retributive accessorie alla presenza effettiva in servizio per un tempo minimo nell'anno, senza operare alcuna "neutralizzazione" dei periodi di astensione per maternità o congedo parentale, disposizioni che possono determinare un particolare svantaggio per le lavoratrici madri, che usufruiscono in via esclusiva dell'astensione obbligatoria e, in misura largamente prevalente, dei congedi parentali).

Nelle ipotesi in cui si lamenti una discriminazione indiretta, tuttavia, il datore di lavoro potrà opporre – diversamente dai casi di discriminazione diretta – l'esistenza di cause di giustificazione: sarà cioè ammesso a provare di aver agito per un fine legittimo, con mezzi appropriati e necessari.

Nella discriminazione indiretta, infatti, l'interesse del lavoratore alla parità di trattamento si confronta non solo con l'interesse essenziale dell'impresa a una specifica prestazione, come nei casi di discriminazione diretta, ma più ampiamente con la generalità delle esigenze organizzative dell'imprenditore, purché non illecite, reali, cioè non meramente fittizie, e obiettive, nel senso minimo e descrittivo di esigenze «non rivolte a caratteristiche proprie della persona o del gruppo»[23], così che il bilanciamento dei diversi interessi resta affidato al criterio della proporzionalità, di cui dice in via generale l'art. 2, par. 2 della direttiva 2000/78.

Ora, il requisito della proporzionalità dei mezzi è certamente altro da quello dell'essenzialità del requisito (che esclude la discriminazione diretta); tuttavia, neppure può ritenersi che il relativo accertamento si esaurisca nella verifica dell'esistenza di un qualsiasi

22. Come è noto: *a*) si ha *discriminazione diretta* quando, sulla base di uno dei fattori specificamente indicati (età, genere, orientamento sessuale, *handicap*, convinzioni religiose o personali, razza od origine etnica), una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia stata – o sarebbe – trattata un'altra in una situazione analoga; *b*) si ha *discriminazione indiretta* quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare *handicap*, le persone di un genere, di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone, a meno che, nel caso *b*), tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari.

23. Così F. Savino, *Differenze di trattamento e giustificazioni legittime nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Lavoro dir.*, n. 3-4/2004, p. 578.

interesse del datore di lavoro alla differenziazione (e quindi oppositivo rispetto a quello dei lavoratori alla parità di trattamento). Al contrario, il riferimento alla proporzione implica, se non necessariamente una valutazione di gerarchia tra gli interessi in conflitto, almeno un raffronto «tra l'effetto sproporzionatamente svantaggioso della misura contestata e l'aumento dei costi collegato all'adozione di una diversa misura»[24].

Oltre a vietare trattamenti retributivi differenziali in relazione al genere, le norme antidiscriminatorie precludono anche discriminazioni tra uomini e donne nell'assegnazione delle mansioni e nelle progressioni di carriera.

Nell'ordinamento interno, come è noto, il precetto è contenuto nell'art. 29 del codice delle pari opportunità, che si riferisce certamente sia alle discriminazioni dirette sia a quelle indirette.

Anche in questo caso, la disposizione di legge si confronta con il dato certo dell'esistenza di un significativo squilibrio di genere in relazione ai vari livelli retributivi, esistente, sia pure in misura diversa, in tutti i Paesi dell'Unione e connotato da una «progressiva rarefazione della presenza femminile mano a mano che si sale nei livelli di carriera (e, di conseguenza, nei livelli retributivi)»[25]. Un fenomeno che, nella gran parte dei Paesi e comunque in Italia, è più evidente nel settore privato rispetto all'impiego pubblico, in cui il meccanismo del concorso costituisce un importante correttivo.

Nell'ordinamento interno, la scarsa giurisprudenza che si è occupata del tema ha avuto riguardo per lo più a fattispecie in cui si assumeva l'esistenza di discriminazioni indirette.

In particolare, si è lamentato l'effetto pregiudizievole di previsioni (di bandi o selezioni per le progressioni di carriera o l'acquisizione comunque di benefici, quali il trasferimento a domanda) in cui il punteggio risultava legato alla durata della prestazione (così che ne erano penalizzati i *part-timer* e, di conseguenza, le donne, maggiormente impiegate in contratti a orario ridotto – *cfr*. Cass., 29 luglio 2021, n. 21801) o all'effettiva presenza in servizio (così nella controversia decisa da Trib. Siracusa, 10 maggio 2017)[26].

Particolarmente interessanti sono le fattispecie in cui la progressione risulta collegata alla disponibilità dei lavoratori e delle lavoratrici a variazioni di tempi e luogo di lavoro. La questione è stata affrontata dalla Corte di giustizia già con la sentenza *Danfoss* (Cgce, 17 ottobre 1989, relativa a trattamenti retributivi differenziati). In quella controversia il giudice dell'Unione aveva affermato che il criterio della flessibilità «può anche operare a danno dei lavoratori di sesso femminile, i quali, a causa di impegni casalinghi e familiari di cui hanno sovente la responsabilità, possono meno facilmente dei lavoratori di sesso maschile organizzare il loro orario di lavoro in modo flessibile», concludendo poi per la possibilità del datore di lavoro di «giustificare la remunerazione di una tale adattabilità dimostrando che quest'ultima riveste importanza per l'esecuzione di compiti specifici che sono affidati al lavoratore».

Ne deriva che, secondo lo schema descritto dalla Corte (certamente utilizzabile anche quando la «remunerazione» della flessibilità consista nell'utilità rappresentata da una valutazione favorevole ai fini delle progressioni di carriera), data per acquisita la legittimità del fine perseguito dal datore di lavoro, a essere determinante sarà generalmente il giudizio di proporzionalità, quindi l'apprezzamento, necessariamente rimesso al giudice nazionale, dell'entità del vantaggio ottenuto (o perseguito) dal datore di lavoro con la misura determinante la differenziazione in relazione al fattore protetto, in rapporto allo svantaggio, per il gruppo portatore del fattore medesimo, determinato dalla misura.

Un giudizio nel quale dovrà farsi questione, quindi, della necessità della misura rispetto al vantaggio (o, in contrario, della sua fungibilità con strumenti idonei al soddisfacimento dello stesso interesse, ma non implicanti differenziazioni in dipendenza del fattore protetto), una valutazione peraltro che la norma nazionale, in quanto prevede come costitutivo della causa di giustificazione anche l'essenzialità del requisito connesso al trattamento differenziale, impone di operare con rigore, pretendendo una prova adeguata dell'importanza del requisito (della disponibilità alla flessibilità della prestazione lavorativa) rispetto alle mansioni specifiche proprie delle figure professionali alla cui copertura la selezione sia finalizzata.

3. Ma i divieti di discriminazione servono alle donne?

Guardando indietro, alle trasformazioni che le forme di tutela dei diritti delle donne che lavorano hanno subito dal dopoguerra, e provando un qualche

24. A. Lassandari, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, CEDAM, Padova, 2010, pp. 191 ss.

25. *Cfr*. ancora R. Nunin, *Alcune riflessioni*, *op. cit*., p. 263.

26. *Cfr*. www.osservatoriodiscriminazioni.org/index.php/2017/05/17/942/.

rudimentale bilancio, dovrebbe allora concludersi per la maggiore efficacia del modello emancipatorio rispetto a quello protettivo tradizionale, ispirato dall'art. 37 Cost., quando si faccia questione della garanzia dei diritti delle donne, del loro diritto al lavoro e alla condizione di indipendenza economica che è presupposto della libertà di vita?

Le cose non sono probabilmente così semplici, perché, come già accennato, l'affermazione del modello emancipatorio ha in larga parte coinciso con una profonda trasformazione delle forme della produzione e di quelle dell'accumulazione del capitale, che si è tradotta in modificazioni profondissime del lavoro, quello degli uomini e quello delle donne, il *lavoro* senza aggettivi.

È inutile dire – perché è troppo noto – che questa trasformazione è stata nel segno della precarizzazione del lavoro, non solo nel senso della progressiva sostituzione del lavoro a tempo indeterminato con forme contrattuali non stabili, ma anche della flessibilizzazione della prestazione lavorativa, cioè dell'estrema variabilità dei tempi di lavoro a fronte delle richieste di un'organizzazione produttiva fondata sul sistema del "*just in time*", nella quale il lavoro, fattore della produzione come gli altri, deve essere disponibile solo quando serve, non prima e non oltre.

È chiaro che la dipendenza del tempo della prestazione lavorativa da quello dell'organizzazione produttiva è un fatto non nuovo – appartiene alla natura del lavoro salariato –; ma, nell'organizzazione produttiva fordista, la relazione tra tempo di lavoro e tempo della produzione era segnata dalla ripetitività, dalla "routinarietà", che costituiva essa stessa uno dei fattori di alienazione del lavoro fordista.

In contrario, alla trasformazione delle forme della produzione e dell'accumulazione nei nostri anni ha fatto seguito la dipendenza del lavoro da tempi estremamente variabili, così che esso diventa intermittente e dev'essere, insieme, necessariamente disponibile nei tempi più diversi, finendo per invadere i tempi di vita. Allo stesso tempo, però, il lavoro diviene inidoneo, insufficiente a consentire di progettarla – la vita –, perché la retribuzione non è più sufficiente, nella sua continuità ma anche nella sua misura, per alcun progetto.

Questa trasformazione ha finito per far assumere al lavoro di tutti e di tutte connotati che si era abituati a ritenere propri del lavoro delle donne: il suo carattere intermittente, l'inadeguatezza dell'impiego rispetto alla propria qualificazione professionale e, soprattutto, la sua comune insufficienza a consentire un qualche autonomo progetto di vita.

Allora, in questa condizione di generalizzata sottoprotezione, si rimprovera al modello emancipatorio (e quindi, essenzialmente, ai divieti di discriminazione) di aver lasciato più indifese le donne, in quanto non più garantite (o non più garantite nella stessa misura) dalle norme protettive, sole di fronte alle esigenze del mercato, che pretende anche il tempo della vita, della cura, delle relazioni familiari.

Così, di recente si è scritto[27] che proprio il diritto antidiscriminatorio sarebbe servito «*alla Ue a smantellare le legislazioni protettive del lavoro, e a ridurre il campo delle ragioni che un lavoratore può opporre al datore*», che «*una eguale irrilevanza delle condizioni di vita di chi lavora è l'ideale cui tende la tutela antidiscriminatoria*» e che, per contro, la legislazione protettiva del lavoro delle donne sarebbe stata espressione di «un principio che non riguarda solo le donne: la vita umana, e la società, cioè le relazioni che ci tengono uniti gli uni agli altri e ci danno autonomia e libertà, hanno valore e per questo devono essere tutelate davanti alla logica del profitto che tende a espropriarle. (...) [D]enunciando come discriminatorie le norme protettive per le donne, la Ue ha demolito la legittimazione di ogni tutela nel lavoro e ha costruito il suo modello ideale: la persona che vive per garantire il soddisfacimento delle esigenze del mercato».

Sono osservazioni che meritano una riflessione perché muovono da alcuni dati reali: l'eliminazione del divieto di lavoro notturno ha effettivamente portato all'estensione alle donne di condizioni lavorative in sé disagevoli, la parità di trattamento nell'accesso alla pensione delle lavoratrici pubbliche si è tradotta nell'innalzamento dell'età pensionabile anche per le donne.

Tuttavia, le conclusioni che se ne fanno derivare non sono, ad avviso di chi scrive, condivisibili.

Il dispositivo antidiscriminatorio, infatti, di per sé non ha eliminato né concorso ad eliminare alcuna tutela; piuttosto, prescrive che sia assicurata *parità di trattamento*, senza individuare in concreto il trattamento applicabile. Le scelte che hanno determinato l'individuazione del trattamento comune a uomini e donne sono state quindi scelte politiche, riferibili alla discrezionalità (e, perciò, alla responsabilità) dei decisori dell'Unione e degli Stati membri (esemplare la vicenda delle pensioni delle lavoratrici pubbliche italiane, in cui la scelta dell'età pensionabile per tutti è stata del legislatore italiano, non certo della Corte di giustizia).

27. S. Niccolai, *Ikea, il diritto non è solo affare di donne*, *Il Manifesto*, 30 novembre 2017.

Le tutele cioè sono diminuite in relazione a scelte di politica del diritto del tutto indipendenti dai divieti di discriminazione, e legate a un preciso approccio alla risoluzione delle questioni poste dalle trasformazioni delle imprese e dell'organizzazione del lavoro (il noto - ma assai discutibile e oggi, alla fine, discusso - principio della relazione tra flessibilità del lavoro e crescita dell'occupazione e, più profondamente e radicalmente, la scelta culturale, prima che politica, di assumere il mercato e la concorrenza come unico sistema produttivo di valori, non solo dei rapporti economici, ma anche di ambiti sociali che potevano essere loro preclusi e affidati a diversi sistemi regolativi).

Anzi, rispetto alla "teologia del mercato", i divieti di discriminazione hanno in effetti mostrato di operare (non sempre, ma comunque in misura significativa) come limite insuperabile, anche a dispetto della loro origine, come già scriveva l'avvocato generale nelle sue conclusioni nel caso *Feryn*: «*il mercato non cura le discriminazioni, per questo ci vuole la legge*».

Per questo, pare a chi scrive che chi ha cuore le ragioni dei diritti debba continuare a riporre una qualche fiducia (ragionevole, cauta e, magari, disincantata fiducia) in questi strumenti. In caso diverso, infatti, non ci sarà nulla da guadagnare per i lavoratori e le lavoratrici, che saranno anche più soli di fronte alla logica acquisitiva del mercato.

Le molestie nei confronti delle lavoratrici

di *Marta Giaconi*

Il saggio delinea rapidamente il quadro normativo in materia di molestie di genere e sessuali sui luoghi di lavoro. Attraverso i richiami normativi, dall'art. 2087 cc all'art. 26 d.lgs n. 198/2006, il tema viene declinato da un lato nel contesto della protezione di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, dall'altro lato in quello delle norme antidiscriminatorie. In conclusione, il contributo dà conto delle più rilevanti previsioni contenute nella Convenzione ILO n. 190 del 2019 e del loro possibile impatto a seguito della ratifica del 2021.

1. Premessa / 2. Alle radici della tutela. Le tante potenzialità dell'art. 2087 cc / 3. Molestie sul lavoro. L'utilità della normativizzazione / 4. L'importanza della prevenzione / *4.1. Dai codici di condotta… / 4.2. … alla valutazione dei rischi dopo la Convenzione ILO n. 190* / **5. Punire la molestia per tutelare la vittima o il potere disciplinare come strumento di tutela della salute delle lavoratrici / 6. Solo un cenno alla tutela risarcitoria / 7. Conclusioni**

1. Premessa

I dati sulla ricorrenza di violenza e molestie[1] subite, nel corso della prestazione lavorativa (o comunque dalla stessa occasionati), prevalentemente da donne impongono di tornare ciclicamente ad approfondire tali fenomeni, alla ricerca – ciascuno nel proprio ambito – di strumenti in grado di prevenirli e contrastarli. Come noto, l'odiosità di tali condotte risiede nella loro capacità di pregiudicare non solo la sfera individuale della vittima (dignità, autostima, percezione di sé, intimità, attività lavorativa e carriera), ma anche la vita relazionale, quindi, in un pericoloso "effetto domino", l'intera collettività. Quanto ai luoghi di lavoro, si anticipa sin d'ora che violenza e molestie sono perpetrate non solo dal datore ma, sempre più frequentemente, da un collega. A quest'ultimo riguardo, si incontreranno le maggiori difficoltà tecniche poiché dovrà gestirsi il delicato equilibrio tra la legittima rivendicazione della lavoratrice di essere tutelata dal contraente per legge tenuto a proteggerne l'integrità fisica e personalità morale, ossia il datore, e la pretesa di quest'ultimo di non vedersi addebitati gli effetti civilistici derivanti da condotte altrui.

La complessità del fenomeno trattato, tra l'altro, non deriva solo dalla plurioffensività della condotta ascrivibile a violenza o molestie[2] (per quel che riguarda i profili penalistici, si rinvia, in questo numero,

1. Ci si riferisce agli ultimi dati Istat pubblicati nel 2018 e relativi al periodo 2015-2016, secondo i quali sarebbero 8.816.000 (43,6 %) le donne fra i 14 e i 65 anni che, nel corso della vita, hanno subito qualche forma di molestia sessuale e 3.118.000 (15,4%) quelle che le hanno subite negli ultimi tre anni (www.istat.it/it/archivio/209107). Per una ricognizione delle nozioni, *cfr*. C. Pagano e F. De Riu, *Analisi preliminare sulle molestie e la violenza di genere nel mondo del lavoro in Italia*, Ufficio OIL (ILO) per l'Italia e San Marino, aprile 2018; A. Ninci (a cura di), *Ri-conoscere per prevenire i fenomeni di molestia e violenza sul luogo di lavoro*, Inail, 2021.

2. Tra questi, ad esempio, la fattispecie dei maltrattamenti prevista dall'art. 572 cp, qualora il rapporto interpersonale sia caratterizzato dal requisito della para-familiarità, avuto riguardo non semplicemente al numero dei dipendenti dell'azienda, alla durata del rapporto di lavoro, alla reiterazione del condotte discriminatorie nei confronti dei soggetti e alla reazione delle vittime, bensì alle dinamiche relazionali intercorrenti fra i lavoratori e il datore di lavoro, nonché all'esistenza o meno di una condizione di soggezione e subalternità delle vittime suddette – Cass. pen., sez. VI, 20 marzo 2018, n. 36802; tra i precedenti, *ex multis*, Cass. pen., sez. III, 7 luglio 2008, n. 27469.

al contributo di Claudia Pecorella e Massimiliano Dova), ma anche dalla matrice "culturale" e profondamente radicata di queste ultime, espressione di ben noti stereotipi che a loro volta, nel contesto lavorativo, rischieranno di acuirsi in ragione dell'esistenza dei delicati rapporti di forza che si vengono a creare non solo tra datore e dipendente ma anche tra *tutor* e apprendista, tra sovraordinato e sottoposto, e così via. Da qui la necessità che, accanto alla predisposizione di strumenti preventivi e rimediali, siano incentivate – in linea con gli artt. 13 e 14 della Convenzione di Istanbul[3] – costanti e capillari campagne di sensibilizzazione nelle scuole[4] prima ancora che nelle aziende, educando i giovani cittadini a essere futuri lavoratori consapevoli e rispettosi, innanzitutto, della dignità di quante e quanti ci circondano. Solo intervenendo con costanza a ogni livello, dalla fase della formazione a quella successiva all'inserimento nel mercato del lavoro, gli obiettivi di eguaglianza e autodeterminazione di donne e ragazze (*cfr*. l'obiettivo n. 5.3 dell'Agenda Onu 2030 per uno sviluppo sostenibile) potranno smettere di essere descritti come traguardi – vaghi e lontani – per diventare ciò che sono: non un obiettivo, ma un punto di partenza.

Ciò detto, la crucialità della prevenzione e del contrasto alle molestie sul lavoro nella più ampia cornice del superamento delle diseguaglianze emerge, da un lato, dal crescente contenzioso sorto dalle richieste risarcitorie delle vittime; da un altro lato, dalla proliferazione di iniziative, tra cui i numerosi disegni di legge ancora recentemente discussi in Parlamento (in particolare ddl nn. 655, 1597, 1628 e 2358), che mirano a introdurre «Disposizioni per la tutela della dignità e della libertà della persona contro le molestie e le molestie sessuali, con particolare riferimento ai luoghi di lavoro. Delega al Governo per il contrasto delle molestie sul lavoro e per il riordino degli organismi e dei comitati di parità e pari opportunità»[5] .

2. Alle radici della tutela. Le tante potenzialità dell'art. 2087 cc

Da tempo si sottolineano i pregi della norma codicistica, in grado di adeguare l'obbligo di tutela dell'integrità fisica e della personalità morale del lavoratore subordinato non solo all'evoluzione della tecnica e dell'esperienza, ma anche della nozione stessa di "salute" e "benessere psicofisico" di lavoratrici e lavoratori[6]. La disposizione, tornata al centro del dibattito nel corso dell'emergenza sanitaria[7], si è infatti nutrita degli studi che hanno progressivamente ampliato la nozione di salute sul lavoro, comprendendovi anche gli aspetti emotivi e relazionali[8] sino a farla coincidere

3. Ci si riferisce alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, dell'11 maggio 2011.

4. Sul punto, si rimanda alle condivisibili riflessioni di R. Santucci, *Le tutele contro le molestie nel lavoro: ancora troppe incertezze e disarmonie*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, pp. 1210-1257, e agli studi di genere dallo stesso Autore citati a sostegno della necessità di «condurre percorsi educativi di decostruzione delle diseguaglianze e di promozione del rispetto delle differenze» – vds. R. Ghigi, *Fare la differenza. Educazione di genere dalla prima infanzia all'età adulta*, Il Mulino, Bologna, 2019.

5. Per una sintesi, vds. S. Bissaro, *Molestie sessuali sul luogo di lavoro. Il Parlamento discute l'introduzione di una disciplina* ad hoc, Osservatorio violenza sulle donne, Università degli Studi di Milano, 21 novembre 2021 (https://ovd.unimi.it/commento/molestie-sessuali-sul-luogo-di-lavoro-il-parlamento-discute-lintroduzione-di-una-disciplina-ad-hoc/).

6. P. Albi, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona, art. 2087*, in F.D. Busnelli (a cura di), *Il Codice civile. Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 52 ss.; *Id.*, *La sicurezza sul lavoro e la cultura giuridica italiana fra vecchio e nuovo diritto*, in *Dir. sic. lav.*, n. 1/2016, pp. 83 ss.; R. Del Punta, *Danno non patrimoniale e rapporto di lavoro (a un anno dalle Sezioni Unite)*, in A. Perulli e V. Brino (a cura di), *Sicurezza sul lavoro: il ruolo dell'impresa e la partecipazione attiva del lavoratore*, CEDAM, Padova, 2012, pp. 115 ss.; S. Giubboni, *La crisi della regola dell'esonero*, in *WPOlympus* (Università di Urbino), n. 3/2011 (https://journals.uniurb.it/index.php/WP-olympus/article/view/20/18); *Id.*, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: vecchie e nuove questioni in tema di danno differenziale*, Centre for the Study of European Labour Law (CSDLE) "Massimo D'Antona", *working paper* n. 397/2019; R. Guariniello, *Il principio della massima sicurezza tecnologicamente fattibile*, in *Igiene e sicurezza del lavoro*, 1997, p. 339; M. Lai, *Il diritto della sicurezza sul lavoro tra conferme e sviluppi*, Giappichelli, Torino, 2017; F. Malzani, *Obbligo di sicurezza e risarcimento del danno. Quali spazi per una funzione general preventiva della responsabilità civile?* (commento a Corte appello Torino, 11 maggio 2015), *Nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 11/2015, I, p. 1047-1053; L. Montuschi, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1986, pp. 68 ss.; P. Natullo, *Il quadro normativo dal Codice civile al Codice della sicurezza sul lavoro. Dalla Massima sicurezza (astrattamente) possibile alla Massima sicurezza ragionevolmente (concretamente) applicata?*, in *WPOlympus*, n. 39/2014; P. Tullini, *Tutela civile e penale della sicurezza del lavoro: principi, categorie e regole probatorie a confronto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 3/2011, pp. 727-753; *Id.*, *Il danno differenziale: conferme e sviluppi d'una categoria in movimento*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 4/2015, pp. 485-508.

7. Si vedano le riflessioni di C. Lazzari, *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, in *Dir. sic. lav.*, n. 1/2020, pp. 136-149.

8. Sul punto, basti pensare alle più recenti istanze di *employee happiness* e alla loro combinazione con le misure di *welfare* aziendale. *Cfr*. E. Gragnoli, *Esiste un diritto alla felicità in azienda?*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, n. 1/2022, pp. 9 ss.; per quel che riguarda la pubblica amministrazione, F. Nicosia, *La ricerca della felicità: aspettativa o diritto al benessere nel lavoro pubblico?*, CSDLE "Massimo D'Antona", *working paper* n. 453/2022.

con lo «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infermità» (art. 2 d.lgs n. 81/2008), al di là della mera integrità fisica, attraverso «l'interiorizzazione nel contratto di posizioni costituzionali»[9].

Certo, è condivisibile la critica secondo la quale, a lungo, le ricche potenzialità in chiave preventiva della clausola codicistica siano state trascurate da lavoratori e parti sociali a beneficio di una concezione tutta risarcitoria del precetto[10]. Non vi è dubbio, infatti, che ancora oggi il contenzioso, in particolar modo relativo alle condotte di cui ci si occupa nel presente contributo, sia pressoché esclusivamente sorto da richieste risarcitorie dovute all'avvenuta violazione dell'integrità psicofisica della lavoratrice, ossia a danno già subito, anziché dal rifiuto di rendere la prestazione in caso di mancata adozione di misure preventive, o ancora dal recesso della lavoratrice per giusta causa integrata da tali omissioni. Si è, però, dell'idea che la mancata valorizzazione dell'anima prevenzionistica dell'art. 2087 cc, nell'ambito che occupa, sia non tanto il risultato di un limite operativo della norma quanto piuttosto espressione di un atteggiamento culturale che, seppur lentamente, mostra segni di cedimento. Benché l'approccio preventivo non trovi ancora adeguato riscontro nel contenzioso, esso si è palesato con chiarezza a partire dal 2017, quando il legislatore, arricchendo direttamente la norma sulle molestie contenuta nel d.lgs n. 198/2006 (di cui *infra*) ha previsto che i datori siano tenuti, *ex* art. 2087 cc, a garantire l'integrità psicofisica «anche concordando con le organizzazioni sindacali dei lavoratori le iniziative, di natura informativa e formativa, più opportune al fine di prevenire il fenomeno delle molestie sessuali nei luoghi di lavoro». Contestualmente, il legislatore ha sancito che le imprese, i sindacati, i datori, i lavoratori e le lavoratrici si impegnano ad assicurare il mantenimento nei luoghi di lavoro di un ambiente in cui sia rispettata la dignità di ognuno e siano favorite le relazioni interpersonali, basate su principi di eguaglianza e di reciproca correttezza[11]. La finalità preventiva è stata quindi perseguita attraverso le molteplici iniziative aziendali (dai contratti collettivi ai codici di condotta[12]), sino al momento in cui – proprio grazie alla ratifica della Convenzione ILO 2019, n. 190 – le molestie sul lavoro sono state attratte nella fase ontologicamente preventiva dell'intero sistema di sicurezza sul lavoro: la valutazione dei rischi.

Nel rinviare al prosieguo del testo il vaglio delle più interessanti iniziative di prevenzione, è doveroso soffermarsi, seppur rapidamente, sulla natura dell'obbligazione di cui il datore è gravato in virtù della disposizione del codice civile.

Si è detto che la tesi prevalente individua nell'art. 2087 cc una fonte di responsabilità contrattuale al pari dell'obbligazione retributiva. Ciononostante, l'espansione applicativa di cui è stata protagonista la clausola di cd. "massima sicurezza possibile" enucleata dagli interpreti proprio a margine dell'art. 2087 cc, ha – come si è criticamente e condivisibilmente osservato – spinto la fattispecie codicistica «in una sorta di surrettizio slittamento verso i lidi della responsabilità oggettiva»[13]. Ebbene, il terreno delle molestie costituisce uno dei possibili terreni di tale slittamento. Ora, i giudici insistono ovviamente nel ribadire che l'art. 2087 cc «non configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva, in quanto la responsabilità del datore di lavoro – di natura contrattuale – va collegata alla violazione degli obblighi di comportamento imposti da norme di legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o tecniche del momento»[14] e non impone al datore di garantire «un ambiente di lavoro a "rischio zero"»[15]. Nonostante la recisa affermazione, tuttavia, i giudici, in particolare quando hanno interpretato restrittivamente gli elementi utili a interrompere o, quantomeno, ad attenuare il nesso di imputabilità dell'evento dannoso al datore (si pensi alle applicazioni giurisprudenziali del rischio elettivo), hanno effettivamente alimentato l'"anima oggettiva" della responsabilità datoriale.

Come si anticipava, peraltro, le maggiori complicazioni in termini di accertamento della violazione dell'obbligo di sicurezza non sorgono tanto qualora l'autore della molestia sia il datore, quanto piuttosto nel caso in cui la condotta sia materialmente tenuta

9. M. Pedrazzoli, *Introduzione*, in *Id.* (a cura di), *I danni alla persona del lavoratore nella giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 2004, p. XLVIII.

10. *Cfr*. le considerazioni critiche e la bibliografia richiamate da A. Pizzoferrato, *Molestie sessuali sul lavoro. Fattispecie giuridica e tecniche di tutela*, CEDAM, Padova, 2000, pp. 345 ss.

11. Ci si riferisce alla l. 27 dicembre 2017, n. 205 (legge di bilancio 2018), in modifica all'art. 26, comma 3-*ter*, d.lgs n. 198/2006.

12. *Cfr*. anche, nel pubblico, i regolamenti di disciplina adottati dalle amministrazioni. A titolo esemplificativo, vds. il regolamento di disciplina Inps che prevede l'obbligo del dipendente di «mantenere, nei rapporti interpersonali, con gli altri dipendenti e con gli utenti, una condotta corretta, astenendosi da comportamenti lesivi della dignità della persona», sanzionando «comportamenti o molestie, anche di carattere sessuale, di particolare gravità che siano lesivi della dignità della persona» con la sospensione.

13. S. Giubboni e A. Rossi, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 25.

14. Da ultimo, Cass. civ., sez. lav., 20 ottobre 2022, n. 31049.

15. Cass. civ., sez. lav., 11 febbraio 2020, n. 3282.

da un collega, spesso gerarchicamente sovraordinato alla vittima. In proposito sia consentito, seppur semplificando le possibili posizioni, individuare almeno due letture. La prima tende a negare che al datore possa essere addebitata la responsabilità civile per fatto del terzo qualora il comportamento del dipendente «non sia riferibile sia pure marginalmente o indirettamente alle mansioni in concreto esercitate ed affidategli dal datore di lavoro, ma sia frutto di una iniziativa estemporanea e personale del tutto incoerente rispetto alle mansioni svolte (oltre che affidate), poiché manca in tal caso quel nesso di occasionalità necessaria che solo può giustificare una attribuzione di responsabilità in capo al datore di lavoro, né ai fini della sussistenza di tale responsabilità è sufficiente il mero dato della coincidenza temporo-spaziale con una attività occasionale o favorita dallo svolgimento delle mansioni»[16]. D'altro canto, del nesso di occasionalità è stata offerta anche una lettura meno rigida, che ha rilevato la responsabilità datoriale *ex* art. 2087 cc nell'ipotesi in cui i compiti affidati all'autore della molestia siano tali da generare una situazione che renda «anche solo possibile o semplicemente più agevole» la produzione dell'evento danno[17], non restando al datore altra strada se non la dimostrazione dell'abnormità ed esorbitanza del comportamento del proprio dipendente. Nei casi di violenza o molestia, il nesso di occasionalità necessaria non sarà, però, l'unico elemento fattuale da valutare ai fini dell'accertamento della responsabilità indiretta. Al di là dello stretto nesso con l'attività lavorativa svolta dal molestatore[18], laddove la molestia sia, infatti, avvenuta in un contesto di – dimostrate – omissioni o negligenze da parte del datore, la dipendente dovrà poter indirizzare le proprie pretese risarcitorie nei confronti del soggetto che – attraverso misure di prevenzione e protezione – avrebbe dovuto contribuire alla realizzazione di un ambiente sicuro per tutto il personale. A tal fine, occorrerà procedere a un'attenta valutazione caso per caso del contesto e delle circostanze di cui il datore fosse già venuto a conoscenza direttamente o *de relato*, della sua tempestiva reazione disciplinare e organizzativa, dell'adozione delle misure preventive tipiche o atipiche a livello aziendale (tra cui la valutazione dei rischi da molestia, l'adozione di scelte organizzative parametrate al rischio da violenza e molestia, l'erogazione di attività di formazione). Qualora, invece, fermo l'adempimento di tutte le prescrizioni evincibili dal rinnovato contesto in materia di prevenzione di cui sarà dato conto nel prosieguo, la condotta tenuta dall'autore della molestia non fosse minimamente prevedibile né prevenibile, acquisendo i caratteri della "abnormità", il datore potrà rivendicare l'esonero dalla responsabilità diretta e indiretta *ex* art. 2087 cc.

3. Molestie sul lavoro. L'utilità della normativizzazione

Su stimolo europeo[19], nei primi anni duemila il legislatore nazionale ha proceduto a una codificazione

16. Così Cass. pen., sez. III, 6 dicembre 2011, n. 27706. In linea con Cass. pen., sez. III, 6 dicembre 2011, n. 27706; Trib. Venezia, 15 gennaio 2002; Pret. Modena, 29 luglio 1998, che tendono a escludere la configurabilità della responsabilità datoriale in casi di molestie sessuali poste in essere dai dipendenti, sul presupposto dell'impossibilità di considerare il comportamento del molestatore come riferibile alle incombenze assegnate al dipendente. In altri casi, i giudici hanno riconosciuto la responsabilità del datore in caso di abusi sessuali commessi dai dipendenti (ad esempio, Cass. pen., 7 novembre 2019, n. 8968 relativa ad atti sessuali posti in essere dal conducente di autobus nei confronti dei passeggeri presenti a bordo durante la sosta al capolinea, sussistendo il nesso di occasionalità necessaria nello svolgimento dell'attività lavorativa, in quanto questa non comprende solo la guida, ma anche la vigilanza del mezzo di trasporto; Cass. civ., sez. lav., 22 settembre 2017, n. 22058, in cui è stata ritenuta responsabile l'azienda ospedaliera per i danni provocati da un medico autore di violenza sessuale in danno di una paziente, perpetrata in ospedale e in orario di lavoro, nell'adempimento di mansioni di anestesista, narcotizzando la vittima in vista di un intervento chirurgico; in linea con la più risalente Pret. Milano, 31 gennaio 1997). A ciò si aggiunga che, in alcuni casi – ma meno frequentemente –, la responsabilità del datore è riconosciuta ai sensi degli artt. 2087 e 2049 cc (è il caso di. Trib. Milano, 24 gennaio 2020, per un caso di molestie basate sulla razza). Sul punto *cfr.*, per un aggiornamento giurisprudenziale, G. Cassano, *La responsabilità del datore di lavoro per fatti dei lavoratori*, in *Lav. giur.*, n. 1/2021, p. 98.

17. *Cfr.* Trib. Milano, 3 marzo 2015, n. 455; A. Salvati, *La responsabilità datoriale per le molestie sessuali sul luogo di lavoro*, in *Ridare.it*, 2 febbraio 2016.

18. *Cfr.* G. Cassano, *La responsabilità*, *op. cit.*

19. La definizione è contenuta nella raccomandazione della Commissione europea del 27 novembre 1991 sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini sul lavoro (92/131/CEE), ove si legge: «per molestia sessuale s'intende ogni comportamento indesiderato a connotazione sessuale o qualsiasi altro tipo di comportamento basato sul sesso che offenda la dignità degli uomini e delle donne nel mondo del lavoro, ivi inclusi atteggiamenti malaccetti di tipo fisico, verbale o non verbale». Successivamente, la direttiva 2002/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio d'Europa ha integrato la nozione con il riferimento a «un ambiente intimidante, ostile, degradante, umiliante od offensivo». Come ricordato da S. Scarponi, *Molestie sessuali sul lavoro: elementi di convergenza e nodi da sciogliere connessi alla ratifica della Convenzione OIL 190/2019*, in *Giudice donna*, n. 3-4/2020 (www.giudicedonna.it/2020/numero-tre-quattro/Articoli/Molestie_sessuali_sul_lavoro.pdf). A Louise Fitzgerald (1990) si deve l'individuazione di tre principali categorie di molestia: «le molestie di genere, che possono includere: commenti offensivi sulle donne, osservazioni inappropriate sull'aspetto fisico, allusioni sessuali, esposizione di immagini pornografiche; l'attenzione sessuale indesiderata, come proposte insistenti di appuntamenti, contatti fisici indesiderati e che provocano disagio; la coercizione sessuale, per esempio minacce e ricatti sessuali o aggressioni sessuali» – L.F. Fitzgerald, *Sexual Harassment: The Definition and Measurement of a Construct*, in M.A. Paludi (a cura di), *Ivory Power: Sexual harassment on Campus*, State University of New York Press, Albany, 1990, pp. 21-44.

tutta lavoristica della molestia di genere e sessuale, seppure attraverso una nozione in cui «il messaggio politico tende a prevalere sulla tenuta giuridica»[20], attraendo siffatte condotte nell'ambito della più ampia categoria delle discriminazioni[21]. Nel rinviare ai ricchi studi che da tempo approfondiscono il tema delle molestie di genere e sessuali ricostruendone le origini nel diritto antidiscriminatorio, ci si limita qui a qualche rapida considerazione sull'attualità e utilità dell'equiparazione tra discriminazioni e molestie di genere/sessuali avvenuta, per la prima volta, con la direttiva 2002/73[22], a sua volta tradotta nell'ordinamento nazionale con il d.lgs n. 145/2005, oggi riprodotto nell'articolo 26 del "Codice delle Pari Opportunità" (d.lgs n. 198/2006).

L'art. 26 d.lgs n. 198/2006 prevede che sono «considerate come discriminazioni», (da ciò dovendosi dedurre che non lo sono, ma che devono essere trattate alla medesima stregua[23]), anche le molestie, ossia quei «comportamenti indesiderati, posti in essere per ragioni connesse al sesso, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo». Parimenti, godono dello stesso trattamento le molestie *sessuali* consistenti in comportamenti indesiderati sessualmente connotati, espressi in forma fisica, verbale o non verbale, nuovamente aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo.

Semanticamente più vicini al concetto di discriminazione sono, poi, i comportamenti descritti ai successivi commi dell'art. 26, che ascrivono alla categoria delle discriminazioni anche i trattamenti meno favorevoli dovuti o comunque conseguenti al rifiuto o alla sottomissione di molestie (2-*bis* e 3), così come le reazioni a reclami o azioni volte a ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento e, per quanto di interesse in questa sede, le reazioni datoriali all'eventuale segnalazione o richiesta di cessazione del comportamento molesto (3)[24]. In una sorta di tutela del *whistleblower*, il comma 3-*bis* poi esplicita quanto già si sarebbe potuto evincere sistematicamente (art. 1345 cc), sancendo la natura ritorsiva e, quindi, la nullità di ogni reazione datoriale in grado di punire la vittima denunciante[25].

Come insegna la giurisprudenza in tema di ritorsione, quest'ultima si può concretizzare in sanzioni, demansionamento, licenziamento, trasferimento[26], misure organizzative che impattino negativamente sulle condizioni di lavoro, mutamento di mansioni. La ridondanza di tale previsione si ritrova nel periodo conclusivo del comma 3-*bis*, che inibisce le tutele sin qui descritte nel caso in cui sia accertata la responsabilità del denunciante per calunnia o diffamazione o, comunque, l'infondatezza della denuncia.

Ebbene, si è dell'idea che l'operazione normativa che ha forzato la riconduzione delle molestie alla famiglia delle discriminazioni, *rectius* l'equiparazione, da alcuni criticata da altri condivisa[27], nasca non tanto dall'esistenza di un nesso di coerenza ontologica tra

20. *Cfr*. R. Del Punta, *Danno non patrimoniale*, *op. cit*., p. 235.

21. Ricorda S. Scarponi, *Molestie sessuali sul lavoro*, *op. cit*., p. 3, come l'applicazione del diritto antidiscriminatorio alle molestie sessuali dipenda dal recepimento in sede europea (raccomandazione della Commissione 92/131/CEE, del 27 novembre 1991, sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini sul lavoro) della prospettiva femminista nordamericana, secondo cui «le molestie sono espressione di una situazione più generale di oppressione della donna nel mercato del lavoro che impone di contrastare il fenomeno di esclusione delle lavoratrici da condizioni di eguaglianza sostanziale mediante una strategia complessiva di valorizzazione e promozione a loro vantaggio».

22. A essere definite e vietate per prime, infatti, sono state le molestie dovute ad altri fattori. La direttiva 2000/43 ha, infatti, vietato le molestie fondate su razza e origine etnica, la direttiva 2000/78 quelle fondate su religione o convinzioni personali, *handicap*, età o tendenze sessuali. Le direttive sono state recepite con i decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003.

23. Dello stesso avviso sono anche R. Santucci, *Le tutele*, *op. cit*., p. 1220, e F. Di Noia, *Le molestie sessuali tra inversione e alleggerimento dell'*onus probandi, in *Lav. giur*., n. 2/2017, p. 133. *Cfr*. le considerazioni di R. Del Punta, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind*., vol. 28, n. 110, 2006, pp. 233 ss.; *contra*: M. Barbera, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, *ivi*, vol. 25, n. 99-100, 2003, p. 399.

24. Commi aggiunti dalla legge 27 dicembre 2017, n. 205 (bilancio del 2018).

25. Sul licenziamento ritorsivo vds., recentemente, S. Varva, *Novità in tema di ripartizione dell'onere della prova del licenziamento ritorsivo nel "Decreto trasparenza"*, in *Giustizia civile*, 10 ottobre 2022.

26. *Cfr*. Trib. Torino, 7 maggio 2020, con nota di C. Mazzanti, *Molestie sessuali e trasferimento discriminatorio della lavoratrice*, in *Lav. giur*., n. 4/2021, p. 406. Nel caso di specie, occasionato da un trasferimento disposto dal datore nei confronti della vittima delle molestie (al dichiarato fine di tutelarla), il giudice ha ritenuto corretto l'incardinamento del rito nelle forme del procedimento speciale di cui all'art. 38 d.lgs n. 198/2006.

27. A sostenere l'equiparazione è, ad esempio, G. De Simone, *Le molestie di genere e le molestie sessuali dopo la direttiva CE 2002/73*, in *Riv. it. dir. lav*., n. 3/2004, p. 403. Più ampiamente sul tema, sulle fonti e sugli elementi costitutivi di molestie di genere e sessuali, si vedano, senza pretesa di esaustività: R. Santucci, *Le tutele*, *op. cit*.; L. Calafà, *La violenza e le molestie nei luoghi di lavoro: il poliedrico approccio del diritto del lavoro* gender oriented, in G. Gosetti (a cura di), *Violenza e molestie nei luoghi di lavoro*, Franco Angeli, Milano,

le due fattispecie, quanto dall'obiettivo di riservare a queste ultime le tecniche rimediali e di distribuzione dell'onere probatorio alleggerito tipiche del microsistema antidiscriminatorio, in un'ottica di *favor* per la vittima[28]. E questo al di là del fatto che, come si è detto, la molestia sia un comportamento statisticamente tenuto in misura prevalente nei confronti delle donne e che, conseguentemente, si traduca in un pregiudizio principalmente per il genere femminile. Tale circostanza non corrobora la somiglianza tra le due fattispecie, principalmente per una ragione: la molestia, che è lesiva della dignità prima ancora che dell'uguaglianza, è priva di qualsivoglia componente relazionale. Essa rivela immediatamente la propria illiceità, non richiedendo a tal fine l'esistenza di un *tertium comparationis* attuale, passato o ipotetico, che non sia stato/a vittima di molestia[29].

L'acceso dibattito sulla correttezza dell'opzione normativa sopra descritta può, poi, essere superato per concentrarsi sull'utilità pratica della stessa, che consente alla vittima di una molestia di assolvere l'onere probatorio attraverso la mera allegazione e dimostrazione di indizi precisi e concordanti[30], anche ricorrendo alla prova statistica[31] tipica del diritto antidiscriminatorio[32]. Alla presunta vittima si richiede infatti «la verosimiglianza dei fatti che si offrono a dimostrazione», quindi non una prova presuntiva *ex* art. 2727 cc né una presunzione semplice *ex* art. 2729 cc, bensì la mera precisione e concordanza, ma «non la gravità della presunzione»[33]. Al convenuto spetterà, conseguentemente, l'onere di dimostrare l'insussistenza della molestia stessa[34] o, meglio, la liceità del proprio comportamento[35].

È dunque pacifico *in primis* che, nonostante l'esplicitazione sia avvenuta solo in relazione a comportamenti sessualmente connotati, in entrambi i casi – molestie e molestie sessuali – si può trattare di condotte anche verbali: dalle intimidazioni, in grado di influire negativamente sul processo mentale[36] e di libera determinazione della vittima – ad esempio, inducendo la stessa a cambiare abitudini – «senza necessità di protrazione nel corso della successiva fase

2019, p. 36; L. Venditti, *Le molestie sul lavoro in Italia: fattispecie e rimedi giuridici*, in *Dir. merc. lav.*, n. 3/2014, p. 261; S. Giubboni e S. Borelli, *Discriminazioni, molestie,* mobbing, in *Trattato di Diritto del lavoro* (dirr.: M. Persiani e F. Carinci), vol. 4, t. 2, *Contratto di lavoro e organizzazione*, a cura di M. Martone e M. Marazza, CEDAM, Padova, 2011, p. 1887; L. Lazzeroni, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 379 ss.; L. Curcio, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, *ivi*, pp. 529 ss.; M. Barbera, *Eguaglianza e differenza*, *op. cit.*, p. 399; D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005; P. Ichino, *Il Contratto di lavoro*, vol. II, in P. Schlesinger (dir.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 80; A. Pizzoferrato, *Molestie sessuali sul lavoro*, *op. cit.*; D. Izzi, *Molestie sessuali e rapporti di lavoro*, in *Lav. dir.*, 1995, p. 285.

28. In senso contrario a quanto riferito nel testo, R. Del Punta, *Diritti della persona*, *op. cit.*, part. p. 234, ove afferma che «il nodo teoricamente più interessante è la configurazione legislativa della molestia come discriminazione» che «certo sembra alludere (...) ad un'integrazione della fattispecie e non ad una mera equiparazione di effetti». Integrazione che, ad avviso dello stesso Autore, presenta costi maggiori rispetto ai benefici ottenuti, se si considera che la molestia sessuale costituisce un'offesa «diretta ai beni della dignità e libertà sessuale piuttosto che un peccato contro l'eguaglianza come avviene nelle discriminazioni». *Cfr.* le considerazioni di D. Izzi, *Eguaglianza e differenze*, *op. cit.*, p. 57. Sulla distribuzione dell'onere probatorio nell'ambito delle discriminazioni, per una valutazione comparata, R. Santagata De Castro e R. Santucci, *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina (Parte I)*, in *Arg. dir. lav.*, n. 3/2015, p. 534.

29. *Contra*: Cass. civ., sez. lav., 15 novembre 2016, n. 23286, secondo la quale la valutazione comparativa legherebbe il trattamento differenziale negativo rispetto ai lavoratori del diverso genere, che non patiscono le medesime condotte.

30. In senso contrario M.T. Carinci, *Il* bossing *fra inadempimento dell'obbligo di sicurezza, divieti di discriminazione e abuso del diritto*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 2/2007, p. 133, secondo la quale «l'inversione parziale dell'onere della prova, che si accompagna ai divieti di discriminazione (...) con tutta evidenza risulta inapplicabile alle "molestie" intese come condotte materiali», ragion per cui «le molestie, come fatti storici, dovranno essere oggetto di prova diretta con i mezzi consueti, a cominciare da quello testimoniale».

31. *Cfr.* Cass. civ., sez. lav., 15 novembre 2016, n. 23286. Nel caso di specie, la prova statistica prodotta dalla consigliera di parità consisteva nella dimostrazione del serrato *turn over* delle giovani dipendenti del datore autore delle molestie. Sul punto, sempre S. Scarponi, *La parità di genere nel lavoro e le nuove frontiere dell'antidiscriminazione*, in *Ead.* (a cura di), *Diritto e genere. Temi e questioni*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza - Università di Trento, n. 45, 2020, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 50.

32. Cass. civ., sez. lav., 15 novembre 2016, n. 23286, in *Lav. giur.*, n. 2/2017, pp. 133 ss., con nota di F. Di Noia, *Le molestie sessuali tra inversione e alleggerimento dell'*onus probandi. Sempre sullo stesso tema, V.A. Poso, *L'equiparazione delle molestie sessuali alle discriminazioni di genere anche in ordine alla ripartizione dell'onere probatorio*, in *Labor*, 9 dicembre 2016.

33. Trib. Torino, sez. lav., 19 dicembre 2011, n. 3270.

34. Cass. civ., sez. lav., 15 novembre 2016, n. 23286.

35. Va da sé che, nel caso in cui si tratti di condotta tenuta dal dipendente, il datore sarà invece chiamato a dimostrare, come si è detto sopra, la correttezza del proprio operato: dall'avvio del procedimento disciplinare al rispetto delle misure preventive, etc.

36. Cass. pen., sez. III, 6 dicembre 2011, n. 27706.

esecutiva»[37], alle telefonate e ai messaggi assillanti[38], alle reiterate allusioni di carattere sessuale, ai continui, improvvisi e non richiesti abbracci, ai tentativi di approcci fisici, a frasi ammiccanti e riferimenti sessuali non graditi[39], ai più variegati atteggiamenti in grado di alimentare il disagio dell'interlocutrice[40] per finire, nei casi più gravi, con i più intensi approcci di carattere fisico. Utile a tale fine è la catalogazione, comunque non esaustiva, diffusa dall'ILO, secondo la quale «*although a single incident can suffice, sexual harassment often consists of repeated unwelcome, unreciprocated and imposed action which may have a very severe effect on the person. Sexual harassment may include touching, remarks, looks, attitudes, jokes or the use of sexually-oriented language, allusions to a person's private life, references to sexual orientation, innuendos with a sexual connotation, remarks about dress or figure, or the persistent leering at a person or a part of her/his body*»[41].

Ciò che pare dirimente in tutti i casi di molestia (al di là della connotazione sessuale) è che la condotta sia accompagnata da due elementi: il primo, per ordine di importanza, è l'"indesideratezza". Il riferimento a quest'ultima[42] implica l'adozione della prospettiva della vittima. Si tratta, per l'appunto, di una scelta azzeccata poiché in grado di tradurre in negativo (non desiderio, assenza di voglia e quindi di consenso) il concetto ontologicamente relativo di *dignità*. Il riferimento alla visione della vittima, cioè, consente di attrarre nella condotta vietata tutto ciò che la vittima stessa ritiene o percepisce (anche inconsciamente) come non rispettoso della propria dignità e della propria sfera personale e sessuale sulla base, ad esempio, della propria sensibilità, estrazione culturale o età. Per contro, dovranno essere esclusi quegli «atteggiamenti (che) non sembrano aggressivi e non graditi (in assenza di) tensione, timore, paura, esasperazione»[43]. Inutile precisare, quindi, che condotte percepite come moleste da una lavoratrice potrebbero non essere considerate tali da un'altra. Da qui l'importanza che il giudice valuti la totalità delle circostanze di fatto che accompagnano la condotta, comprendendovi anche la natura del rapporto esistente tra le parti[44], se confidenziale o amicale, o l'eventuale reiterazione degli episodi[45].

Benché la scelta del legislatore di optare per la prospettiva della vittima vada condivisa, la determinazione a monte delle condotte illecite risulta, quindi, difficile e necessita di essere declinata a livello aziendale. Sarà, cioè, opportuno che la genericità della nozione normativa e, in particolare, del concetto di "indesideratezza" venga temperata attraverso la pubblicizzazione di uno *standard* comportamentale di riferimento. Quest'ultimo potrà essere delineato servendosi dei principi di correttezza e buona fede, oltre che del parametro della diligenza richiesta nell'esecuzione della prestazione lavorativa. Gli esempi di tali regolamenti e codici di condotta non mancano, ma è fondato il timore, già manifestato da autorevole dottrina, che questi stessi codici – ovviamente a seconda dei casi – possano esprimere atteggiamenti paternalistici da parte del datore ancor più "soffocanti" o ancor più «offensivi della dignità»[46] dei dipendenti o, se non altro, fortemente limitativi del libero esplicarsi delle relazioni personali sui luoghi di lavoro.

Il secondo tratto, comune alle molestie di genere e sessuali ma anche alla totalità delle discriminazioni, attiene alla ferma irrilevanza dell'intenzionalità. Si tratta di una scelta necessaria al fine di conferire effettività alla tutela, soprattutto se si considera che le molestie sono spesso espressione di stereotipi e modelli talvolta inconsapevolmente recepiti

37. Cass. pen., sez. IV, 9 dicembre 2020, n. 7279.

38. Cass. civ., sez. lav., 13 ottobre 2020, n. 22075.

39. Corte appello Bari, sez. lav., sent. 29 giugno 2022.

40. *Cfr*. Cass., 13 giugno 2022, n. 18992, in *Lav. giur*., n. 10/2022, p. 976, con nota di C.A. Giovanardi, in cui le condotte subite dalla stagista e tenute dal *tutor* andavano dalla richiesta di amicizia su Facebook e frequente osservazione delle foto sul *social network*, sino all'invito a presentarsi truccata in ufficio; richiesta di informazioni sui rapporti con il fidanzato; allusioni varie...

41. D. Chappel e V. Di Martino, *Violence at Work*, International Labour Office, Ginevra, 2006; vds. anche il successivo M. Milczarek, *Workplace Violence and Harassment: a European Picture*, Agenzia europea per la sicurezza e la salute sul lavoro (EU-OSHA), Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, Lussemburgo, 2010.

42. Su cui vds. le considerazioni di G. De Simone, *Le molestie*, *op. cit*., p. 405.

43. Trib. Bologna, sez. lav., 21 febbraio 2018, n. 150; *cfr*. anche Cass. pen., sez. III, 6 dicembre 2011, n. 27706.

44. Se si tratti, cioè, di rapporto confidenziale *cfr*., ad esempio, Trib. Torino, 23 novembre 2022, su un licenziamento disciplinare in parte fondato su molestie ai danni di una collega.

45. Sul punto, vds. le considerazioni di L. Imberti, *Molestie sessuali e riprovevoli comportamenti scherzosi tra dipendenti: cosa deve fare il datore di lavoro (secondo la giurisprudenza)*, nota a Cass. civ., 8 marzo 2005, n. 4959; Cass., 2 maggio 2005, n. 9068.

46. Ci si riferisce alle condivisibili riflessioni di R. Del Punta, *Diritti della persona*, *op. cit*., p. 236.

nell'ordinario e quotidiano atteggiarsi dell'autore. L'eventuale valorizzazione dell'elemento soggettivo e, quindi, del grado di coscienza sarebbe di ostacolo alla tutela. Viene così esteso l'ambito applicativo della protezione, comprendendovi quei comportamenti che siano in grado di violare la dignità o creare un *clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo*. A quest'ultimo riguardo, è pur vero che il riferimento al "clima" costituisce un innesto di oggettivizzazione nella visuale tutta personale della vittima, «per ancorare l'indesiderabilità» della condotta «ad una dimensione in qualche modo oggettiva»[47]. Si è, tuttavia, dell'avviso che ciò non determini la configurazione, quale elemento costitutivo dell'illecito, della necessaria pubblicità e condivisione di tali condotte nell'ambiente di lavoro. La conoscenza del *fatto* nell'ambiente di lavoro, spesso unita alla reiterazione delle molestie, infatti, potranno incidere sulla gravità della condotta, per via dell'ulteriore umiliazione cui la vittima verrebbe esposta. Non può non segnalarsi, tuttavia, che ben più frequentemente il molestatore scelga di limitare le proprie azioni offensive a momenti di isolamento con la vittima, per evitare testimoni e contestualmente esercitare maggior pressione. Da qui l'opportunità per la lavoratrice di segnalare con tempestività l'accaduto al proprio preposto, al datore e – ove presente – al canale informale istituito in azienda.

4. L'importanza della prevenzione

4.1. Dai codici di condotta...

Benché il contrasto alle molestie sui luoghi di lavoro sia tornato a essere oggetto di dibattito a seguito della ratifica, da parte dell'Italia, della Convenzione ILO n. 190 del 2019[48], avvenuta con la l. 15 gennaio 2021, n. 4, da tempo le parti sociali si sono mostrate consapevoli di avere un ruolo di rilievo nel miglioramento delle condizioni di lavoro delle donne. Risale, infatti, al 2007 l'Accordo quadro europeo, i cui contenuti sono poi stati recepiti a livello nazionale, *in primis* attraverso l'Accordo quadro sulle molestie e la violenza nei luoghi di lavoro – firmato nel 2016 tra Confindustria, Cgil, Cisl e Uil –, ma successivamente sottoscritto in altri settori (a titolo esemplificativo, si richiamano l'Accordo sottoscritto da Legacoop e Confcooperative, e, per le piccole industrie, quello firmato dalla Triplice e Apindustria/Confimi).

L'Accordo quadro europeo del 2007 e i suoi "accordi satellite nazionali, oltre a costituire una cornice di principi in grado di offrire ulteriore nobilitazione a tutte le iniziative successivamente adottate in sede decentrata, si segnala per il peculiare richiamo a una dichiarazione, allegata allo stesso Accordo, di «non tollerabilità di certi comportamenti (molestia e/o violenza) che potrà essere direttamente adottata in azienda» e che, tuttavia, recepisce una nozione di "molestia" incongruente rispetto a quella offerta dalla fonte normativa[49], comunque prevalente.

Al di là del valore principalmente simbolico della dichiarazione datoriale che le Parti sociali europee e quelle nazionali suggeriscono di adottare in azienda, ciò che si ritiene utile è il riferimento – già contenuto nello stesso Accordo quadro del 2007 – al rispetto della dignità reciproca, all'obbligo di protezione gravante sul datore e al necessario coinvolgimento di tutti i lavoratori. A quest'ultimo proposito, le parti sociali suggeriscono l'istituzione di un canale informale di segnalazione della molestia mediante un *iter* che garantisca discrezione (quindi, rispetto della *privacy* come strumento di tutela della dignità), tempestività dell'attivazione (e quindi dell'audizione di tutti i soggetti coinvolti) e predisposizione di sanzioni a carico del molestatore. Pertanto la fase preventiva è, seppur timidamente, accennata laddove si prevede che «i datori (...) consultati lavoratori e lavoratrici e loro rappresentanti elaborano, attuano e verificano l'efficacia di queste procedure per prevenire e affrontare i problemi che si dovessero presentare». La dichiarazione di non tollerabilità, invece, contiene l'espresso impegno alla sola adozione di «misure adeguate nei confronti di colui o coloro» che hanno posto in essere le molestie, ricalcando quindi il consueto approccio rimediale/sanzionatorio nei confronti di violenza e molestie.

---

47. Al contrario, servirebbe ad «ancorare l'indesiderabilità di tale condotta ad una dimensione in qualche modo oggettiva»: così S. Giubboni e S. Borelli, *Discriminazioni*, *op. cit.*, p. 1887; *cfr.* anche D. Izzi, *Molestie*, *op. cit.*, pp. 298 ss.; A. Pizzoferrato, *Molestie sessuali sul lavoro*, *op. cit.*, pp. 71 ss. Sul punto e, quindi, sull'innesto di oggettivizzazione nella prospettiva della vittima, anche L. Corazza, *Mobbing e discriminazioni*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Vessazioni e angherie sul lavoro. Tutele, responsabilità e danni nel mobbing*, Zanichelli, Bologna, 2007, pp. 91 ss.

48. S. Scarponi, *La convenzione Oil n. 190/2019 su violenza e molestie nel lavoro e i riflessi sul diritto interno*, in *Riv. giur. lav.*, n. 1/2021, p. 23.

49. La dichiarazione allegata all'accordo, infatti, fa espressa menzione dell'intenzionalità della violenza. Si legge nel testo, che in realtà riporta una citazione estrapolata dallo stesso accordo quadro, che: «le molestie si verificano quando uno o più individui subiscono ripetutamente e deliberatamente abusi, minacce e/o umiliazioni in contesto di lavoro».

Sono, invece, più chiaramente riconducibili alla volontà prevenzionistica i codici di condotta adottati a livello aziendale benché, come si è già avuto modo di affermare *supra*, tali codici tecnicamente non costituiscano altro se non l'esplicitazione di principi civilistici di correttezza e buona fede nell'esecuzione della prestazione o, per dirla ancora diversamente, del cd. minimo etico che dovrebbe ispirare la civile convivenza fuori e dentro ai luoghi di lavoro. Al di là delle perplessità di quanti potrebbero leggere, in tali codici, un'intrusione in chiave etico-paternalistica nelle relazioni umane, si tratta di fonti particolarmente utili per informare e descrivere, inevitabilmente a titolo solo esemplificativo, i comportamenti ascrivibili a molestia/molestia sessuale oltre che per individuare procedure e soggetti coinvolti nelle stesse. Strumentale all'effettività di tali codici è poi la loro diffusione sul luogo di lavoro, accompagnata da un'adeguata formazione del personale[50]. Sul punto, il nesso tra iniziative concordate con le parti sociali ed efficacia della prevenzione è emerso con il rinvio – contenuto nel già menzionato comma 3-*ter* dell'art. 26 d.lgs n. 198/2006 – a iniziative concordate di informazione e formazione volte a prevenire i fenomeni in esame. Le parti sociali potrebbero optare per l'inserimento nel CCNL di specifiche clausole dedicate al tema[51] o all'istituzione di apposite commissioni di parità[52], oppure ritenere preferibile, in aggiunta all'eventuale disciplina collettiva, una regolazione condivisa ma a livello decentrato[53], aziendale, di gruppo o territoriale. Benché non fosse necessario, va detto che la contrattazione collettiva ha ricevuto altresì la formale benedizione normativa attraverso l'art. 50-*bis* del d.lgs n. 198/2006, secondo il quale i «contratti collettivi possono prevedere misure specifiche, ivi compresi codici di condotta, linee guida e buone prassi, per prevenire tutte le forme di discriminazione sessuale e, in particolare, le molestie e le molestie sessuali nel luogo del lavoro, nelle condizioni di lavoro, nonché nella formazione e crescita professionale»[54].

4.2. … alla valutazione dei rischi dopo la Convenzione ILO n. 190

L'importanza della prevenzione emerge, invece, con maggior chiarezza dalla Convenzione ILO n. 190 del 2019 e dalla raccomandazione di accompagnamento, divenute giuridicamente vincolanti a seguito della ratifica avvenuta nel 2021. La Convenzione si compone di una parte dedicata, come di consueto, a definizioni e principi generali, ed un'altra invece connotata da un potenziale maggiore in termini di impatto pratico, destinata a normare – ovviamente a livello generale – le misure che dovranno essere implementate tra gli Stati aderenti e le tecniche rimediali e risarcitorie in caso di violazione delle prescrizioni.

Procedendo con ordine alla rapida disamina, possiamo notare che la definizione di "molestia e violenza"[55] (trattate unitariamente) contenuta nell'atto di diritto internazionale sia più ampia (e non per questo più precisa) di quella recepita a livello normativo dal legislatore europeo e nazionale. È quindi, forse,

---

50. *Cfr.*, ad esempio, l' art. 38 CCNL Commercio, che prevede l'inserimento, nei programmi generali di formazione, di nozioni generali sugli orientamenti in materia di prevenzione delle molestie e procedure da seguire.

51. Art. 38 CCNL Commercio con cui le parti sociali recepiscono i principi a cui si ispira il «Codice di condotta relativo ai provvedimenti da adottare nella lotta contro le molestie sessuali» allegato alla raccomandazione della Commissione europea del 27 novembre 1991, come modificato dal Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini sul lavoro. Le parti individuano, poi, in una apposita commissione paritetica con sede presso l'ente bilaterale territoriale, il compito di ricevere notizie, segnalazioni o denunce di molestie sessuali. Tale commissione, in caso di necessità, può avvalersi di professionalità esterne e offrire assistenza e consulenza. Nello stesso senso si è mosso il CCNL Metalmeccanici, che all'art. 7 prevede proprio l'istituzione di una commissione paritetica a livello nazionale dedita, tra le altre attività, alla prevenzione di forme di molestie sessuali nei luoghi di lavoro anche attraverso ricerche sulla diffusione e le caratteristiche del fenomeno. A tal fine essa promuoverà, inoltre, iniziative di sensibilizzazione finalizzate allo sviluppo della cultura del rispetto della dignità della donna.

52. *Cfr.* CCSL 2019-2022, p. 7, che assegna alla commissione l'elaborazione di misure di prevenzione, ma anche una funzione "consulenziale" e di supporto nell'adozione di tali misure da parte dell'azienda (art. 19) – https://aqcf.it/download/ccsl/CCSL-2019-2022.pdf.

53. *Cfr.*, ad esempio: CCNL Gruppo Marriott, Accordo del 28 giugno 2019 dedicato espressamente al tema delle molestie; Dichiarazione congiunta in materia di molestie e violenze di genere sui luoghi di lavoro, Abi, 12 febbraio 2019; il CCNL del legno (FederlegnoArredo), del 4 febbraio 2015, recante un modello di codice di comportamento da adottare nella lotta contro le molestie sessuali e il *mobbing*; l'art. 12 CCNL Imprese di pulizia; art. 7-*bis*, ipotesi di CCNL per i dipendenti da imprese di pulizia, di disinfestazione e servizi integrati/ multiservizi, che richiama espressamente la ratifica della Convenzione ILO n. 190 e allude a una successiva adozione di un modello di codice di condotta tra le aziende di settore, 26 novembre 2021.

54. Su cui A. Occhino, *La questione dell'eguaglianza nel diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 1/2011, p. 95.

55. L'espressione "violenza e molestie", nel mondo del lavoro, indica un insieme di pratiche e di comportamenti inaccettabili, o la minaccia di porli in essere, sia in un'unica occasione sia ripetutamente, che si prefiggano, causino o possano comportare un danno fisico, psicologico, sessuale o economico, e include la violenza e le molestie di genere. L'espressione "violenza e molestie di genere" indica la violenza e le molestie nei confronti di persone in ragione del loro sesso o genere, o che colpiscano in modo sproporzionato persone di un sesso o genere specifico, ivi comprese le molestie sessuali.

in grado, per la sua maggior ricchezza semantica, di integrare e supportare l'interpretazione delle definizioni di molestia contenute nella legislazione vigente. Anche per quel che riguarda l'ambito soggettivo, la descrizione di "lavoratore" e "lavoratrice" non individua nuovi spazi applicativi poiché già potevano ritenersi attratte nella tutela figure di tirocinanti o apprendisti, soggetti in formazione, o volontari sulla scia di una nozione ampia di *lavoratore*, al pari di quella contemplata dal d.lgs n. 81/2008. L'esclusione di tali figure dalla garanzia approntata a beneficio delle vittime di molestie sarebbe stata irragionevole e, quindi, da escludere.

Parimenti, la circoscrizione spazio-temporale inserita nella Convenzione avvalora la tesi per cui la molestia, così come la violenza, ben possano essere perpetrate in ogni fase del rapporto di lavoro. L'attrazione delle condotte illecite subite negli spostamenti tra domicilio e luogo di lavoro e tra luoghi di lavoro differenti non stupisce, infine, poiché si tratta di una impostazione coerente con un'evoluzione estensiva dei confini applicativi dell'intera disciplina in materia di protezione della salute cui ci si è già confrontati con la nascita e progressiva istituzionalizzazione del cd. infortunio *in itinere*[56].

Al di là dei toni inevitabilmente enfatici nell'individuazione dell'obiettivo della Convenzione, ossia «un mondo del lavoro libero dalla violenza e dalle molestie», la parte più rilevante, che dovrebbe ispirare l'operato del legislatore come delle aziende, è costituita non solo dall'elenco dei principi fondamentali – sintetizzabili nella necessità di predisporre tecniche di tutela, strumenti di controllo e di effettività, campagne di sensibilizzazione –, quanto piuttosto dall'individuazione delle misure di prevenzione[57].

Il merito di questa parte della Convenzione – e ci si riferisce, segnatamente, alla sez. IV, artt. 7 ss. –, sta *in primis* nell'aver correttamente collocato le politiche di prevenzione e contrasto alle molestie nel quadro della tutela di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, anziché contenerla nell'ambito delle discriminazioni. Questa scelta, oltre a essere la sola coerente con l'oggetto della protezione, ossia la "salute" intesa in senso ampio (inutile ricordare che la molestia può determinare un danno fisico, psicologico, sessuale che può anche tradursi in un danno patrimoniale e non patrimoniale, laddove è in grado di incidere sulla progressione di carriera e sulla professionalità), è anche in grado di garantire l'effettività della tutela stessa. A seguito della ratifica si rende, infatti, necessaria l'integrazione delle molestie nell'articolata rete di norme su salute e sicurezza, e in particolare nella valutazione dei rischi di subire molestie, anche in ragione del tipo di mansione e della modalità con cui si rende la stessa[58]. Più precisamente, l'art. 9 prevede che violenza e molestie, come pure i rischi psicosociali correlati, siano incluse nella gestione della salute e della sicurezza sul lavoro (*b*) e che, conseguentemente, vengano identificati i pericoli e siano valutati i rischi relativi alla violenza e alle molestie (*c*), al fine di adottare misure per prevenirli e tenerli sotto controllo. I rischi e i pericoli, unitamente alle misure di prevenzione e protezione, dovranno poi essere oggetto di formazione e informazione ai lavoratori (*d*). Perché la valutazione dei rischi sia completa, inoltre, dovranno essere considerati i fattori che aumentano la probabilità di violenza e molestie, compresi i pericoli e i rischi psicosociali, tra cui le peculiari condizioni e modalità di lavoro, l'organizzazione del lavoro e la gestione delle risorse umane, ma anche i rischi e pericoli che riguardino soggetti terzi, quali clienti, fornitori di servizi, utenti, pazienti e il pubblico o, ancora, quelli conseguenti alla discriminazione, all'abuso dei rapporti di potere, alle

56. Si vedano, comunque, le perplessità di S. Scarponi, *Molestie sessuali sul lavoro*, *op. cit.*, circa il riferimento all'effetto dannoso, potenziale o attuale, quale elemento costitutivo della molestia. La scelta, criticabile, non può comunque incidere sulla portata della previsione nazionale, che all'art. 26, comma 2, d.lgs n. 198/2006, non contiene invece alcun riferimento al danno, «dato che la disposizione nazionale vigente rispetta comunque il contenuto sostanziale della definizione propria del diritto internazionale, estendendo anzi il campo della tutela nei confronti della vittima» (*ivi*, pp. 9-10).

57. A. Rosiello, *Molestie sessuali nei luoghi di lavoro: prevenzione e tutela*, in *Igiene e sicurezza del lavoro* (*ISL*), n. 2/2020, pp. 69-70.

58. Su valutazione del rischio e lavoro su piattaforma, si vedano le recenti iniziative dell'Agenzia europea EU-OSHA nell'ambito della campagna intitolata "*Safe and healthy work in the digital age*", commentate da M. Grandi, *EU-OSHA. "Salute e sicurezza sul lavoro nell'era digitale"*, in *ISL*, n. 11/2022, p. 3. Dal *report* emerge, ad esempio, come nell'ambito della piattaforma le molestie possano coinvolgere sia coloro che prestano la loro attività da remoto sia conducenti e autisti. Si tratterà, come ovvio, di molestie realizzate in modo differente. I lavoratori delle piattaforme *in loco*, che lavorano come conducenti, tassisti o addetti alle consegne potranno essere vittime di violenze, molestie e abusi ed essere esposti alla criminalità, mentre gli addetti alle piattaforme *online* potranno subire invece cyberbullismo e molestie. Interessante è il rischio cui sono esposti, nell'ambito delle piattaforme, i revisori dei contenuti *online* adibiti a controllare i «*forum*, le foto, i video o i *social media*, ecc., per filtrare immagini pornografiche o violente, l'incitamento all'odio, al razzismo, alla xenofobia, ecc.». Questi ultimi, infatti, «potrebbero non avere la formazione o il supporto necessari, tanto da subire danni psicologici». In proposito, vengono utilizzati sistemi di controllo sempre più raffinati, in grado di monitorare la salute mentale dei lavoratori anche attraverso l'analisi delle loro conversazioni, arrivando così a identificare e rilevare casi di bullismo o molestie sessuali. Certo, ci si limita ad osservare come sistemi siffatti (primo tra questi, AIWM) debbano nel nostro ordinamento essere valutati alla luce dell'art. 4 Stat. lav. e della disciplina in materia di *privacy*.

norme culturali, sociali e a quelle relative al genere che favoriscono la violenza e le molestie (art. 8 della raccomandazione di accompagnamento)[59]. Trova, così, ulteriore conforto la matrice contrattuale della responsabilità datoriale.

L'obbligo di valutare i rischi da violenza e molestie e la conseguente adozione di idonee misure di prevenzione[60] sono, infine, coerenti con le linee guida della ISO («International Organization for Standardization») n. 45003 in materia di gestione dei rischi psicosociali e promozione del benessere sul lavoro (che menziona espressamente violenza e molestie)[61]; con la prassi di riferimento sui sistemi di gestione delle organizzazioni per la parità di genere[62]; con la ISO n. 30415 su diversità e inclusione (che sottolinea la necessità per le aziende di adottare politiche, processi, azioni per ridurre discriminazioni e a vantaggio dell'inclusione)[63]; nonché, da ultimo, con quanto già evincibile dal d.lgs n. 81/2008. Ai sensi degli artt. 17 e 28, comma 1 del d.lgs n. 81/2008, infatti, il documento di valutazione (Dvr) deve già contenere tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori «ivi compresi (...) quelli collegati allo stress lavoro-correlato[64] secondo i contenuti dell'accordo europeo dell'8 ottobre 2004 e (...) quelli connessi alle differenze di genere». Le molestie sessuali così come *mobbing* e discriminazioni[65], quindi, ben possono essere attratte nell'ambito dei rischi psicosociali e organizzativi[66] intesi come aspetti di «progettazione del lavoro e di organizzazione e gestione del lavoro» e «dei rispettivi contesti ambientali e sociali», potenzialmente in grado di «arrecare danni fisici o psicologici»[67].

Ebbene, ciò che quindi poteva già essere evinto da una lettura sistematica delle fonti normative e delle prassi settoriali già diffuse, ha trovato la sua pacifica affermazione con l'entrata in vigore della Convenzione, a seguito della quale il rischio da molestia e violenza dovrà essere espressamente inserito in apposito capitolo del Dvr, come previsto per ogni altro fattore di rischio[68]. Una volta valutato il rischio e tradotto nel Dvr, anche valorizzando il dato esperienziale[69], il datore dovrà individuare con il supporto di RSPP, RLS

59. H. Ege e D. Tambasco, *La "tolleranza zero" contro violenza e molestie lavorative: una rivoluzione in arrivo?*, *Il Giuslavorista*, 1° ottobre 2021.

60. Aa.Vv., *La sicurezza sul lavoro in una prospettiva di genere*, in *ISL*, n. 10/2018, p. XX.

61. ISO, *Occupational health and safety management – Psychological health and safety at work – Guidelines for managing psychosocial risks*, giugno 2021 (www.iso.org/standard/64283.html). Le linee guida menzionano violenza e molestie sia laddove individuano gli esempi di «*social factors at work*», definendole come, rispettivamente (la prima): «incidents involving an explicit or implicit challenge to health, safety or well-being at work; violence can be internal, external or client initiated, e.g.: abuse, threats, assault (physical, verbal or sexual), gender-based violence»; (le seconde): «unwanted, offensive, intimidating behaviors (sexual or non-sexual in nature) which relate to one or more specific characteristic of the targeted individual, e.g.: race, gender identity, religion or belief, sexual orientation, disability, age)».

62. Ci si riferisce alle linee guida UNI/PDR 125: 2022, sul sistema di gestione per la parità di genere, che prevede l'adozione di specifici KPI (indicatori chiave di prestazione) in materia di politiche di parità di genere nelle organizzazioni aziendali, che al punto 6.3.2.6, dedicato alle attività di prevenzione di ogni forma di abuso fisico, verbale, digitale (molestia) sui luoghi di lavoro, prevede che l'organizzazione debba attuare le previsioni normative e contrattuali in materia di contrasto alle molestie sui luoghi di lavoro. In particolare, si legge nelle linee guida, l'organizzazione dovrà: «a) individuare il rischio di ogni forma di abuso fisico, verbale, digitale (molestia) alla luce della Salute e Sicurezza sul Luogo di Lavoro; b) preparare un Piano per la prevenzione e gestione delle molestie sul lavoro; c) prevedere una specifica formazione a tutti i livelli, con frequenza definita, sulla "tolleranza zero" rispetto ad ogni forma di violenza nei confronti dei/delle dipendenti, incluse le molestie sessuali (*sexual harassment*) in ogni forma; d) prevedere una metodologia di segnalazione anonima di questa tipologia di accadimenti a tutela dei/delle dipendenti che segnalano; e) pianificare e attuare delle verifiche (*survey*) presso i/le dipendenti, indagando se hanno vissuto personalmente esperienze di atteggiamenti di questo tipo, che hanno provocato disagio o turbamento, all'interno o nello svolgimento del proprio lavoro all'esterno (atteggiamenti sessisti, comportamenti o situazioni di mancanza di rispetto); f) valutare gli ambienti di lavoro anche da questo punto di vista; g) prevedere una valutazione dei rischi e analisi eventi avversi segnalati; h) assicurare una costante attenzione al linguaggio utilizzato, sensibilizzando una comunicazione il più possibile gentile e neutrale».

63. ISO 30415:2021, *Human resource management – Diversity and inclusion*, maggio 2021 (www.iso.org/standard/71164.html).

64. *Cfr*. F. Grasso, *Lo stress derivante dall'organizzazione del lavoro. Gli obblighi di prevenzione e la responsabilità del datore di lavoro*, in *Lav. giur*., n. 8-9/2021, p. 836; G. Ludovico, *Lo stress lavoro correlato tra tutela prevenzionistica, risarcitoria e previdenziale*, in *Riv. dir. sic. soc*., n. 2/2011, pp. 403-404.

65. R. Nunin, *La prevenzione dello stress lavoro-correlato. Profili normativi e responsabilità del datore di lavoro*, EUT, Trieste, 2012, p. 14.

66. Su cui, ad esempio, si vedano i contributi del numero monografico n. 2/2012 della Rivista *Lavoro e diritto*.

67. T. Cox e A.J. Griffith, *The assessment of psychosocial hazards at work*, in J. Schabracq - J.A.M. Winnubst - C.L. Cooper (a cura di), *The Handbook of Work and Health Psychology*, Wiley, Chichester (UK), 1996, p. 127.

68. M. Pellerino e I. Tolio, *Violenza e molestie sui luoghi di lavoro diventano rischi da valutare e prevenire nel sistema di salute e sicurezza sul lavoro*, in *Rivista 231*, febbraio 2021.

69. C. Bisio, *Valutazione del rischio di violenze sul luogo di lavoro*, in *Safety & security magazine*, 21 gennaio 2020.

e dell'intero personale, le misure preventive anche di natura organizzativa. A questo fine possono essere utili le buone prassi condivise in più sedi[70] e che, ad esempio, potrebbero individuare tra le misure di prevenzione: l'adozione di un codice aziendale dal tenore simile a quanto immaginato con il sopramenzionato Accordo quadro europeo del 2007, la predisposizione di procedure di emergenza, di formazione, di misure organizzative (tra cui l'incoraggiamento del lavoro in squadra, la garanzia di una comunicazione trasparente, la definizione chiara di requisiti individuali, responsabilità e carico di lavoro[71]), ma anche l'introduzione di meccanismi di supporto (legale e psicologico), come la creazione di punti di ascolto *ad hoc* (diversi dagli uffici delle risorse umane) cui poter segnalare in forma anonima molestie subite o di cui si è avuta conoscenza[72].

A quest'ultimo proposito, e in particolare in relazione alla necessaria professionalizzazione del personale presente in azienda, occorre richiamare la recente proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica (Com (2022)105 final). Sono, in particolare, due gli articoli che meritano di essere menzionati. L'art. 30, *in primis*, grava gli Stati dell'obbligo di predisporre servizi di consulenza esterna per vittime e datori in caso di molestie sessuali sul lavoro. Nella consapevolezza che tali condotte possano incidere sull'intero ambiente di lavoro, l'art. 30 menziona espressamente tra i possibili servizi «la consulenza su come affrontare adeguatamente tali situazioni sul luogo di lavoro, sui mezzi di ricorso a disposizione del datore di lavoro per allontanare l'autore». Il successivo art. 37, collocato nel capo 5 sulla «prevenzione», al par. 3 prevede che «il personale con funzioni di vigilanza sul luogo di lavoro, nel settore pubblico come in quello privato, segu[a] una formazione per imparare a riconoscere, prevenire e affrontare le molestie sessuali sul lavoro, anche in relazione alla valutazione del rischio per la salute e la sicurezza sul lavoro, onde prestare assistenza alle vittime e reagire in modo adeguato»[73].

5. Punire la molestia per tutelare la vittima o il potere disciplinare come strumento di tutela della salute delle lavoratrici

Come si è anticipato, le maggiori problematiche si pongono qualora la condotta sia posta in essere da un collega. Si è dell'avviso che in tal caso il datore, non appena sia stato messo a conoscenza della condotta o ne abbia appreso direttamente, debba reagire tempestivamente, avviando un procedimento disciplinare a carico del presunto molestatore[74]. Un pronto avvio dell'*iter* disciplinare, da cui discenderà la sanzione ove l'istruttoria confermi l'addebito, si rivela così uno strumento di adempimento dell'obbligo *ex* art. 2087 cc. Al contrario, il datore rimasto colpevolmente inerte nella rimozione del fatto lesivo sarà chiamato a rispondere *ex* art. 2087 cc nei confronti della vittima. In questo caso, lo stesso datore potrà eventualmente agire nei confronti dell'autore stesso «per la percentuale attribuibile alla responsabilità del medesimo» in quanto questi, nel porre in essere la molestia, è comunque venuto meno ai propri obblighi contrattuali[75].

Indipendentemente dalla circostanza che la presunta molestia sia avvenuta senza testimoni, l'avvio del procedimento attraverso una contestazione disciplinare il più possibile specifica, a tutela del di-

70. Strumentali alla diffusione di buone prassi potrebbero essere iniziative come quella immaginata all'art. 38 del CCNL Commercio, che prevede la raccolta, nel rispetto della *privacy* dei soggetti coinvolti, dei dati quantitativi e qualitativi formali raccolti da organismi paritetici costituiti in azienda e relativi alle procedure formali o informali avviate, nonché alle soluzioni individuate, e la comunicazione degli esiti alla commissione per le pari opportunità costituita a livello nazionale. Fermo restando il diritto alla *privacy*, gli organismi paritetici aziendali, ove concordati e costituiti, e territoriali invieranno i dati quantitativi e qualitativi delle procedure informali e/o denunce formali e le soluzioni individuate alla commissione paritetica.

71. *Cfr*. Cgil Piemonte e Cgil Umbria (a cura di), *Appunti e suggerimenti (non esaustivi) per la contrattazione di II livello in materia di prevenzione delle violenze e delle molestie anche sessuali sui luoghi di lavoro*, luglio 2022 (www.diario-prevenzione.it/wp-content/uploads/2022/07/molestie-e-contrattaz-II-livello1.pdf).

72. Vds., a titolo esemplificativo, il già ricordato contratto del Gruppo Marriott e i "*Business Integrity Line*" (punti di ascolto) costituiti presso le società del gruppo.

73. «Tale personale e i datori di lavoro», continua la norma, «ricevono informazioni sugli effetti sul lavoro della violenza contro le donne e della violenza domestica, e sul rischio di violenza da parte di terzi».

74. Trib. Milano, 30 gennaio 2001, secondo cui il datore va condannato in solido al risarcimento dei danni qualora, pur essendo a conoscenza di apprezzamenti allusivi, battute a sfondo sessuale, inviti a cena tendenziosi, telefonate continue con costanti ricadute sul piano sessuale, approcci tramite un bacio o proposte di approccio, «non abbia agito secondo gli obblighi a lui imposti dall' art. 2087 c.c.».

75. Cass. civ., sez. lav., 22 marzo 2018, n. 7097.

ritto di difesa del presunto molestatore[76], ma contestualmente rispettosa della *privacy* della vittima[77], preferibilmente accompagnata dalla sospensione cautelare del presunto molestatore, rappresenta la decisione che meglio tutela tutte le parti coinvolte. Ciò consente al datore di raccogliere ulteriori informazioni nel corso della pendenza del procedimento, alla presunta vittima di trarre conforto dalla percezione dell'iniziativa datoriale, al presunto autore della molestia di potersi difendere nell'ambito delle giustificazioni e, in caso di adozione del provvedimento, di contestare la fondatezza della sanzione nel rispetto dell'ordinario paradigma di distribuzione dell'onere della prova[78]. Trattandosi di condotte disciplinarmente rilevanti, un ruolo prioritario parrebbe assumere il regolamento disciplinare e, prima ancora, il CCNL. Si è, tuttavia, convinti che al di là del contenuto più o meno preciso della clausola negoziale, che tra l'altro sarà oggetto di interpretazione del giudice[79], tali condotte rientrino nel cd. minimo etico di matrice giurisprudenziale. E infatti, per via dell'indiretta strumentalità del potere disciplinare alla compiuta tutela di salute e sicurezza[80], è stato ritenuto legittimo il licenziamento irrogato a dipendente che abbia molestato sessualmente una collega sul luogo di lavoro, a nulla rilevando la mancata previsione della suddetta ipotesi nel codice disciplinare e senza che, in senso contrario, possa dedursi che «il datore di lavoro è controparte di tutti i lavoratori, sia uomini che donne, e non può perciò essere chiamato ad un ruolo protettivo delle seconde nei confronti dei primi»[81].

6. Solo un cenno alla tutela risarcitoria

Vi è chi ha sottolineato l'attenzione riservata dalla Convenzione, ma anche dalla raccomandazione n. 206/2019, che ne ha accompagnato l'adozione, agli strumenti che garantiscano l'effettività della tutela[82]. In particolare, oltre al diritto di recedere in tronco e di veder accertata (ovviamente se fondata) la nullità del licenziamento ritorsivo (conseguente cioè alla denuncia della condotta), la vittima di molestie

76. Vds. l'esempio emblematico di un licenziamento di un dipendente per reiterate molestie sessuali a carico di colleghe, dichiarato illegittimo in ragione della genericità della contestazione, priva di alcuna identificazione delle vittime – Cass. civ., sez. lav., 5 agosto 2010, n. 18279. Si legge nella pronuncia che, nelle controversie in cui si configura una contrapposizione tra due diritti aventi entrambi copertura costituzionale, e cioè tra valori ugualmente protetti, va applicato il cd. criterio di "gerarchia mobile", dovendo il giudice procedere di volta in volta, e in considerazione dello specifico *thema decidendum*, all'individuazione dell'interesse da privilegiare a seguito di un'equilibrata comparazione tra diritti in gioco, volta a evitare che la piena tutela di un interesse finisca per tradursi in una limitazione di quello contrapposto, capace di vanificarne o ridurne il valore contenutistico. Ne consegue che il richiamo, ad opera di una parte processuale, al doveroso rispetto del diritto (suo o di un terzo) alla *privacy* non può legittimare una violazione del diritto di difesa che, essendo inviolabile in ogni stato e grado del procedimento *ex* art. 24 , comma secondo, Cost., non può incontrare nel suo esercizio ostacoli e impedimenti nell'accertamento della verità materiale a fronte di gravi addebiti suscettibili di determinare ricadute pregiudizievoli alla controparte in termini di un irreparabile *vulnus* alla sua onorabilità e, talvolta, anche alla perdita di altri diritti fondamentali, come quello al posto di lavoro.

77. Cass. civ., sez. lav., 20 marzo 2018, n. 6889, in *Nuova giur. civ.*, n. 9/2018, p. 1252, con nota di S. Rizzato. Secondo la Suprema corte, non sarebbe possibile una valutazione aprioristica sulla necessità di indicare puntualmente i nominativi della vittima al fine di integrare il requisito della specificità della contestazione. Occorrerà, invece, valutare caso per caso se l'omessa indicazione dei dati identificativi possa tradursi in una lesione del diritto alla difesa o se, invece, non esistano altri dati in grado di circoscrivere l'addebito dal punto di vista spazio-temporale e garantire, quindi, un'adeguata difesa da parte del presunto molestatore. Più *tranchant* la posizione della Corte, 5 agosto 2010, n. 18279 di cui alla nota precedente. Tra i precedenti, Cass. civ., sez. lav., 2 maggio 2005, n. 9068.

78. Corte appello Firenze, sez. lav., 14 gennaio 2020, in *Fam. dir.*, n. 4/2021, p. 399, con nota di N. Folla, *Molestie sessuali nei luoghi di lavoro: giusta causa di licenziamento del molestatore, a prescindere dalla sua intenzione soggettiva*. Quanto alla prova della condotta contestata, e quindi anche della giusta causa di licenziamento, nel caso di specie, essendo le molestie sessuali oggetto di contestazione disciplinare che il datore di lavoro muove al dipendente molestatore, si ritiene applicabile il regime ordinario di onere della prova in materia di licenziamento disciplinare, per legge interamente a carico del datore di lavoro, e, nella vicenda in questione, assolto in modo pieno, secondo i giudici.

79. Cass. civ., sez. lav., 10 luglio 2020, n. 14811, che tratta l'ipotesi di un licenziamento di dirigente per molestie sessuali convalidato dai giudici perché connotato da particolare gravità (visto l'abuso di qualità), tale da renderne impossibile la sussumibilità nelle previsioni contrattuali, che prevedevano una sanzione conservativa in caso di molestia anche sessuale.

80. *Cfr.*, ad esempio, Trib. Pisa, 3 ottobre 2001, in *Lav. giur.*, n. 5/2002, p. 456, con nota di R. Nunin (*Molestie sessuali e risarcimento del danno esistenziale*).

81. Cass. civ., sez. lav., 18 settembre 2009, n. 20272, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 2/2010, II, p. 349, con nota di D. Comandè (*Prima di tutto l'ambiente di lavoro: giusta causa di licenziamento per i "molestatori"*). Per un verso, le molestie sessuali possono avere come vittima entrambi i sessi e, per altro verso, il datore di lavoro ha in ogni caso l'obbligo, a norma dell'art. 2087 cc, di adottare i provvedimenti che risultino idonei a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei lavoratori, tra i quali rientra l'eventuale licenziamento dell'autore delle molestie sessuali.

82. H. Ege e D. Tambasco, *Il processo di codificazione delle disposizioni in materia di "mobbing", "straining" e molestie sul lavoro: breve viaggio tra dogmi, intuizioni del singolare e nuovi orizzonti internazionali*, in *Labor*, n. 3/2021, p. 277.

ha diritto a una sanzione effettiva[83]. Indipendentemente dall'autore materiale della molestia, sia esso il collega o il datore, quest'ultimo – in presenza di una violazione dell'art. 2087 cc – sarà chiamato a rispondere dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti dalla lavoratrice. A questo proposito, è utile segnalare come le molestie sessuali abbiano consentito di sperimentare in alcune occasioni il ricorso alla categoria dei cd. "danni punitivi" o, quantomeno, di sollecitare il dibattito al riguardo. In particolare, in alcuni casi si è giunti ad affermare che il giudice nazionale, in conformità al principio di cui all'art. 18 della direttiva 2006/54 CE – a norma del quale, in presenza di una discriminazione fondata sul sesso, il conseguente indennizzo deve non solo riparare gli effetti reali subiti, ma anche avere una valenza dissuasiva[84] – «una volta raggiunta la prova dell'esistenza dell'*an* del pregiudizio risarcibile, deve riconoscere alla vittima di tale discriminazione un risarcimento proporzionato al danno subito ed idoneo a soddisfare altresì la funzione sanzionatoria del rimedio, ossia una funzione di prevenzione analoga alla sanzione penale»[85]. In dottrina si è, tuttavia, osservato come tali danni debbano preferibilmente essere qualificati come dissuasivi e deterrenti anziché punitivi. Ciò non toglie che la giurisprudenza su discriminazioni e molestie sessuali costituisca un laboratorio privilegiato, se non per l'ingresso della categoria di danno punitivo nell'ordinamento lavoristico, quantomeno per la valorizzazione della "polifunzionalità"[86] della responsabilità civile, in particolare nell'ambito della quantificazione del danno non patrimoniale[87] derivante dalla lesione della dignità della vittima, sia essa conseguenza della responsabilità diretta del datore o della responsabilità per comportamenti altrui. In particolare, nel misurare il danno non patrimoniale subito dalla lavoratrice, il giudice ben potrà assegnare un consistente peso economico a fattori eterogenei tra cui l'odiosità della condotta, aggravata dalla soggezione contrattuale o economica nei confronti dell'autore, il clima creato in azienda e il peggioramento della vita familiare[88] o, ancora, l'impatto sulle scelte lavorative e personali della vittima (dal mero cambiamento di atteggiamenti e abiti sino alle dimissioni). La liquidazione del danno non patrimoniale, espressione di una valutazione equitativa del giudice, sarà, così, capace di ottenere il medesimo risultato di disincentivare tali condotte, proprio come previsto dall'art. 18 della direttiva 2006/54; norma che, per contro, non parrebbe invocabile per «giustificare un inasprimento dell'ammontare del danno allo scopo di attribuire a tale rimedio una finalità sanzionatoria»[89].

7. Conclusioni

Le fonti normative, stratificatesi nel tempo in maniera non sempre coordinata, costituiscono oggi una base sulla quale aziende, parti sociali, lavoratori e soggetti pubblici possono agire per prevenire violenza e molestie.

Quanto alle *tecniche*, pur a fronte dei limiti già evidenziati in dottrina (da un approccio ancora fortemente risarcitorio alla scarsa valorizzazione degli

83. I meccanismi di ricorso e risarcimento di cui all'art. 10 *b* della Convenzione potrebbero includere: a) il diritto alle dimissioni con indennità; b) il reintegro nel posto di lavoro; c) un risarcimento dei danni adeguato; d) ordini che prevedano l'adozione di misure immediatamente esecutive al fine di garantire la cessazione di determinati comportamenti o la modifica di politiche o pratiche; e) le spese legali e gli onorari conformemente alla legislazione e alle pratiche nazionali. Le vittime di violenza e molestie nel mondo del lavoro dovrebbero poter accedere a risarcimenti in caso di lesioni o malattie di natura psicosociale o fisica, o di qualsiasi altra natura, che causino inabilità lavorativa.

84. Corte appello Firenze, 11 luglio 2013, in *Riv. giur. lav.*, n. 4/2014, II, p. 624, con nota di D. Izzi, *Molestie sessuali e danni non patrimoniali con funzione dissuasiva*.

85. Trib. Pistoia, 8 settembre 2012, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 1/2013, p. 25, con nota di R. Del Punta, *Un caso esemplare di molestie sessuali sul lavoro*.

86. In termini di «natura polifunzionale della responsabilità civile», che secondo l'A. sarebbe evincibile da Cass., sez. unite, n. 16601/2017, si esprime M. Biasi, *Il caso Ryanair e l'ingresso del "danno punitivo" nel diritto del lavoro italiano*, nota a Trib. Bergamo, 30 marzo 2018, in *Giur. it.*, n. 10/2018, p. 2191.

87. Recentemente oltre a M. Biasi, *op. ult. cit.*, vds. I. Alvino, *Sulla questione della risarcibilità dei c.d. danni punitivi alla vittima di una discriminazione fondata sul sesso*, in *Arg. dir. lav.*, n. 3/2016, p. 573, e le considerazioni di quest'ultimo proprio a margine di due sentenze occasionate da molestie sessuali. Ci si riferisce alla già citata Trib. Pistoia, 8 settembre 2012, e a Trib. Firenze, 20 aprile 2016. Sulla funzione del danno, benché nell'ambito dei contratti a termine, *cfr.* L. Giasanti, *Abuso della successione di contratti a termine nella pubblica amministrazione: l'ambigua funzione del danno risarcibile*, in *Giustizia civile*, 1° aprile 2014.

88. Cass. civ., sez. lav., 19 maggio 2010, n. 12318, in *Riv. critica dir. lav.*, n. 3/2010, p. 801, con nota di I. Mazzurana.

89. Così I. Alvino, *Sulla questione*, *op. cit.*, secondo il quale l'impossibilità di individuare nella direttiva 2006/54 il grimaldello attraverso il quale consentire la traduzione a livello nazionale dei danni punitivi, troverebbe conforto nell'interpretazione della Corte di giustizia e, in particolare, in Cgue, 17 dicembre 2015, n. 407.

strumenti processuali offerti dal diritto antidiscriminatorio[90]), si è comunque convinti che la strada verso l'abbattimento di stereotipi e condotte sintomatiche di questi ultimi nel mondo del lavoro sia stata imboccata, se non altro sul fronte della regolazione (normativa o contrattuale che sia). Ciò è avvenuto attingendo a quanto di buono (dall'irrilevanza dell'elemento soggettivo, al regime di distribuzione dell'onere della prova, alla quantificazione del danno non patrimoniale) può arrivare dalla ricca elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sulle discriminazioni, nella crescente consapevolezza che violenza e molestie sul lavoro costituiscano innanzitutto fattori di rischio per la salute delle lavoratrici e che, come tali, debbano essere prevenuti e regolati.

Differente potrebbe, invece, essere il giudizio sull'incisività delle soprarichiamate tecniche. Il contenzioso, purtroppo, non è ancora in grado di consentire una valutazione completa anche in ragione del campione abbastanza contenuto, seppure in crescita, di contenzioso. La speranza è che la pacifica attrazione di violenza e molestie nell'ambito della valutazione dei rischi – e, conseguentemente, del denso reticolo di soggetti, funzioni, formazione, monitoraggio e sanzioni del d.lgs n. 81/2008 – possa contribuire a conferire maggiore effettività agli strumenti già offerti dal diritto antidiscriminatorio.

90. Ci si riferisce alle considerazioni conclusive di L. Imberti, *Molestie sessuali*, *op. cit.*, 2005, che si domandava se il consolidato riferimento all'art. 2087 cc sarebbe stato abbandonato a beneficio degli strumenti protettivi e sanzionatori tipici della disciplina antidiscriminatoria, o se «la normativa antidiscriminatoria si affiancherà semplicemente all'obbligo di sicurezza nel valutare e sanzionare le condotte sessualmente moleste».

Come gamberi spaventati. Un balzo indietro di cent'anni nell'affermazione dell'uguaglianza e dei diritti delle donne

di *Susanna Pozzolo* e *Giacomo Viggiani**

Traendo spunto dalla recente sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* della Corte suprema degli Stati Uniti, in questo contributo si intende mostrare come il processo di controllo sul corpo femminile e sulla riproduzione umana sia una tecnica biopolitica, una modalità che evidenzia motivi culturali, di mercato e sociali, pur tentando di giustificarsi attraverso la presunta natura della donna stessa.

1. Introduzione / 2. Una storia americana: corpo delle donne e immigrazione dall'Europa / 3. *Roe v. Wade*: un bilanciamento incerto / 4. Il "prezzo" della libertà / 5. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* / 6. Riflessioni conclusive

1. Introduzione

Con il termine "*overruling*", negli ordinamenti di *common law* si indica l'abbandono, spesso da parte di una corte di ultima istanza, di un indirizzo interpretativo precedentemente accolto e vincolante per tutti gli altri giudici di grado subordinato. È quello che è avvenuto nel giugno 2022, quando la Corte suprema degli Stati Uniti ha riformato il proprio storico precedente *Roe v. Wade*[1] in tema di diritti riproduttivi. Nella nuova sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*[2], infatti, i supremi giudici hanno negato che la Costituzione federale offra qualsiasi copertura a un presunto diritto della donna a decidere se portare avanti una gravidanza, lasciando di fatto carta bianca ai singoli Stati nel regolamentare la materia come meglio credono.

La recente pronuncia ha immediatamente rivitalizzato il dibattito – mai del tutto sopito – sul diritto all'aborto e sui diritti riproduttivi più in generale. Se il conio di questi ultimi è relativamente recente e ancora in attesa di uno statuto definitorio chiaro e condiviso, il tema più generale della riproduzione umana e del suo disciplinamento, al crocevia tra regole e credenze, è invece questione molto più risalente e comune a molte culture[3]. Difatti, la necessità di conservare

* Anche se l'articolo è il frutto di una riflessione comune dei due Autori, la stesura dei paragrafi 2, 5 e 6 è a cura di Susanna Pozzolo, mentre i paragrafi 1, 3 e 4 sono a cura di Giacomo Viggiani.

1. 410 U.S. 113 (1973).

2. 597 U.S. (2022).

3. P.A. Treichler, *Feminism, Medicine, and the Meaning of Childbirth*, in M. Jacobs - E. Fox Keller - S. Shuttleworth (a cura di), *Body/Politics. Women and The Discourse of Science*, Routledge, New York/Londra, 1990, p. 113.

la società ha sollecitato un'attenzione e una cura specifica della maternità fin dall'antichità. Tuttavia, se possiamo immaginare come la cultura si piegasse alla fisiologia in tempi addietro, è bene osservare come ormai da diversi secoli, al contrario, sia la cultura a porre presunte ragioni fisiologiche a fondamento di se stessa. Dunque, sebbene la riproduzione sia sempre stata oggetto di interesse e di dibattito, nel tempo sono cambiate le ragioni dell'attenzione e gli obiettivi dietro le regole poste a disciplinarla.

Traendo spunto dalla sentenza *Dobbs*, in questo contributo si intende mostrare come il processo di controllo sul corpo femminile e sulla riproduzione umana sia una tecnica biopolitica, una modalità che evidenzia motivi culturali, di mercato e sociali, pur tentando di giustificarsi attraverso la presunta natura della donna stessa.

2. Una storia americana: corpo delle donne e immigrazione dall'Europa

La storia della regolamentazione della vita delle donne è un libro dai molti capitoli, suscettibile di diverse ricostruzioni. Per quello che qui più rileva, una chiave di lettura molto significativa è quella relativa allo sviluppo del metodo scientifico che, negli ultimi due secoli, ha progressivamente ampliato il suo ambito di applicazione e interesse alla dinamica del parto, al feto e, più in generale, alla "materialità" del corpo femminile. In particolare, sembra interessante osservare l'attenzione medica che negli Stati Uniti, già nel XIX secolo, ma poi soprattutto a partire dalla prima parte del secolo XX, viene riservata al parto e ovviamente alla possibilità che si va sviluppando dell'inseminazione *in vitro*. Questa attenzione alla maternità non poteva non avere importanti riflessi anche sul tema più controverso, ma soprattutto al centro di interessi concorrenti (se non contrapposti), dell'atteggiamento normativo verso l'interruzione di gravidanza che, infatti, negli Stati Uniti ha avuto una regolazione e soprattutto una pratica molto altalenante. Agli inizi dell'Ottocento, per esempio, non esisteva una vera e propria normativa ordinante la materia, che si basava sul principio del cd. "*quickening*", una regola di origine giurisprudenziale, traghettata dalla *Mayflower* dall'Inghilterra fino alle nuove colonie oltreoceano. Con *quickening* si intendeva la percezione del movimento del feto da parte della gestante e, dunque, si fissava in quel momento il punto in cui la gravidanza non poteva essere più interrotta. La teoria asseriva, in altre parole, che quel movimento dava "prova" della gravidanza e di un'esistenza che si considerava poter essere separata e autonoma dalla madre. Prima di questo atto di cognizione biologica, alle donne non erano imposte restrizioni sulle decisioni relative al proprio corpo; dopo di esso, assunta la vitalità del feto come possibile esistenza indipendente, l'interruzione della gravidanza diveniva un'azione criminosa, in primo luogo, per chi avesse "operato" sul corpo della donna[4].

Storicamente, data la precarietà della vita e della comunità umana, funestata da guerre e pestilenze, l'interesse a proteggere la possibilità di una nuova nascita pare scontato, ma non c'è un'attenzione specifica sul feto, sebbene la riflessione sull'origine della vita abbia una lunga storia, soprattutto quale metodo di controllo sociale. Il mentovato *quickening*[5] si afferma come criterio *ante litteram* e viene fatto risalire già ai tempi delle *poleis* greche, quando Aristotele lo definisce come il momento in cui la vita, da animale, diviene propriamente umana. L'accentramento di potere medico, che porta con sé lo sviluppo della medicina moderna, si scontra tuttavia, ancora in epoca recente, con le difficoltà economiche dei ceti più poveri. Troviamo così molti volumi di medicina "domestica" pensati per chi non poteva, appunto, permettersi un medico[6]; volumi che offrono pratiche indicazioni su come procedere per evitare la gravidanza "forzata" prima che scatti il *quickening*. L'aborto, in ultima analisi, prima delle leggi di fine Ottocento, non era una pratica né rara né sconosciuta alle donne statunitensi, sebbene numericamente inquantificabile a causa della mancanza di statistiche. Le testimonianze ci sono, così come i testi scritti, segno che vi era un pubblico potenzialmente interessato a cui rivolgerli.

Negli anni venti e trenta del XIX secolo iniziano ad apparire alcune leggi volte a circoscrivere la pratica abortiva, soprattutto con relazione all'uso di decotti e di veleni, sperimentazioni galeniche che facevano parte del già ricordato sviluppo della farmacologia

4. In particolare, questa modalità normativa si collega allo sviluppo della nascente farmaceutica e alla lotta sui relativi futuri brevetti. Soprattutto destava preoccupazione la diffusione dei nuovi veleni, sperimentati proprio per le pratiche abortive sulle donne, giacché quest'ambito era terreno anche di addestramento medico. Sulla battaglia per i brevetti, vds. A. Hohns, *Pirateria. Storia della proprietà intellettuale da Gutenberg a Google*, part. par. 5 (*La pirateria farmaceutica e la nascita dei brevetti medici*), Bollati Boringhieri, Torino, 2011.

5. C. Brind'Amour, *Quickening*, *Embryo Project Encyclopedia*, 3 dicembre 2022 (https://embryo.asu.edu/pages/quickening).

6. Un classico era S.K. Jennings, *The Married Lady's companion: or Poor man's friend*, L. Dow - J.C. Totten Printer, New York, 1808 (vds. https://wellcomecollection.org/works/d2b5tjkj/items?canvas=5; una sintesi si trova all'indirizzo http://nationalhumanitiescenter.org/pds/livingrev/equality/text4/jennings.pdf).

moderna, ma che mettevano in pericolo la vita stessa della gestante. Non si può dire che queste leggi ebbero il risultato sperato: l'uso di farmaci galenici lasciò il passo a frequenti casi di infezioni, dovute all'introduzione di strumenti meccanici per ottenere l'espulsione del feto. La mortalità delle donne era, di conseguenza, altissima. Per la nascente medicina moderna, l'aborto è un'operazione come altre sulle quali lo studio della chirurgia si andava esercitando, come testimonia Mohr: «*the evolution of abortion policy in the United States was inextricably bound up with the history of medicine and medical practice in America, and would remain so through the rest of the nineteenth century*»[7]. Sempre Mohr segnala infatti che l'aborto era la prima "specializzazione" dei praticanti medici, e anche per questo motivo divenne un vero e proprio *business* diffondendo e rendendo molto visibile la pratica. Una diffusione che, via via, abbraccia tutte le classi sociali e diviene progressivamente un vero e proprio strumento di contenimento del nucleo familiare. A partire dagli anni quaranta del XIX secolo, la pratica abortiva coinvolge apertamente l'*upper class*, diventando un metodo praticato da donne bianche, sposate, non di recente immigrazione, soprattutto protestanti.

Dopo la guerra civile inizia una campagna a favore delle gravidanze forzate, che viene utilizzata come strumento contro l'immigrazione cattolica. Erano infatti i nuovi migranti dall'Europa, dall'Irlanda ad esempio, a essere particolarmente fertili, tanto che si diffondono ideologie paventanti la sostituzione etnica degli ex-coloni protestanti, che già evidenziavano una naturale contrazione nel tasso di nascite dovuta alla crescita del livello di benessere. L'aborto diviene allora oggetto di un acceso dibattito. Difensori di ispirazione etnico-religiosa come Horatio Storer[8] mettevano in guardia contro gli immigrati cattolici, che con le loro famiglie numerose potevano sopraffare la popolazione bianca e protestante[9]. Il tono veemente di Storer si indirizzava, in particolare, alle donne che andavano lottando per l'uguaglianza, per il riconoscimento dei loro diritti al pari degli uomini, e asseriva che «*marriage, where the parties shrink from its highest responsibilities, is nothing less than legalized prostitution*»[10]. Ciò di cui egli discute, in altre parole, è l'opportunità politica di imporre gravidanze forzate alle donne affinché "facessero la loro parte" nel conflitto fra gruppi etnico-religiosi. Le donne, insomma, erano descritte colpevoli di abbassare il livello del numero dei nati[11]. La gravidanza forzata negli Stati Uniti di fine Ottocento è, dunque, un simbolo agito contro il nascente femminismo, accusato di non fare gli interessi della nazione[12] e di voler mettere *le donne nel posto degli uomini*, così *diffondendo idee insidiose circa nuovi doveri delle donne*, come per esempio *l'idea che fosse importante lottare per il voto e partecipare all'attività legislativa*, cosa che riduceva l'impegno verso i doveri *propri e necessari per la donna*, ovvero gravidanza e maternità[13]. Si evidenzia, pertanto, in questi anni come l'interesse sia esclusivamente rivolto al controllo sociale delle donne e come le norme e i tentativi di regolazione del corpo femminile si focalizzino retoricamente sulla fisiologia della donna, pur non avendo nulla a che

7. J.C. Mohr, *Abortion in America: The Origins and Evolution of National Policy, 1800-1900*, Oxford University Press, Oxford, 1979, p. 31.

8. H.R. Storer, *On the Decrease of the Rate of Increase of Population, Now Obtaining in Europe and America*, in *American Journal of Science and Arts*, vol. XLIII, marzo 1867 (https://collections.nlm.nih.gov/ext/dw/101505674/PDF/101505674.pdf).

9. Sul punto, *Brief for amici curiae american historical association and organization of american historians in support of respondents*, caso *Dobbs*, part. pp. 20 ss., 3 dicembre 2022 (www.oah.org/site/assets/files/14207/2021_09_20_19-1392_brief_for_amici_curiae_aha_and_oah_historians_brief_-_filed.pdf).

10. *Ivi*, p. 21.

11. Una politica del corpo, una "biopolitica", direbbe forse Foucault, che oggi osserviamo per esempio in Turchia, dove l'aborto è previsto dalla legge come una libera scelta fino alle dieci settimane, ma viene reso via via impossibile come politica contro il decrescente tasso di natalità. Quella politica evidenzia come il sistema si preoccupi soprattutto del tasso di natalità, che in quegli anni negli Stati Uniti stava scendendo: le donne americane facevano meno figli che in passato, un approccio che ritroviamo chiaramente oggi nella politica protonatalista di Erdogan: il calo della natalità turca preoccupa l'*establishment*, che vuole prendere le distanze da quello – vertiginoso – europeo. Tuttavia, come ben dimostra proprio il caso della Turchia, che nel 1965 ha introdotto l'accesso libero all'aborto nelle prime dieci settimane, il divieto fino a quel momento causava "semplicemente" almeno 12.000 morti di donne all'anno, per complicazioni dopo interventi insicuri. *Cfr*. M.L. O'Neil, *The availability of abortion at State hospitals in Turkey: A national study*, in *Contraception*, n. 95/2017, pp. 148-153; K.A. MacFarlane - M.L. O'Neil - D. Tekdemir - E. Çetin - B. Bilgen - A.M. Foster, *Politics, policies, pronatalism, and practice: availability and accessibility of abortion and reproductive health services in Turkey*, in *Reproductive Health Matters*, n. 24/2016, pp. 62-70.

12. H.R. Storer, *Why not? A book for every woman*, Lee and Shepard, Boston, 1867, p. 85.

13. C. Mohr, *Abortion in America*, *op. cit.*, p. 105, che cita M.A. Pallen, *Foeticide or Criminal Abortion*, in *Medical Archives*, n. 3/1869, pp. 205-206: «*"Woman's rights" now are understood to be, that she should be a man, and that her physical organism, which is constituted by Nature to bear and rear offspring, should be left in abeyance, and that her ministrations in the formation of character as a mother should be abandoned for the sterner rights of voting and law making*».

fare con tale questione. Questo aspetto rappresenta un *leitmotiv* della moderna narrazione giudiziale e politica dell'aborto negli Stati Uniti, che così svia l'attenzione dalla questione dell'uguale considerazione e rispetto di uomini e donne[14].

L'argomento biologico e quello naturalista, negli anni a cavallo fra i due secoli, si rafforzano rendendo invisibile la *persona*-donna dietro il potere medico, che va progredendo, e la cui analitica tende a ricostruire il corpo sempre più come un assemblaggio di parti; un'ideologia che ha diversi risvolti, alcuni certamente positivi, come nel caso dei trapianti d'organo. Tuttavia, è anche una modalità che favorisce la scomparsa della donna *come unità*, in questo senso come persona, suffragata da un'ideologia medica che, all'inizio del XX secolo, si concentra sempre di più sulla maternità e il parto. Un'ideologia che rappresenta questi eventi come traumatici e rischiosi, veicolando l'immagine della gravidanza quale processo *anormale* e da controllare. In questo modo si neutralizza l'autorità del sapere delle donne, che per migliaia di anni hanno riprodotto la specie umana[15].

Lo sviluppo della tecnologia della salute, sollecitata dalla contestuale espansione del mercato, trasforma il senso e la percezione dello stesso atto riproduttivo. Dai documenti, dalle lotte e dalle dichiarazioni, si evince che la ragione di fondo è il controllo che Foucault definisce «biopolitico» del corpo, soprattutto del fenomeno riproduttivo che dall'Olimpo si immagina e progetta di poter strappare alle donne stesse[16]. Il corpo delle donne e il suo funzionamento vengono messi a regime, come nel processo industriale: dal mestruo alla menopausa, tutto dev'essere regolare e regolato, medicalizzato. Questo processo, che ha certo anche lati positivi, favorisce paradossalmente la *naturalità* della maternità, oscurando però la sua protagonista e il carattere sociale della regolazione. Non bisogna dimenticare che quelli sono anni di lotta delle donne per il voto e anche, da parte delle operaie, per le condizioni di lavoro e per gli ambienti dove la prole viveva[17].

Nel processo ri-significativo e biopolitico favorito dal potere medico, la donna-persona rimane sempre più in ombra e si consuma una frattura che non verrà ricomposta neppure dai movimenti femministi degli anni sessanta e settanta del Novecento. L'erosione della donna quale unità-persona dalla centralità del processo riproduttivo si correla, ovviamente, anche allo sviluppo di tecniche che fanno di lei sempre più un "terreno di coltura alternativo": «*a genuinely feasible version of the alchemists' old dream of reproducing the seed of The Father with no help from females*»[18].

3. *Roe v. Wade*: un bilanciamento incerto

A livello giuridico, il riconoscimento del diritto all'aborto negli Stati Uniti arriva per via giurisprudenziale attraverso quella che è stata definita «*new privacy jurisprudence*»[19]. A partire dagli anni sessanta, infatti, si fa strada l'idea che il diritto alla *privacy*, inteso fino ad allora come mera tutela dei dati personali contro la fotografia intrusiva o il giornalismo invadente (cd. "*information privacy*")[20], possa estendersi fino a comprendere le scelte più intime di una persona, trasformandosi dunque in un vero e proprio diritto all'autonomia (cd. "*fundamental decision privacy*")[21].

Il passaggio tra le due declinazioni del diritto alla *privacy* viene registrato ufficialmente dalla Corte suprema quando è chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di una legge dello Stato del Connecticut, volta a punire qualsiasi condotta tesa ad impedire/prevenire il concepimento, anche solo di natura informativa. In *Griswold v. Connecticut*[22] i

14. Il dibattito sull'ERA ha, oramai, quasi un secolo.

15. P.A. Treichler, *Feminism*, *op. cit*.

16. N. Filippini, *Generare, partorire, nascere. Una storia dall'antichità alla provetta*, Viella, Roma, 2017.

17. P. Carter, *Guiding the Working-Class Girl: Henrietta Rodman's Curriculum for the New Woman*, *1913*, in *Frontiers: A Journal of Women Studies*, vol. 38, n. 1/2017, pp. 124-155.

18. P.A. Treichler, *Feminism*, *op. cit*., p. 130; G. Corea, *The Mother Machine: Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs*, Harper Collins, New York, 1985.

19. A. Westin, *Privacy and Freedom*, Atheneum, New York, 1968.

20. D.J. Solove aprendo l'introduzione (*The Legacy of Privacy and Freedom*) alla recente edizione di Alan F. Westin, *Privacy and Freedom* (Ig Publishing, New York, 2018), ricorda come questo volume sia stato uno dei più importanti contributi per stabilire la "*information privacy*" – ma potremmo dire anche la "*american privacy*".

21. J.C. Inness, *Privacy, Intimacy and Isolation*, Oxford University Press, Oxford, 1992; P. Boling, *Privacy and the Politics of Intimate Life*, Cornell University Press, Ithaca (NY), 1996.

22. 381 U.S. 479 (1965).

supremi giudici rinvengono, nella "penombra" dei diritti sanciti in modo esplicito dal XIV emendamento, un diritto di libertà – "*the right to be let alone*" – che ricomprende l'autodeterminazione procreativa (per la coppia sposata). La posizione viene poi ribadita in *Eisenstadt v. Baird*[23], nel 1972, che amplia il diritto alla *privacy* così intesa alle coppie non sposate, e poi ancora in *Carey v. Population Services International*[24], nel 1977, che lo estende ulteriormente fino a ricomprendere le scelte procreative delle persone minorenni[25].

In poco più di dieci anni, *Griswold, Eisenstadt* e *Carey* rivoluzionano così il panorama giuridico statunitense, riconoscendo all'individuo la libertà di prendere decisioni in ambito sessuale e procreativo. Permanevano, tuttavia, alcune resistenze verso l'inclusione in questo ambito anche del diritto all'aborto, sia perché lo statuto giuridico del feto era ancora ambiguo, sia perché, secondo alcune letture, poteva rappresentare una disparità di trattamento rispetto agli uomini: mentre l'uso di contraccettivi interessava tutti, il diritto all'aborto avrebbe riguardato solo le donne e dunque si trattava di riconoscere a queste ultime l'esercizio di un diritto che gli uomini non avrebbero potuto condividere[26]. Come del resto, *a contrario*, gli uomini non avrebbero potuto subire una gravidanza forzata... Ma, come vedremo ancora, il piano dell'uguaglianza rimarrà assente dalle riflessioni della Corte suprema.

Dopo alterne vicende nei gradi inferiori, la Corte suprema accetta di pronunciarsi sulla costituzionalità del divieto all'aborto contenuto nel codice penale dello Stato del Texas[27]. In *Roe v. Wade*[28], il giudice Blackmun, estensore per conto della maggioranza del collegio, inizia il suo ragionamento con un ricostruzione storica del trattamento dell'aborto a partire dal mondo antico, passando per il diritto penale della madrepatria e arrivando infine agli Stati Uniti. Adottando dunque una prospettiva di tipo storico-ricostruttivo, nel solco delle argomentazioni di tipo *originalista*, egli evidenzia come, prima del 1870, non esistessero negli Stati Uniti espliciti divieti all'interruzione di gravidanza e come la criminalizzazione dell'aborto appaia, dunque, un'introduzione relativamente recente.

Blackmun allora si interroga sul perché tali divieti siano stati introdotti nell'ultimo secolo, individuando tre possibili giustificazioni: 1) scoraggiare atti sessuali illeciti o immorali; 2) tutelare la salute della donna e 3) interesse dello Stato a proteggere la vita prenatale. Mentre esclude subito la prima, perché incompatibile con uno Stato liberale, analizza più nel dettaglio le restanti due. Per quanto riguarda la seconda, Blackmun nota come i timori sulla sopravvivenza della donna a seguito di un aborto in un'era precedente l'invenzione dell'antisepsi e degli antibiotici fossero ragionevolmente fondati. Oggi, tuttavia, la situazione gli appare mutata e, se l'obiettivo è ancora tutelare l'incolumità fisica della gestante, allora lo Stato dovrebbe semmai regolamentare la pratica onde evitare la sua realizzazione in contesti di pericolosa clandestinità.

Degno di interesse e significativo è il concetto di "salute" che Blackmun fa proprio. Egli lo intende in un senso più completo rispetto al semplice danno fisico e immediatamente tangibile, comprendendo anche le implicazioni psicologiche della gravidanza e del parto:

«*Maternity, or additional offspring, may force upon the woman a distressful life and future. Psychological harm may be imminent. Mental and physical health may be taxed by child care. There is also the distress, for all concerned, associated with the unwanted child, and there is the problem of bringing a child into a family already unable, psychologically and otherwise, to care for it. In other cases, as in this one, the additional difficulties and continuing stigma*

23. 405 U.S. 438 (1972).

24. 431 U.S. 678 (1977).

25. Per una ricostruzione più dettagliata dell'evoluzione del diritto alla *privacy* in relazione alla sfera sessuale, vds. D.J. Garrow, *Liberty and Sexuality: The Right to Privacy and the Making of Roe v. Wade*, Macmillan, New York, 1994.

26. Lo stesso problema fu affrontato in relazione al congedo lavorativo per la gravidanza e la maternità, e dette vivace dibattito all'interno dello stesso movimento femminista. *Cfr*. L.M. Finley, *Transcending Equality Theory: A Way out of the Maternity and the Workplace Debate*, in *Columbia Law Review*, vol. 86, n. 6/1986, pp. 1118-1182; A. Weissmann, *Sexual Equality under the Pregnancy Discrimination Act*, *ivi*, vol. 83, n. 3/1983, pp. 690-726; H.H. Kay, *Equality and Difference: The Case of Pregnancy*, in *Berkeley Women's Law Journal*, vol. 1, n. 1/1985, pp. 1-38.

27. Fatto salvo il caso in cui la vita stessa della gestante era in pericolo a causa della gravidanza, l'aborto era generalmente una pratica vietata in tutti gli Stati Uniti, a prescindere dal consenso della donna coinvolta.

28. Per un commento coevo, vds. J.H. Ely, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, in *Yale Law Journal*, vol. 82, n. 5/1973, pp. 920-949. Vds. anche B. Schambelan, *Roe v. Wade*, Running Press, Philadelphia, 1992, che commenta parimenti *Doe v. Bolton*. Per una riflessione di *Roe v. Wade* in prospettiva, si rimanda invece a N. McCorvey e A. Mesler, *I Am Roe: My Life, Roe V. Wade, and Freedom of Choice*, Harper Collins, New York, 1994.

of unwed motherhood may be involved. All these are factors the woman and her responsible physician necessarily will consider in consultation»[29].

Tutto ciò farebbe dunque propendere per il riconoscimento di un diritto all'aborto all'interno del più ampio alveo delle scelte riproduttive. Senonché Blackmun riconosce legittimità alla terza delle possibili giustificazioni, cioè quella dell'interesse dello Stato a proteggere la vita prenatale, così prospettando il possibile conflitto tra principi costituzionali. L'analisi del *Fourteenth Amendment* porta il giudice, dopo aver citato diverse disposizioni, a sostenere che «*in nearly all these instances, the use of the word [person] is such that it has application only postnatally. None indicates, with any assurance, that it has any possible pre-natal application*»[30]. Tuttavia, afferma Blackmun, è ragionevole che lo Stato introduca nella valutazione dell'interesse alla *privacy*, oltre alla salute della madre, la salute della vita umana potenziale, perché la *privacy* della donna non è più esclusiva come sarebbe in altre situazioni intime. Il giudice stabilisce che non è necessario «*resolve the difficult question of when life begins*»[31], quindi non si pone un problema di definizione della vita umana da parte della Corte che dirima i conflitti fra le varie scienze. Se, nota Blackmun, è chiaro che ci sia sempre stato un interesse alla protezione della vita, non è altrettanto pacifico che ciò si estenda a prima della nascita. Dopo una disamina storica, infatti, il giudice ricorda come tradizionalmente il *tort law* non riconosca risarcimento per i danni alla vita prenatale[32] e, dove è possibile fare un'azione per *wrongful death* per danni prenatali, «[*s*]*uch an action, however, would appear to be one to vindicate the prent's interest and is thus consistent with the view that the fetus, at most, represents only the potentiality of life*»[33], così continua, per concludere che i non-nati non sono mai stati riconosciuti dalla legge come "persone" in senso pieno. Chiaramente, se Blackmun avesse scelto di attribuire al feto la qualità di "persona", ne sarebbe derivata una forte compressione dell'autonomia procreativa della donna[34], magari argomentando dal diritto alla vita esplicitamente protetto dall'art. 1 della Costituzione federale, che tuttavia non pare un ostacolo alla pena di morte ancora prevista da molti Stati. Poiché comunque non vi è un accordo unanime sull'inizio della vita umana, Blackmun preferisce assumere una posizione che tutela una libertà regolamentandola: la donna ha un diritto fondamentale a decidere cosa fare della propria gravidanza, ma tale diritto è pieno *grosso modo* nel primo trimestre, mentre nel periodo successivo cresce via via il peso dell'interesse statale a tutelare la vita potenziale. Il discrimine viene individuato nel concetto di "*viability*", cioè nel momento in cui il feto, seppur prima dello scadere naturale della gravidanza, sarebbe in grado di sopravvivere autonomamente al di fuori dell'utero.

A livello applicativo, questo conduce il giudice estensore a sezionare il tempo della gravidanza in tre trimestri. Nel primo trimestre, la decisione di abortire appartiene *sempre* alla donna (consultato il medico). Nel secondo trimestre, lo Stato può legittimamente porre delle limitazioni, ma *solo* se il fine è quello di tutelare la salute della gestante. Nel terzo e ultimo trimestre, il feto può teoricamente sopravvivere al di fuori dell'utero in caso di parto prematuro, pertanto l'interruzione della gravidanza dev'essere necessaria per preservare la vita o la salute della madre. Solo nell'ultimo trimestre, dunque, lo Stato potrebbe allora legittimamente vietare la pratica abortiva.

Per i sostenitori del diritto all'aborto, *Roe* rappresentò evidentemente una vittoria mutilata. Se da un lato, infatti, l'estensione del diritto alla *privacy* all'interruzione di gravidanza era sicuramente un successo, perché dava copertura costituzionale alla scelta riproduttiva della gestante, dall'altro, il concetto di *viability* appariva pericoloso sul lungo termine, perché la tecnica medica avrebbe potuto col tempo anticipare al secondo trimestre il momento in cui il feto diveniva *viable*. Ma la criticità si annidava anche nel mancato inquadramento del problema sotto la clausola dell'uguaglianza, come vedremo.

Da parte loro, negli anni appena successivi, i contrari al diritto all'aborto tentano invece di aggirare il dettato della Corte introducendo ostacoli e limitazioni al suo effettivo esercizio. È il caso, per esempio, dello Stato del Missouri che, pur riconoscendo formalmente in capo alla gestante la scelta se interrompere la gravidanza, le richiede di acquisire il

29. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), 153.

30. *Ivi*, pp. 157 e 158, dove chiarisce che il XIV emendamento non si estende ai non nati.

31. *Ivi*, p. 159.

32. *Ivi*, p. 161.

33. *Ivi*, p. 162.

34. Recenti proposte normative di alcuni politici italiani parrebbero cercare di attivare esattamente questa possibilità.

consenso maritale (*marital consent*[35]) e vieta i metodi abortivi più diffusi. Requisiti che la Corte suprema giudica essere illegittimi nel 1976[36]. Il primo perché metterebbe, di fatto, nelle mani del marito un potere di veto sulla scelta della moglie di porre termine a una gravidanza, quando *Roe* aveva già chiarito che neanche lo Stato poteva vantare alcunché di simile; il secondo perché, in assenza di altri metodi abortivi ai tempi disponibili, costituirebbe un ostacolo insormontabile e impedirebbe di fatto di ottenere l'interruzione di gravidanza. In altri casi, come quello dello Stato della Pennsylvania, il tentativo degli scontenti di *Roe* è quello di giocare sul significato, in effetti non del tutto definito, di *viability*, introducendo valutazioni soggettive del medico, il quale viene obbligato a dare preminenza alla vita del feto anche prima del secondo trimestre, giocando sull'ambiguità delle dizioni "*it is viable*" e "*it may be viable*" per il feto. Una zona grigia pensata chiaramente per dissuadere il medico dal praticare l'aborto verso la fine del secondo trimestre, per timore di incorrere in sanzioni penali, come nota la Corte suprema prima di dichiararla illegittima nel 1979[37].

Con l'inizio degli anni ottanta, la libertà della donna di non essere forzata alla gravidanza indesiderata non cessa di essere sotto attacco. I supremi giudici si trovano a dover dichiarare incostituzionale[38] una nuova legge dello Stato dell'Ohio, che imponeva alla gestante un intervallo di riflessione di ventiquattro ore tra la firma del consenso informato e l'intervento abortivo. Consenso informato che, inoltre, era costruito in modo tale da tentare di dissuadere la richiedente, giacché prevedeva che alla donna fosse rappresentato che il feto era un essere umano fin dal concepimento, unitamente a una descrizione delle sue funzioni vitali e motorie al momento dell'aborto, oltre ad altre informazioni circa l'assistenza che riceverebbe se decidesse di non abortire. Insomma, se la previsione del consenso informato è una misura costituzionalmente conforme, anzi necessaria, le informazioni trasmesse alla paziente costituivano più che altro un modo di contrastare la decisione di abortire.

Ma v'era di più. La legge prevedeva l'ospedalizzazione obbligatoria in strutture abilitate a partire dal secondo trimestre, giacché in tale periodo si riteneva l'aborto più rischioso rispetto al primo trimestre. Tuttavia, la Corte nota che in Ohio la stragrande maggioranza delle interruzioni di gravidanza erano praticate in semplici cliniche, mentre gli ospedali abilitati erano pochissimi. Né la pratica medica comunemente accettata giudicava necessario il ricorso a particolari strutture o attrezzature diverse da quelle già presenti nelle cliniche. Inoltre, proseguono i giudici, l'avanzamento della medicina rispetto ai tempi di *Roe* ha reso meno pericolosa l'interruzione di gravidanza anche nel secondo trimestre, che così può essere senza dubbio praticata anche ambulatorialmente. Così argomentando, tuttavia, la Corte indebolisce la linea di demarcazione tra primo trimestre e gli altri trimestri, rendendola labile. Se, infatti, è vero che da un lato la tecnologia permetterà un aborto sicuro in gravidanza sempre più avanzata, dall'altro la stessa tecnologia permetterà a feti sempre più immaturi di sopravvivere al di fuori dell'utero. Vi è insomma il rischio che, col tempo, come fa notare la giudice O'Connor nella sua opinione dissenziente, la libertà decisionale della donna resti sempre più compressa dalle possibilità di sopravvivenza del feto, facendo così crescere il peso del presunto interesse dello Stato a dispetto di quello personale della donna, sottolineando come la struttura della decisione *Roe* fosse intrinsecamente legata allo stato della tecnologia medica esistente nel momento in cui si verifica la particolare controversia[39].

Se nei casi citati, e in altri dal contenuto simile, il giudice Blackmun aveva continuato a fare da estensore della pronuncia o almeno si era trovato dalla parte della maggioranza della Corte, nel 1989 passa tra le file dei giudici dissenzienti. In *Webster v. Reproductive Health Services*[40], la nuova maggioranza, pur affermando di non voler formalmente riformare *Roe*, nei fatti ne abbandona molti dei suoi punti fondamentali. La controversia si occasionava di nuovo a seguito di una legge dello Stato del Missouri, la quale, già nel preambolo, dichiarava che la vita di ogni essere umano inizia con il concepimento e che ogni disposizione dovesse essere interpretata in modo tale da garantire all'embrione/feto gli stessi diritti della gestante. Continuava poi disponendo che il medico,

35. Si evidenzia il tentativo di non fare uscire la donna dalla minorità, non riconoscendole la pari dignità, rinverdendo modalità tipo l'"autorizzazione maritale".

36. *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976).

37. *Colautti v. Franklin*, 439 U.S. 379 (1979).

38. *Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 U.S. 416 (1983).

39. Per una lettura dell'opinione dissenziente della giudice O'Connor: https://oconnorlibrary.org/supreme-court/akron-v-akron-ctr-for-reprod-health-1982.

40. 492 U.S. 490 (1989).

prima di interrompere una gravidanza di almeno venti settimane, accertasse tramite esami diagnostici se il feto fosse in grado di sopravvivere al di fuori dell'utero, imponendo in questo caso la gravidanza forzata. Il nuovo estensore della pronuncia, il giudice conservatore Rehnquist, non solo non giudica illegittima la presa di posizione morale circa l'inizio della vita contenuta nel preambolo della legge, ma approva la disposizione circa l'impraticabilità dell'aborto in caso di feto *viable*, indipendentemente dalla divisione in trimestri, che anzi definisce illogica e indeterminabile.

La previsione della giudice O'Connor si stava, insomma, avverando. E infatti, nel 1992, il distacco da *Roe* si consuma definitivamente. In *Casey v. Planned Parenthood*, pur dichiarando di non riformare *Roe*, la Corte ne incrina di molto i pilastri. «*The question then is how best to accommodate the State's interest in potential human life with the constitutional liberties of pregnant women*»: come *Roe* non ignorava la vita prenatale, così in *Casey* non si vedono ragioni per non tentare di persuadere la donna a non abortire pur rispettando la sua libertà individuale, scrive il giudice Stevens. La scelta circa i propri diritti riproduttivi resta una libertà fondamentale della donna che "non può essere lasciata alle urne". Tuttavia, non solo si conferma l'abbandono della divisione in trimestri a favore di una più generica distinzione tra *pre-viability* e *post-viability* del feto, ma si propone un bilanciamento che comprime la libertà decisionale della donna rispetto agli interessi dello Stato alla protezione della vita potenziale, a cui pertanto tale libertà soccombe quando il feto diventa *viable*. Solo in caso di pericolo di vita della gestante, il bilanciamento potrebbe avere un esito diverso, perché il diritto alla vita della persona soverchia il diritto alla vita di chi persona lo *è solo* potenzialmente. In caso di *pre-viability* del feto, condizione che andrà verificata di volta in volta, la donna rimane libera di scegliere se portare avanti la gravidanza, mentre lo Stato può porre dei limiti o dei requisiti, a patto che non costituisca un onere eccessivo (*«undue burden»*) per chi invece decide di abortire. Così, nel caso di specie, che riguardava ancora una volta la Pennsylvania, la Corte ritiene – diversamente dal passato – che imporre un intervallo di ventiquattro ore tra la firma del consenso informato e l'aborto non sia *undue*, perché non interpone un oggettivo ostacolo alla scelta di interrompere la gravidanza. Lo Stato aveva, infatti, sostenuto che l'intervallo di tempo serviva soltanto a dare alla donna il tempo per riflettere adeguatamente sull'azione che stava per compiere[41]. Tuttavia, occorre chiedersi perché si assumesse che l'atto di recarsi in un centro medico e firmare un consenso all'aborto non fosse già il risultato di un'attenta riflessione[42].

4. Il "prezzo" della libertà

Nonostante la progressiva compressione temporale dell'autonomia decisionale che si è osservata da *Roe* a *Casey*, interrompere la gravidanza rimane una libera scelta della donna. Ma a che prezzo? Lo si comprende bene guardando a un trittico di pronunce della Corte suprema in tema di finanziamento pubblico della prestazione sanitaria, a cui si deve necessariamente ricorrere dopo aver deciso di abortire. Infatti, persa la battaglia in *Roe*, molti Stati conservatori iniziano a rifiutarsi di sovvenzionare con fondi pubblici la scelta della gestante, se nella direzione di interrompere la gravidanza.

Beal v. Doe[43], *Maher v. Roe*[44] e *Poelker v. Doe*[45], al di là delle singole differenze, possono essere accomunate dalla decisione della Corte di non riconoscere alcun obbligo in capo alla finanza pubblica in tema di aborto. E ciò, nonostante le varie ricorrenti lamentassero che gli alti costi della sanità americana le mettessero nella condizione di non poter interrompere la gravidanza in sicurezza[46]. Significativo il caso *Poelker*, in cui i giudici danno ragione al sindaco di St. Louis sottolineando anche che «[*h*]*is policy of denying city funds for abortions such as that desired by* Doe *is subject to public debate and approval or disapproval at the polls. We merely hold, for the reasons stated in* Maher*, that the Constitution does not forbid a*

41. Nella sua *dissenting opinion*, il giudice Alito afferma che alcune donne sposate sono propense ad abortire all'insaputa del marito considerando i problemi economici e altre difficoltà, che però possono esser superati con una semplice discussione o un chiarimento prima dell'aborto (www.law.cornell.edu/supremecourt/text/505/833; al punto 383, la dichiarazione di Alito menzionata).

42. Ancora una volta, riemerge la volontà di mantenere la donna in uno stato di minorità e mancata uguaglianza, non riconoscendole l'uguale capacità e dignità dell'uomo.

43. 432 U.S. 438 (1977).

44. 432 U.S. 464 (1977).

45. 432 U.S. 519 (1977).

46. Insicurezza che, con modalità in certa misura analoga, si va producendo anche in Italia, dove l'Istituto superiore di Sanità calcolava circa 15.000 aborti clandestini all'anno nel 2012, crescita di una pratica pericolosa dovuta esattamente a difficoltà che si frappongono all'applicazione della legge n. 194 in Italia.

State or city, pursuant to democratic processes, from expressing a preference for normal childbirth as St. Louis has done»[47].

Apparentemente paradossale, il *reasoning* della maggioranza della Corte, tra cui non c'è Blackmun, si basa sulla distinzione orwelliana tra diritto a scegliere se avere un aborto e diritto all'aborto[48]. Secondo questo modo di ragionare, la mancata mutuazione della prestazione medica non interpone alcun ostacolo alla *scelta* di abortire. Una donna indigente è libera di scegliere come lo è una benestante, mentre la maggiore difficoltà incontrata dalla seconda sarebbe indiretta e incidentale, perché avverrebbe in un momento successivo a quello della vera e propria decisione se abortire. In altri termini, la donna, anche se indigente, non viene privata del diritto di scegliere se abortire o no, indipendentemente da quello che offre lo Stato. Ciò non obbligherebbe in astratto la gestante verso il parto, ma semplicemente la "incoraggerebbe". Insomma, una chiara applicazione della famosa frase di Anatole France: «*La legge, nella sua maestosa equità, proibisce ai ricchi così come ai poveri di dormire sotto i ponti, mendicare per le strade e rubare il pane*».

L'argomentazione della Corte è, ovviamente, speciosa. Si potrebbe forse difendere se l'autonomia decisionale sancita in *Roe* fosse sempre e comunque una questione astratta; ma la gravidanza, che si concluda nel parto o in un aborto, è una condizione che richiede sempre l'assistenza medica. Finanziando solo una di queste due opzioni, cioè il parto, si preclude la scelta dell'altra, a meno che non si abbiano le risorse per sostenerla privatamente o si ricorra a strutture non riconosciute e, magari, a personale medico non abilitato. Se è vero che la scelta di abortire viene presa dalla donna nella sua singolarità esistenziale, la sua eventuale povertà, combinata con l'assenza di sovvenzione pubblica, non potrà che obbligarla a una scelta infelice e indesiderata.

Lungi dall'essere un mero incoraggiamento, infatti, la privatizzazione dell'aborto impone indirettamente una condotta che lo Stato non può imporre direttamente, ovvero obbliga a una gravidanza forzata. Nell'incapacità finanziaria di una donna nel sostenere la spesa medica relativa all'aborto, il rifiuto dello Stato di aiutarla si rivela infatti essere più un ostacolo insormontabile che una difficoltà incidentale. La scelta della Corte di separare il riconoscimento di un diritto dai mezzi essenziali alla sua realizzazione significa rendere quel diritto poco più di un getto di inchiostro su un pezzo di carta[49]. Con effetti doppiamente discriminatori per alcuni gruppi sociali, come le donne afroamericane o ispaniche, che statisticamente sono più povere delle donne bianche, ma che proprio per ragioni economiche si trovavano in quegli anni ad abortire cinque volte di più di queste ultime[50].

Eppure, in una controversia ancora successiva[51], la Corte ribadisce che il rifiuto di includere l'aborto nelle prestazioni gratuite non interpone alcun ostacolo nella scelta della donna di terminare la gravidanza, quanto piuttosto, scegliendo di non sovvenzionarlo, così come altre prestazioni mediche, la legge incoraggia il pubblico verso scelte alternative. Come se non fosse già abbastanza chiaro, in un'altra pronuncia ancora[52] relativa a una legge dello Stato del Missouri che vietava l'uso di strutture e personale sanitario pubblico per realizzare aborti non salva-vita (anche se la donna poteva pagare la prestazione), la Corte non solo non riscontra alcun *undue burden*, ma si premunisce di chiarire che lo Stato non ha alcun obbligo costituzionale di sovvenzionare attività solo perché costituzionalmente protette. Una visione perfettamente in linea con quella di Richard Posner, il quale una volta ha definito acutamente la Costituzione americana come una «carta di libertà negative; dice allo Stato di lasciare le persone sole; non richiede che il Governo federale o lo Stato forniscano servizi»[53]. Una dottrina costituzionale che, dunque, non presenta alcun principio solidaristico e che, tuttavia, oggi parrebbe al contempo poter incrinare le ragioni che si potrebbero offrire per l'obbedienza al diritto stesso[54].

---

47. *Ivi*, 520.

48. Ovviamente rinviando alla tradizionale distinzione fra diritti negativi o di libertà e positivi o di prestazione.

49. Vengono in mente i cd. «*diritti di carta*» individuati da R. Guastini (*Distinguendo*, Giappichelli, Torino, 1996).

50. C.A. MacKinnon, *The Male Ideology of Privacy: A Feminist Perspective on the Right to Abortion*, in *Radical America*, n. 4 /1983, pp. 23-35, part. p. 23.

51. *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980).

52. *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989).

53. *Bowers v. Devito*, 686 F.2d 616 (7th Cir. 1982).

54. Per una riflessione sulle ragioni intorno al "contratto sociale" e l'obbedire al diritto, vds. S. Pozzolo, *La libertà dalla povertà come diritto fondamentale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2/2004, pp. 467-500.

5. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*

La sentenza *Dobbs* è già stata molto commentata, non da ultimo per *revirement* sul tema dei diritti, visto che la Corte non aveva mai eliminato un diritto che lei stessa aveva precedentemente considerato fondamentale[55]. L'argomento centrale della decisione, che viene ripreso da più commentatori, è l'originalismo ma, invero, è piuttosto da sottolineare come si tratti di una certa modalità con cui viene ricostruita quella che si afferma essere la tradizione. L'originalismo pare presentarsi come cuore della strategia argomentativa dei giudici in *Dobbs*, ma in direzione opposta rispetto a *Roe*. Come noto, tale tecnica ermeneutica rinvia al senso originario del testo, ovvero al «significato che quel testo aveva nel momento in cui entrò in vigore»[56]. Come segnala Guastini, "originario" può essere inteso in almeno due sensi: come significato "oggettivo" delle parole legate dalle regole della sintassi e come significato soggettivo dell'autorità normativa.

La giustificazione offerta, nelle molte pagine, dal giudice estensore Alito si muove in qualche misura fra i due sensi indicati, e mira a proporre una ricostruzione del significato soggettivo o, come si può leggere, della Costituzione «*properly understood*»[57]. L'analisi del giudice vuole evidenziare non solo come la Costituzione non faccia alcun riferimento al diritto all'aborto, ma come il diritto a non subire gravidanze forzate non sia neppure implicito nel testo costituzionale, e con ciò chiaramente sviluppa un attacco frontale a *Roe v. Wade*. In *Dobbs*, la Corte non analizza tale diritto alla luce del XIV emendamento e dell'*equal protection clause*, come del resto già avevano mancato di fare le corti precedenti (tra cui quella di *Roe*), che mai riescono a spingersi sul piano del riconoscimento di una protezione delle donne che identifichi la gravidanza forzata come una discriminazione basata sul sesso. La Corte afferma che non c'era una tradizione a supporto dell'aborto nel diritto americano e che nessuna disposizione costituzionale lo ha mai esplicitamente riconosciuto come diritto, esattamente al contrario del giudice Blackmun.

Interessante in *Dobbs*, nell'argomentazione della Corte, è notare come il brevissimo riferimento alla lunghissima tradizione del *quickening* serva solo per ricordare come da Blackstone, Coke e altri, dopo tale momento l'aborto fosse considerato un crimine. Sulla fase precedente il *quickening*, Alito non manca poi di asserire che non deve comunque considerarsi *permesso* l'aborto dalla *common law* e men che mai un *legal right*[58]. Tuttavia, come ben documentato, la storia racconta un largo uso dell'interruzione volontaria di gravidanza come strumento per il controllo delle nascite; ma Alito richiama soltanto la normativa che, intorno agli anni dell'emanazione del XIV emendamento, è manifestazione della crociata contro l'aborto. Una crociata di cui si è detto (*supra*, par. 2), che si ricollega alla lotta fra protestanti e cattolici di recente immigrazione; eppure, la Corte di Alito propone un indebito[59] collegamento fra l'emendamento citato e la criminalizzazione dell'aborto. Indebito poiché fra i due atti non c'è diretta relazione, né il giudice prova neppure a ricostruire una narrazione circa il significato di "libertà" vigente all'epoca.

Come già era d'uso con Scalia, il giudice Alito rinvia insomma genericamente a una tradizione americana delle libertà richiamando il XIV emendamento, al fine di – asserisce – prevenire la naturale tendenza a confondere «*what that Amendment protects with our own ardent views about the liberty that Americans should enjoy*»[60]. Il tentativo è quello di spacciare un metodo interpretativo necessariamente valutativo come neutro, un modo per suggerire la separazione fra giudizio e politica. Tuttavia, accade proprio il contrario. E non potrebbe essere diversamente, proprio a partire dall'asserzione di quella neutralità che invero mira ad applicare una specifica politica vigente al tempo in cui le donne non avevano né diritti né voce.

---

55. La letteratura è piuttosto copiosa a livello internazionale. Per il dibattito italiano, si vedano, *ex multis*: A. Sperti, *Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso* overruling *di* Roe v. Wade, in *Rivista "Gruppo di Pisa"*, n. 3/2022, pp. 23-36; M.R. Marella, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, l'Europa e noi*, in *Giustizia insieme*, 3 dicembre 2022 (www.giustiziainsieme.it/it/attualita-2/2457-dobbs-v-jackson-women-s-health-organization-l-europa-e-noi); C. Bologna, *Aborto e originalismo nei diritti*, in *Rivista il Mulino*, 3 dicembre 2022 (www.rivistailmulino.it/a/aborto-e-originalismo-nei-diritti).

56. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 178 e 282; C. Tripodina, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in F. Giuffrè e I. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori ed* original intent *nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 229 ss. (www.dircost.unito.it/SentNet1.01/studi/Tripodina_Argomento_originalista.pdf).

57. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022), «Opinion of the Court», p. 8.

58. *Ivi*, p. 18.

59. *Ivi*, p. 23.

60. *Ivi*, p. 14.

Un tempo in cui le donne lottavano, non solo per il diritto di voto, ma anche per proteggersi dallo stupro maritale, un tempo in cui in Inghilterra la vendita della moglie era un modo per risolvere un divorzio costoso[61]. Si tratta, allora, di capire meglio come è costruito e quale ruolo gioca l'argomento originalista.

A questo proposito, risulta davvero interessante e degna di approfondimento la ricostruzione dell'argomento offerta da Reva Siegel, in diversi studi, a partire dalla Presidenza Reagan. La politica repubblicana inizia all'epoca a impadronirsi dell'argomento originalista, non tanto e solo come strumento interpretativo tipicamente conservatore o statico (nel senso di volto a preservare la certezza del diritto[62]), bensì come strumento ideologico di un movimento *pro-family* che inizia a fare politica istituzionale. Questo movimento si caratterizza per sviluppare una retorica a difesa della cd. "*natural family*", ovvero quella eterosessuale, sposata, con figli biologici, *male breadwinner* e moglie casalinga[63]. L'originalismo impiegato da Alito si riallaccia proprio a *questa* tradizione repubblicana iper-conservatrice, che non fa ricorso al significato testuale o del Costituente, bensì utilizza l'argomento dichiaratamente come strumento per produrre una politica contro l'aborto, le quote e l'intervento pubblico nel sociale. In breve, sviluppa un discorso che si appella a *una* memoria costituzionale per trasformare una politica (neoliberale) in diritto senza renderlo palese.

Il successo di tale argomentazione aveva già raccolto l'attenzione della dottrina. Per esempio, Post e Siegel già sostenevano che esso derivava dalla sua capacità di esprimere un movimento politico piuttosto che di riflettere una forza analitica, e per tale ragione sarebbe stato meglio separare la *jurisprudence of originalism* dalla *political practice of originalism*[64]. Si segnalava come il suo uso politico fosse funzionale alla riscrittura della Costituzione stessa, di fatto negando la metodologia propriamente detta "originalismo". Molto chiaramente, ciò viene espresso dalle prese di posizione di Edwin Meese, *Attorney General* della Presidenza Reagan fra l'85 e l'88, che insiste sulla tesi, già richiamata, secondo cui la Corte deve usare il suo potere interpretativo basandosi sul significato della Costituzione e non su opinioni o preferenze personali. La Corte deve, insomma, limitarsi a scegliere fra ribadire i precedenti oppure tornare all'autenticità della Costituzione, ma questo argomento serve per sostenere l'incitamento di Meese: «*go in correcting the excesses of the Warren and immediately post-Warren Courts*»[65]. La retorica della fedeltà e dell'autenticità è funzionale a una narrativa che accusa l'opposizione di manipolazione e politicizzazione del diritto costituzionale.

Chiaramente la lettura tradizionale proposta incide drammaticamente sullo *status* delle donne, perché la riproduzione umana non è un mero processo fisiologico, bensì è anche un fatto culturale, determinato dall'ambiente sociale. La retorica, però, oscura la sovrastruttura nascondendola nel processo fisiologico[66]; così, tradizionalmente, la Corte – non solo quella in discussione – ragiona come se il preciso ruolo della donna-madre fosse un dato naturale senza connessione con le regole sociali, che invece vengono rafforzate da giustificazioni giuridiche. In tal modo, finisce che l'attenzione resta concentrata sul ruolo e sul processo fisiologico riproduttivo della donna, completamente assorbita dalla biopolitica e dalla logica sociale della sua regolazione, che risulta infine così giustificata dalla biologia stessa. La giustificazione giuridica offerta trova nel corpo femminile la ragione della sua stessa regolazione[67].

---

61. V. Klein, *The Feminine Character*, Routledge, Londra, 1971 (1946), pp. 7-8. James Bryce (*Studies in history and jurisprudence – Vol. II*, Oxford University Press, New York - American Branch) ne scrive nel 1901 e, invero, l'ultima vendita si registra ancora nel 1913.

62. R. Guastini (*Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 373), per esempio, parla di dottrina «*statica*», benché talvolta l'argomento possa avere un ruolo anche in funzione evolutiva, come quando una politica reazionaria è successiva alla produzione di un diritto progressista. *Cfr*. C. Tripodina, *L'argomento originalista*, *op.cit*., pp. 9 ss.

63. Identificati come gruppo estremista da Equity Forward, 3 dicembre 2022 (https://equityfwd.org/pro-family-movement).

64. R. Post e R. Siegel, *Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution*, in *Fordham Law Review*, vol. 75, n. 2/2006, pp. 545-574, part. p. 549.

65. *Ivi*, p. 552.

66. La letteratura è ampia. Può essere interessante rinviare alla lettura dei testi che discutono il tema della medicina genere/sesso specifica, ad esempio: A. Shai - S. Koffler - Y. Ashiloni-Dolev, *Feminism, gender medicine and beyond: a feminist analysis of "gender medicine"*, in *International Journal for Equity in Health*, vol. 20, 2021, (articolo n. 177), pp. 1-11; M. Sharma, *Applying feminist theory to medical education*, in *Lancet*, vol. 393, n. 10171, 2019, pp. 570-578; G. Einstein, *Sex and Gender in Health: The World Writes on the Body*, in M.J. Legato e M. Glezerman (a cura di), *The International Society for Gender Medicine*, Academic Press, Amsterdam, 2017, pp. 45-55; N. Krieger, *Genders, sexes, and health: what are the connections – and why does it matter?*, in *International Journal of Epidemiology*, vol. 32, n. 4/2003, pp. 652–657.

67. R. Siegel, *Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection*, in *Stanford Law Review*, vol. 44, n. 2/1992, pp. 261-381, part. pp. 268 ss.

Paradossalmente, però, la differenza che avrebbe rilevanza per una valutazione dell'uguaglianza sulla base del sesso come *equal protection* non viene rilevata: in *Geduldig v. Aiello*[68] la Corte non riconosce tale discriminazione distinguendo i "*potential recipients*" in due gruppi, quello delle "*pregnant women*" e quello delle "*non-pregnant persons*", che include entrambi i sessi[69]. Giustificazione che rimanda ad altre al limite del ridicolo, come quella oramai storica della California, che non rilevava discriminazione sulla base del sesso nella mancata tutela della lavoratrice gravida, avendo a lei applicato la stessa norma che si applicava agli uomini. Il testo di *Geduldig* è davvero chiaro:

«[*n*]*ormal pregnancy is an objectively identifiable physical condition with unique characteristics. Absent a showing that distinctions involving pregnancy are mere pretexts designed to effect an invidious discrimination against the members of one sex or the other, lawmakers are constitutionally free to include or exclude pregnancy from the coverage of legislation such as this on any reasonable basis, just as with respect to any other physical condition*»[70].

La Corte non vede ragioni per le quali il legislatore non sia costituzionalmente libero di includere o meno la gravidanza dalla copertura, *come qualsiasi altra condizione fisica*. La Corte non riconosce che tale differenza distingue socialmente i sessi: «*Judgments about women's capacity to bear children play a key role in social definitions of gender roles and thus in the social logic of "discrimination based on gender as such"*»[71].

La narrativa originalista offre dunque un modo di rileggere l'evoluzione dei diritti civili adeguato al rafforzamento del movimento *pro-family*. Una politica dunque che, attivatasi negli anni ottanta, arriva oggi ad avere una maggioranza nella Corte suprema in grado di offrire una narrazione che, senza dirlo esplicitamente, fa appello alla razza, al sesso e alla sessualità, alla religione; una Corte in grado oggi di risignificare la memoria costituzionale. Con riferimento a questo processo di imposizione di significati, Cover scrive di «*jurispathic courts*», ovvero le corti quali strumento contro la naturale proliferazione significativa, invero oggi più frequentemente con la motivazione di fare chiarezza: «*The supreme tribunal removes uncertainty, lack of clarity, and difference of opinion about what the law is. This statist formulation is either question begging or misleading*»[72]. Da una prospettiva realista, non si può che essere d'accordo con Cover quando afferma che «[*a*]*ny claim to a privileged hermeneutic method appears unfashionable today, but it has ancient roots and tenaciously persists in the law*»[73].

La politica originalista negli anni ha prodotto, insomma, una narrativa contro i diritti civili, rinviando a comunità invero inesistenti piuttosto che a significati originari. È chiaro che il richiamo del diritto vigente nel 1868 non rappresenta la lotta delle donne, che all'epoca non hanno ancora voce. Non va infatti dimenticato che il diritto di voto è concesso alle donne solo nel 1920 (e non a tutte)[74]. La narrazione della tradizione degli *statute*, allora, non è la narrazione della comunità americana, ma la politica originalista che si offre nella sentenza *Dobbs* rivitalizza antiche gerarchie di *status* anche quando non hanno diretta relazione con il caso. Si propongono giudizi interpretativi come meri fatti bruti, offrendo l'immagine di un passato "oggettivo" o depurato di valori al fine di rafforzare la deferenza alle decisioni della Corte, senza invero soffermarsi, e anzi oscurando, la forza dei pregiudizi nell'interpretazione costituzionale.

È poi notevole la *excusatio non petita* del giudice Alito, che si affretta a negare la centralità dell'*equal protection*, liquidando però rapidamente il «Brief of Equal Protecion Constitutional Law Scholars»[75]:

«[*n*]*either Roe nor Casey saw fit to invoke this theory, and it is squarely foreclosed by our precedents, which establish that a State's regulation of abortion is not a sex-based classification and is thus not subject to the "heightened scrutiny" that applies to such classifications. The* regulation of a medical procedure *that only one sex can undergo does not*

68. 417 U.S. 484 (1974).

69. R. Siegel, *Reasoning from the Body*, *op. cit.*, p. 269.

70. *Ibid.*

71. *Ibid.*

72. R.M. Cover, *Foreword: Nomos and Narrative*, prefazione a *The Supreme Court 1982 Term*, in *Harvard Law Review*, vol. 97, n. 4/1983, pp. 4-68, part. p. 42.

73. *Ibid.*

74. Vds. *La discriminazione di genere: la storia del riconoscimento del diritto delle donne al voto nel mondo (dal 1900 a oggi)*, 3 dicembre 2022, www.mondopoli.it/2018/01/08/il-diritto-delle-donne-al-voto-nel-mondo.

75. 3 dicembre 2022, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4080080.

trigger heightened constitutional scrutiny unless the regulation is a "mere pretex[t]" designed to effect an invidious discrimination against members of one sex or the other»[76].

Eppure, in questo Alito ha gioco facile nel riconnettersi alle premesse di *Roe*, dove il principio di uguaglianza era stato il grande escluso. L'inclusione, ai tempi di *Roe*, del diritto all'aborto nel filone della *new privacy jurisprudence* era stato un patto faustiano, perché lo riconosceva, ma solo sotto forma di libertà negativa. Si è liberi nella misura in cui lo Stato non interviene, nel bene, ma anche nel male. Se quindi non si è in grado, per qualche motivo, di accedere materialmente alla pratica abortiva, questo rimane un problema privato. In questo modo, la *privacy* ha de-politicizzato il diritto all'aborto, abbandonandolo a uno stato di natura solo astrattamente libero e che «può nascondere, e di fatto ha nascosto, lo spazio delle percosse, dello stupro coniugale e dello sfruttamento del lavoro femminile»[77].

Tutto questo, però, cade al di là dell'orizzonte interpretativo di Alito, che si muove sullo stesso crinale originalista di *Roe*, preoccupandosi però di ribaltare le premesse più che il *reasoning* vero e proprio. Come scrive Siegel, la Corte priva così le donne del diritto di aborto, definendo la loro libertà costituzionale con le leggi emanate a metà Ottocento: «*a time when women were without voice or vote in the political process*»[78]. La Corte è, tuttavia, più che consapevole della sua azione politica, e lo sottolinea proprio nel ribadire come non si ritenga equipaggiata a valutare se la possibilità di controllare la propria vita riproduttiva sia per le donne un fattore fondamentale per la loro partecipazione su un piano di uguaglianza alla vita economica e sociale (richiamando *Casey*[79]), mentre – afferma – quando viene fatto valere un concreto *reliance interest*, allora i tribunali sono in grado di valutare la richiesta. Non è possibile, insomma, secondo la Corte e *soprattutto per un tribunale*, valutare l'incidenza del diritto all'aborto sulla vita delle donne[80].

Tali affermazioni sono a dir poco sorprendenti. Ma la posizione del giudice Alito, che esplicitamente aderisce alla politica del movimento *pro-family*, affermando di rinvenire gli interessi dello Stato nella difesa delle gravidanze forzate, esattamente come strumento per prevenire l'indebolimento dei valori della famiglia, pare fosse già stata espressa nell'*amicus curiae* del caso *Thornbourgh* del 1985[81]. Dunque, solo una conferma per una lettura critica dell'uso dell'argomento interpretativo. Sotto il profilo della dottrina dell'interpretazione, insomma, la sentenza *Dobbs* è un esempio di come l'argomento originalista sia rielaborato come politica di attacco diretto ai diritti civili – soprattutto contro le donne, alle quali nega la dignità, non riconoscendo loro l'interesse alla protezione della salute – e, quindi, nonostante le affermazioni di voler preservare il giudizio dalla politica in funzione antidemocratica.

L'analisi dell'argomentazione sollecita, dunque, un'attenzione particolare sulla capacità di piegare la memoria costituzionale secondo fini predefiniti, manipolandone opportunamente la ricostruzione. Il ricorso alla storia e alla tradizione posto nei termini offerti dal giudice Alito si presta, ovviamente, a rinvigorire tutte le gerarchie di *status* presenti a metà '800 e tanto faticosamente erose nell'ultimo secolo di costituzionalismo dei diritti. Da un altro punto di vista, tuttavia, è anche interessante notare come il ruolo rivendicato per la magistratura venga presentato a "custodire" un oggetto, una storia, totalmente nuova e riscritta a tavolino. Il rispetto per lo *stare decisis* viene riletto come un vincolo da cui la Corte suprema *deve* liberarsi, perché è l'istituzione che ha l'ultima parola e deve rispondere; del resto, il giudice Thomas dichiara alla Cnn che «*we use* stare decisis *as a mantra when we don't want to think*»[82], un

76. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022), «Opinion of the Court», pp. 10-11.

77. C.A. MacKinnon, *Privacy v. eguaglianza: a partire dal caso Roe v. Wade*, in *Ead.*, *Le donne sono umane?*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 65-75, part. p. 75.

78. R.B. Siegel, *Memory Games: Dobbs's Originalism as Anti-Democratic Living Constitutionalism – and Some Pathways for Resistance*, in *Texas Law Review*, vol. 101, 2023, p. 11 (in pubblicazione).

79. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, *cit.*, «Opinion of the Court», p. 64, citando *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) – vds. https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/.

80. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, *cit.*, «Opinion of the Court», pp. 64-65.

81. R. Thornburgh *et al.*, Appellants v. American College of Obstetricians and Gynecologists, Et Al.; E.F. Diamond *et al.*, Appellants v. Allan G. Charles *et al.*; nn. 84-495, 84-1379; *Brief for the United States as Amicus Curiae in Support of Appellants* (October Term), 1985, www.justice.gov/sites/default/files/osg/briefs/1985/01/01/sg850181.txt a cui Alito risulta aver partecipato attivamente, come testimoniato in *A coauthor says Alito was instrumental in Roe v. Wade brief* (http://archive.boston.com/news/nation/articles/2005/11/16/a_coauthor_says_alito_was_instrumental_in_roe_v_wade_brief/).

82. A. de Vogue (con la collaborazione di R. Nobles, A. Grayer, Z. Cohen, J. Gangel), *Thomas says government institutions shouldn't be 'bullied' following leak of draft opinion on abortion*, *CNN*, 7 maggio 2022, (https://edition.cnn.com/2022/05/06/politics/clarence-thomas-stare-decisis-roe-v-wade-leak/index.html).

manierismo attivato quando non si sa o non si vuole prendere posizione.

6. Riflessioni conclusive

È evidente che *Dobbs* può essere solo il primo di una lunga serie di *revirement* di diritti che hanno eliminato gerarchie e discriminazioni, dal tema della contraccezione, anch'esso rileggibile come limite alla famiglia "tradizionale", ai matrimoni fra persone dello stesso sesso, ai matrimoni fra persone di diverse religioni ed etnie. Se la tradizione costituzionale è quella riscritta dalla Corte in *Dobbs*, nessuna decisione delle corti precedenti, almeno fino al 1868, ha più la forza di resistere; se, come ribadisce in più occasioni il giudice Thomas, il «*Due Process Clause does not secure any substantive rights*»[83], la dottrina della Costituzione non solo può essere completamente ribaltata rispetto agli ultimi secoli di rafforzamento dei diritti, ma l'operata selezione delle ragioni della storia porta all'imposizione di una "tradizione" totalmente riscritta in funzione di un movimento politico molto divisivo.

Come scrive la parte di Corte dissenziente, «[*r*]*especting a woman as an autonomous being, and granting her full equality, meant giving her substantial choice over this most personal and most consequential of all life decisions*»[84]. La decisione *Dobbs* incide esattamente sull'*equality*, che tuttavia le diverse corti, negli anni, non hanno mai voluto usare opportunamente. E il cuore della questione è proprio questo: se la libertà, che si chiami *privacy* o in altro modo, possa essere un surrogato adeguato rispetto al principio dell'uguale rispetto e considerazione delle persone; se insomma, l'aborto invece di essere un diritto pubblico, possa essere una scelta privata. Sembra invero che il ricorso alla libertà, laddove non opportunamente contraltata da una spinta politica verso l'uguaglianza, rafforzi la separazione tra pubblico e privato, relegando le donne ancora una volta in quest'ultimo.

Gli Stati Uniti sono ancora un Paese fortemente discriminatorio e non solo di fatto, ma anche di diritto. L'argomento della Corte in *Dobbs* regredisce alla legislazione di due secoli fa, quando la Corte poteva tranquillamente statuire che, sebbene le donne fossero cittadine, la cittadinanza o il XIV emendamento non implicavano il diritto di voto *di tutti i cittadini*, e se uno *statute* stabiliva che solo gli uomini votavano, la Corte non poteva che prenderne atto, dato che «non ci sono argomenti a sostegno della necessità del suffragio femminile»[85], invero bloccato appositamente proprio nella campagna antiabortista in precedenza ricordata.

Per riflettere ulteriormente sulla sentenza *Dobbs*, può essere interessante rivedere la storia recente sulla protezione delle donne durante la pandemia negli Stati Uniti e l'attacco diretto al diritto all'aborto. È chiaro che dietro questo attacco c'è una visione dei ruoli di genere risalente agli anni cinquanta, il famoso "modello Doris Day", la donna felice *del* e *con* il suo aspirapolvere. Un ambiente dove la donna è naturalmente *caregiver* e dedicata al sacrificio per gli altri, dove il lavoro di cura è un lavoro servile proprio perché non riconosciuto, ma sempre dovuto.

La strategia reaganiana di occupazione della Corte ha anche avuto un momento simbolico (e non solo) con la sostituzione della giudice Ginsburg con Amy Coney Barrett. Mentre la prima ha più volte ribadito come le garanzie costituzionali di libertà e uguaglianza limitino le possibilità del Governo di regolare la vita delle donne in gravidanza, la seconda ha sempre esternato la sua opposizione all'aborto e la volontà di ribaltare *Roe*[86].

In definitiva, due problemi importanti, sul piano dei diritti e su quello interpretativo, vengono sollevati da *Dobbs*: in primo luogo, l'uguaglianza viene nuovamente negata alle donne in violazione della stessa Costituzione, certo di quella vivente e forse non di quella del 1868. In secondo luogo, la metodologia selettiva e manipolativa della tradizione, appellata con il termine "originalismo", invero tradisce le stesse ragioni accampate dal metodo. Ma *Dobbs* rappresenta anche un'inversione di marcia sul piano del costituzionalismo moderno. Il percorso democratico si lega a quello costituzionalista, giacché si

83. Giudice C. Thomas, «concurring opinion» in *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, *cit.*, p. 2

84. Giudici Breyer, Sotomayor e Kagan, «dissenting opinion», *ivi*, p. 1.

85. «*If the law is wrong, it ought to be changed; but the power for that is not with us. The arguments addressed to us bearing upon such a view of the subject may perhaps be sufficient to induce those having the power, to make the alteration, but they ought not to be permitted to influence our judgment in determining the present rights of the parties now litigating before us. No argument as to woman's need of suffrage can be considered. We can only act upon her rights as they exist. It is not for us to look at the hardship of withholding. Our duty is at an end if we find it is within the power of a State to withhold*» – *Minor v. Happersett*, 88 U.S. 162 (1874).

86. R.B. Siegel, *Why Restrict Abortion? Expanding the Frame on June Medical*, in *Supreme Court Review*, 2021, p. 286 e note 33-35; A. North, *What Amy Coney Barrett on the Supreme Court means for abortion rights*, in *Vox*, 26 ottobre 2020 (www.vox.com/21456044/amy-coney-barrett-supreme-court-roe-abortion).

avvantaggia dello strumento "Costituzione" come baluardo dal quale avanzare e non solo per difendersi. A questo fine, come scrive Siegel, occorre democratizzare i modi in cui *si costruiscono* le "tradizioni" affinché siano incluse le voci di coloro che, come le donne, lottavano perché erano ancora privi dei diritti civili: la loro storia, la resistenza *alla* legge, aggiunge altri valori a quelli del diritto all'epoca vigente[87], giacché dai margini non si poteva (e non si può) legiferare[88].

87. Il modo in cui raccontiamo è fondamentale. Per esempio, M.J. Frug (*Re-Reading Contracts: a Feminist Analysis of a Contracts Casebook*, in *American University Law Review*, vol. 34, n. 4/1985, pp. 1065-1140) rileva come, nei testi didattici, venga evidenziata l'esclusione giuridica della popolazione afrodiscendente ma non quella delle donne, facendo così passare l'idea di una loro naturale assenza.

88. «*Systematic divergence between constitutional memory and constitutional history can legitimate authority by generating the appearance of consent to contested status relations and by destroying the vernacular of resistance. Though women contested their lack of political authority in the constitutional order over two centuries, there is no trace of their arguments in constitutional law*» – R.B. Siegel, *The Politics of Constitutional Memory*, in *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, vol. 20, n. 1/2022, pp. 19-58.

Cittadinanza, sangue e patriarcato: note per una critica femminista

di *Enrica Rigo*

La cittadinanza e la sua rivendicazione rappresentano, sin dagli studi arendtiani sugli apolidi, una meta-tematica della ricerca sociologica e giuridica, così come dell'impegno civile. Gli importanti studi di Seyla Benhabib, con cui si apre questo scritto, propongono una revisione del concetto di cittadinanza anche alla luce di quelle prassi di "iterazione democratica" con le quali gli individui e le individue delle società complesse e multietniche cercano di riappropriarsi di una dimensione di riconoscimento e di protezione sociale. Una ricerca che il presente contributo persegue mantenendo sempre accesa la lente di genere come chiave di lettura delle dinamiche di esclusione della cittadinanza e delle dinamiche discriminatorie attuate dagli Stati nazionali per mantenere saldo un ordine gerarchico fondato su base etnica, censitaria e sessuale.

1. L'attualità della rivendicazione di cittadinanza / 2. Cittadinanza e patriarcato / 3. L'uguaglianza che sovverte l'ordine

1. L'attualità della rivendicazione di cittadinanza

Nelle pagine iniziali di un libro considerato una pietra angolare per il dibattito sul cosmopolitismo nel confronto con il presente, Seyla Benhabib descrive il dilemma con cui si scontrano le argomentazioni etico-normative a giustificazione dei confini: «una caratteristica comune a tutte le norme di appartenenza, incluse le norme di cittadinanza (ma non solo), è che coloro sui quali ricadono le conseguenze di tali norme, e soprattutto dei criteri di esclusione, non possono *per definizione* prendere parte alla loro formulazione»[1].

Guardata sotto questa lente, ogni legge sulla cittadinanza è inevitabilmente antidemocratica poiché le sue regole sono formulate e decise da chi ha la cittadinanza, a spese di chi non la ha. Vi è, poi, una caratteristica ulteriore legata ai confini come «condizione non-democratica della democrazia», per utilizzare un'efficace espressione con la quale li ha indicati Étienne Balibar[2]. Per mezzo dei confini – strumenti e oggetti privilegiati della politica poiché in grado di alludere al medesimo tempo all'utopia della società compiuta (chiusa e dunque protetta) e a quella del cosmopolitismo (nell'apertura suggerita dall'attraversare i confini stessi) –, ogni società produce i suoi stranieri seguendo «sue proprie, inimitabili modalità»[3]. I due aspetti, della *non-democraticità* e della *produttività* delle leggi che regolano i confini delle comunità politiche, vanno tenuti insieme anche per

1. S. Benhabib, 2004, *The Rights of Others. Aliens, Residents, Citizens*, Cambridge University Press, Cambridge – trad. it.: *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Raffaello Cortina, Milano, 2006, p. 12.

2. É. Balibar, *At the Borders of Citizenship*, in *European Journal of Social Theory*, vol. 13, n. 3/2010, pp. 315-322.

3. *Ivi*, p. 318.

comprendere e contestualizzare il portato discriminatorio delle legislazioni sulla cittadinanza. Le loro regole di esclusione non vanno infatti solo a scapito di chi *non ha* la cittadinanza, ma anche di chi, secondo quelle regole, non la *avrà* perché sarà prodotto come straniero.

Se si prende ad esempio il caso italiano, dove sulla base della legge n. 91 del 1992 la cittadinanza è trasmessa in via prevalente per diritto di sangue, è facile ricondurre queste osservazioni alle condizioni sia materiali sia di diritto vissute da chi, nato o cresciuto in Italia, è comunque escluso dallo *status* di cittadina o cittadino. Negli ultimi quindici anni, la popolazione straniera regolarmente residente in Italia è pressoché duplicata, passando da circa 2,6 milioni di unità al 1° gennaio 2006 a 5,2 milioni al 1° gennaio 2021, e raggiungendo così quasi il 9% della popolazione totale[4]. L'affermazione ricorrente secondo la quale la legge sulla cittadinanza attualmente vigente rifletterebbe un'epoca in cui l'Italia era un Paese di emigranti è retorica non solo perché astorica, ma soprattutto perché ogni legge sulla cittadinanza non incide solo sul presente, ma disegna la propria comunità a venire. In altre parole, le bambine e i bambini, le ragazze e i ragazzi nati o cresciuti in Italia durante gli ultimi decenni, e che oggi rivendicano uguaglianza anche attraverso l'accesso alla cittadinanza, sono stranieri perché sono stati *prodotti* come tali dalle sue regole di esclusione. Seppure in Italia, al 1 gennaio 1992, fossero presenti solo 649.000 stranieri regolarmente residenti, la *non-democraticità* della legge sulla cittadinanza non è da riferirsi meramente alla quota di coloro che sono stati esclusi dalla possibilità di partecipare alla sua formulazione, ma va rapportata a come la cittadinanza funzioni da freno per la trasformazione in senso egualitario della società nonché da incentivo per la conservazione dei suoi privilegi odiosi.

Il portato discriminatorio della cittadinanza va dunque contestualizzato in riferimento a una società che muta, così come la radicalità delle rivendicazioni che hanno ad oggetto l'accesso alla cittadinanza va rapportata ai diversi orizzonti politici con cui si confronta. Quando Benhabib pubblicava *The Rights of Others*, nel 2004, non erano poche le studiose e gli studiosi che consideravano la cittadinanza nazionale come un istituto ormai moribondo, che avrebbe perso progressivamente d'importanza a fronte di forme di appartenenza post-statuali[5]. Anche quando la cittadinanza era denunciata come il residuo di un privilegio di *status*[6], il suo potenziale escludente sembrava destinato ad affievolirsi di fronte ai diritti fondamentali, la cui titolarità è, invece, universalistica. Sul piano istituzionale, poi, il processo di allargamento europeo dava corpo e contenuti a un orizzonte politico che avrebbe disegnato un modello diverso di partecipazione: la libertà di circolazione si stagliava come una promessa di inclusione destinata ad allargarsi al di là degli allora cittadini europei; mentre i confini, pur nella contraddizione che delimitava la "fortezza Europea", alludevano all'utopia cosmopolita del proprio superamento attraverso l'inclusione di nuovi Paesi membri.

A due decenni di distanza dall'allargamento europeo – e dal fallimento del progetto di una Costituzione europea – la cittadinanza nazionale non sembra affatto aver perso di importanza, ma anzi il suo portato discriminatorio è ancora più profondo. Se il caso italiano lo mostra bene in numeri assoluti, poiché i discriminati della cittadinanza aumentano proporzionalmente all'aumentare degli stranieri residenti, la battuta d'arresto al processo di integrazione sovranazionale derivata dai nuovi sovranismi e dalla Brexit segnala che anche i diritti acquisiti attraverso la cittadinanza europea non sono garantiti una volta per tutte. In un mondo globalizzato, il diverso peso che passaporti diversi hanno per la possibilità di viaggiare si traduce in un accesso ineguale alle opportunità e alle risorse. Le «vittime della cittadinanza»[7], ovvero coloro per i quali la cittadinanza si presenta come un groviglio di ostacoli e limiti, sono di gran lunga la maggioranza della popolazione mondiale e le loro istanze revocano in dubbio la tradizionale lettura della cittadinanza come paniere di diritti in espansione e come condizione necessaria della partecipazione democratica. Su questa lettura non pesa solo l'esclusione di fasce di popolazione dai pieni diritti politici, ma anche la violenza dispiegata a difesa delle frontiere contro i migranti che, dal 2015 a oggi, ha causato oltre 25.000 morti nel solo Mar Mediterraneo, e che fa da sfondo alla violenza

4. Dati Istat (https://noi-italia.istat.it/pagina.php?L=0&categoria=4&dove=ITALIA).

5. Per una ricostruzione del dibattito, si consenta il rimando a E. Rigo, *Europa di confine. Trasformazioni della cittadinanza nell'Unione allargata*, Meltemi, Roma, 2007.

6. L. Ferrajoli, 1994, *Dai diritti del cittadino ai dritti della persona*, in D. Zolo (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, pp. 263-292.

7. L'espressione è di Dimitry Kochenov: vds. *Id.*, *Victims of Citizenship: Feudal Statuses for Sale in the Hypocrisy Republic*, *working paper* n. 156, Centre for Migration Policy and Society, Università di Oxford, 2021 (https://ssrn.com/abstract=3975851; https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3975851).

epistemica entro cui viene compreso il valore della vita di chiunque sia *prodotto* come straniero o straniera dalle regole dell'esclusione.

In questo quadro, non vi è dubbio che la rivendicazione di cittadinanza acquisisca una nuova radicalità che si misura, da un lato, con il portato di discriminazione che la cittadinanza comporta per chi ne è escluso; dall'altro, con la necessità di mettere a critica la cittadinanza stessa come istituzione di esclusione. Coniugare la critica della cittadinanza alla richiesta di estenderla esplicita un'ambivalenza che, come hanno da tempo messo in luce sia il femminismo giuridico sia la "*Critical Race Theory*", accomuna le rivendicazioni di accesso ai diritti portate avanti in nome di "differenze" fondate su pratiche sociali, giuridiche e politiche che, a loro volta, necessitano di essere decostruite. In Italia, la rivendicazione di cittadinanza è fatta propria soprattutto dalle cosiddette "seconde generazioni", figlie delle migrazioni, le quali pagano il prezzo delle sue regole di esclusione[8]. Negli anni più recenti, inoltre, questa rivendicazione ha incrociato sia gli *slogan* e le proteste del movimento "Black Lives Matter" sia i riferimenti culturali del femminismo intersezionale[9]. Ed è soprattutto nel femminismo che la critica della cittadinanza ha radici profonde.

Per un verso, il pensiero femminista ha infatti assunto a proprio obiettivo polemico sia la pretesa universalistica della cittadinanza sia la sua supposta neutralità di genere, mettendo in luce la natura sessuata del contratto sociale che ne fonda i presupposti moderni[10], a partire dalla distinzione tra pubblico e privato e le sue ripercussioni per l'accesso delle donne ai diritti. Per altro verso, le donne sono state storicamente un soggetto paradossale della cittadinanza[11], autorizzate a far parte della nazione, e addirittura ad assumerne il ruolo di *corpo biologico*, ma a lungo disconosciute come *corpo politico* e, dunque, escluse dal voto. Nel solco tracciato da queste riflessioni, l'obiettivo meno ambizioso delle note qui presentate è quello di contestualizzare, attraverso la lente del genere, il portato discriminatorio che accompagna oggi la cittadinanza in Italia e, al contempo, di rivendicare la lotta per l'accesso alla cittadinanza come una battaglia che deve essere fatta propria in una prospettiva femminista intersezionale.

2. Cittadinanza e patriarcato

In tema di cittadinanza, il principio di uguaglianza tra donne e uomini sancito dalla Costituzione è stato a lungo inattuato. Come noto, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 87 del 1975, ha dapprima stabilito l'illegittimità delle disposizioni che comportavano la perdita automatica della cittadinanza per la donna che contraeva matrimonio con uno straniero e, successivamente, con la pronuncia n. 30 del 1983, ha dichiarato incostituzionali gli artt. 1 e 2 della legge n. 555 del 1912 in ragione della mancata previsione della trasmissione della cittadinanza ai figli per via materna. Solo con la riforma del 1992, giunta ben ottant'anni dopo la precedente legge sulla cittadinanza, è stata infine ottenuta per via legislativa l'equiparazione tra uomini e donne nel trasmettere la cittadinanza ai figli.

Il traguardo dell'uguaglianza formale tra uomini e donne in tema di cittadinanza, raggiunto in buona parte del mondo cd. "occidentale"[12], spiega probabilmente perché la critica allo *ius sanguinis* si sia concentrata principalmente sugli elementi etno-nazionalistici dell'istituto, piuttosto che sulla sua struttura patriarcale, la quale mette al centro un modello di famiglia gerarchico ed eteronormato. Quest'ultimo aspetto è venuto alla ribalta, più di recente, in relazione alle tecnologie procreative, in casi in cui la mancata trasmissione della cittadinanza da parte dei genitori non biologici ha impedito il rilascio dei documenti di viaggio ai figli[13]. Seppure quelle ora evidenziate possano sembrare problematiche di natura settoriale, esse svelano in realtà alcuni aspetti centrali attorno ai quali si è sedimentata la struttura giuridico-politica della cittadinanza. Anche quando la trasmissione della cittadinanza *ius sanguinis* mette sullo stesso piano

8. Sul punto, vds. M. Ghebremariam Tesfaù e G. Picker, *The Italian Postracial Archive*, in *Ethnic and Racial Studies*, vol. 44, n. 2/2020, pp. 195- 214. Vds. anche *La cittadinanza a 18 anni, dossier* curato da Black Lives Matter Roma e Rete G2 - Seconde Generazioni, giugno 2021 (*cfr*. www.meltingpot.org/2021/06/dossier-la-cittadinanza-ai-18-anni/).

9. Si vedano le introduzioni di R. Sereke (*Luoghi di possibilità*) e M. Ghebremariam Tesfaù (*Aspettando Gloria*) alla traduzione italiana di bell hooks (G.J. Watkins), *Teaching to Transgress: Education as the Practice of Freedom*, Routledge, New York, 1994: *Insegnare a trasgredire. L'educazione come pratica della libertà*, Meltemi, Milano, 2020.

10. C. Pateman, *The Sexual Contract*, Polity Press, Cambridge, 1988.

11. J.W. Scott, *Only Paradoxes to Offer. French Feminists and the Rights of Man*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1996.

12. Sul tema, si rinvia alla "Global Campaign for Equal Nationality Rights": https://equalnationalityrights.org/.

13. C. Dumbrava, *Kick off contribution: Bloodlines and belonging: Time to abandon ius sanguinis?*, in C. Dumbrava e R. Bauböck (a cura di), *Bloodlines and belonging: Time to abandon ius sanguinis?*, *working paper* (RSCAS 2015/80), European University Institute, Fiesole, novembre 2015.

uomini e donne, il nesso tra legame parentale e cittadinanza si riflette, infatti, sull'appartenenza politica, stabilendo una gerarchia che privilegia la famiglia sull'individuo.

D'altro canto, che struttura etero-patriarcale della famiglia, sessismo ed etno-nazionalismo si accompagnino l'una agli altri non è certo una novità. Contrariamente a quanto l'equiparazione formale tra uomini e donne porterebbe a ritenere, si tratta di una triangolazione che non si è affatto allentata con il tempo e che, anzi, è andata per alcuni versi rafforzandosi. È significativa, al riguardo, la traiettoria che ha seguito il parametro dell'integrazione nella giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di naturalizzazione, secondo la quale lo straniero che voglia diventare cittadino deve essere «detentore di uno status *illesae dignitatis* morale e civile, nonché di un serio sentimento di italianità» (*cfr*. sez. III, 3 marzo 2021, n. 1826). In una pronuncia di poco successiva a quella indicata, lo stesso Consiglio di Stato ha specificato che il parametro della *illesa dignitas* morale non va inteso come *irreprensibilità* morale, e va bilanciato con una «disamina che tenga conto dei legami familiari del cittadino straniero, della sua attività lavorativa, del suo reale radicamento al territorio, della sua complessiva condotta» (sez. II, 31 maggio 2021, n. 4151). Ciò nonostante, non si può tacere che il requisito della «convinta adesione ai valori fondamentali dell'ordinamento di cui [lo straniero] chiede di far parte con il riconoscimento della cittadinanza» (*ibid.*) non sia richiesto ai cittadini per nascita, e porti con sé il rischio evidente di una eticizzazione dell'appartenenza politica.

I legami familiari come vettori di integrazione sono al centro di molti provvedimenti decisori in tema di naturalizzazione e non vengono valorizzati solo in senso positivo. Un recente provvedimento (21 luglio 2022) del Ministero dell'interno ha, per esempio, negato la cittadinanza a una donna dell'Ecuador che ne aveva fatto richiesta in ragione dei reati commessi dal figlio maggiorenne convivente. Nelle motivazioni del provvedimento, si legge che «il rapporto di parentela o affinità indica l'esistenza di un legame stabile, e quindi duraturo nel tempo, che fonda le proprie radici nella famiglia e nei suoi connessi aspetti affettivi, con la conseguenza che proprio la stabilità parentale e affettiva potrebbe indurre l'interessato ad agevolare, anche soltanto per ragioni affettive, comportamenti ritenuti in contrasto con l'ordinamento giuridico». A conferma che si tratta di una prassi decisoria diffusa, il provvedimento prosegue richiamando l'orientamento del Tar Lazio, secondo il quale «il comportamento penalmente rilevante di persone conviventi legate da vincoli di *affectio* può essere preso in considerazione al fine di motivare il diniego della cittadinanza italiana dell'istante in quanto esso è indice della integrazione del nucleo familiare». In altre parole, nonostante la donna non fosse coinvolta nelle condotte criminose del figlio, secondo l'Amministrazione il vincolo affettivo avrebbe potuto indurla a un atteggiamento connivente, e questo è sufficiente per escluderne l'integrazione. Al di là del giudizio su quale dovrebbe essere il comportamento di una buona madre, che emerge dal provvedimento in maniera malcelata, l'argomentazione che vede nella famiglia un vettore di integrazione desta più di qualche perplessità nella misura in cui subordina il destino individuale ai rapporti di parentela e affinità. Si pensi ai casi di donne imprigionate in relazioni coniugali volente o a quelli di ragazze e ragazzi che adottano comportamenti di ribellione verso la famiglia: condizionare l'accesso alla cittadinanza alla valutazione dell'ambiente familiare trasforma la cittadinanza stessa da possibile vettore di integrazione a strumento che rafforza le relazioni di oppressione. L'etno-nazionalismo della cittadinanza si salda, così, alla struttura patriarcale della famiglia per inchiodare gli individui al destino ascritto loro per nascita.

Quando si adotti una lente di genere, la struttura patriarcale della cittadinanza va ben oltre la questione dell'uguaglianza formale tra uomini e donne nel trasmettere la nazionalità ai figli, così come va oltre lo stesso etno-nazionalismo dello *ius sanguinis*. Come hanno più volte sottolineato le organizzazioni femministe che intervengono sul tema della violenza di genere[14], all'interno dei contesti familiari il mancato accesso delle donne alla cittadinanza perpetua l'oppressione maschile sulle mogli, sulle figlie e sui figli, e limita i percorsi di autonomia volti alla fuoriuscita da relazioni di abuso e maltrattamenti domestici. In aggiunta, non si possono tacere le difficoltà che incontrano le donne nei percorsi di accesso alla residenza stabile sul territorio e alla cittadinanza in ragione del mancato controllo sulle risorse reddituali della famiglia che, di frequente, risultano attribuite nominalmente ai mariti, ai padri o ai fratelli maggiori. Il lavoro riproduttivo svolto dalle donne tra le mura domestiche, dalla cura dei figli a quella dei mariti, degli anziani, dei fratelli minori, non trova alcun riconoscimento nelle procedure di accesso alla cittadinanza[15], dove a

14. Vds., ad esempio, la sezione dedicata al genere nel *dossier La cittadinanza a 18 anni*, *op. cit.*

15. Per una discussione, si consenta il rimando a E. Rigo, *La straniera. Migrazioni, asilo, sfruttamento in una prospettiva di genere*, Carocci, Roma, 2022.

contare sono solo i redditi da lavoro (salariato) e la titolarità formale dell'abitazione, indipendentemente da chi se ne prenda cura tenendola pulita e in ordine. Fermarsi all'uguaglianza formale tra uomini e donne in tema di accesso alla cittadinanza significa non tenere in alcuna considerazione il fatto che le donne svolgono una mole enorme di lavoro a titolo non retribuito, o in condizioni di precarietà e informalità, e che la divisione sessuale del lavoro, che assegna prioritariamente le donne a quello riproduttivo e gli uomini a quello produttivo, si ripercuote fortemente sull'appartenenza politica riproponendo, sotto altre vesti, la distinzione tra un *corpo biologico* e un *corpo politico* della nazione.

3. L'uguaglianza che sovverte l'ordine

La rivendicazione di accesso alla cittadinanza delle generazioni figlie delle migrazioni è, in primo luogo, una richiesta di uguaglianza volta a sovvertire le gerarchie e i privilegi imposti dall'ordine sociale. È in questa cornice di significato che va letta la richiesta di estendere la cittadinanza, e non certo come una richiesta che, assieme all'istituzione della cittadinanza, legittima l'esclusione che questa inevitabilmente porta con sé. E ancora, nella misura in cui ogni ordine sociale stabilisce e perpetua posizioni di sovra e sotto-ordinazione, e dunque gerarchie, l'uguaglianza non può che esserne l'antitesi: l'uguaglianza, prima che un nuovo ordine, è lo spazio in cui ogni gerarchia e ogni privilegio sono messi in discussione. In questo senso, la rivendicazione di accesso alla cittadinanza non può che alludere a un'uguaglianza incompiuta, ma non per questo meno legittima e radicale. In una bella presa di posizione sulle migrazioni come pratica de-coloniale, la giurista internazionalista Tendayi Achiume ha sostenuto che la mobilità attraverso i confini, anche quella non autorizzata, quando è spinta dalla richiesta di maggiore uguaglianza, dev'essere intesa come «un'azione politica radicale delle persone del Terzo Mondo volta a formalizzare il loro *status* di co-sovranità al Primo Mondo attraverso l'accesso alla cittadinanza»[16]. Allo stesso tempo, la migrazione in sé dovrebbe essere compresa come una «potente tecnologia per creare, consolidare e riformare la comunità politica»[17].

Le proposte di riforma della legge sulla cittadinanza presentate durante le ultime legislature sono state ben lontane dall'interpretare una richiesta radicale di uguaglianza, e hanno invece scelto apertamente strade di compromesso, mantenendo la trasmissione della cittadinanza *iure sanguinis* come modalità prioritaria e introducendo, accanto a questa, procedure di acquisizione che fanno perno sulla frequenza scolastica. Sia la proposta di legge cd. *ius culturae*, naufragata durante la XVII legislatura, che quella cd. *ius scholae*, approdata senza successo alla discussione parlamentare nel giugno 2022, prevedevano infatti, accanto ai più tradizionali *ius sanguinis* e *ius soli*, modalità di acquisizione della cittadinanza che valorizzavano le relazioni costruite sul territorio attraverso la scuola. Se questo è sicuramente un pregio comune ad entrambe le proposte di riforma, molti dei rilievi critici hanno sottolineato il rischio di un'impostazione meritocratica della cittadinanza che va a detrimento, ancora una volta, dei soggetti più fragili e svantaggiati. Entrambe le proposte condizionavano, inoltre, l'acquisizione della cittadinanza da parte dei figli nati o cresciuti in Italia sia alla regolarità del soggiorno dei genitori sia alla loro dichiarazione di volontà, riproponendo un modello familistico della cittadinanza di cui si sono già sottolineati i limiti.

Se alcuni rilievi critici sulle proposte di legge che sono state discusse di recente sono necessari, è però doveroso posizionarsi rispetto all'urgenza di una riforma della legislazione attualmente in vigore. Non riconoscere la profonda discriminazione che comporta il mancato accesso alla cittadinanza significa non comprendere il senso della cittadinanza come istituzione che non agisce solo sul presente, ma disegna la società a venire. Da questo punto di vista, la cittadinanza ha un interesse prioritario per la critica femminista, poiché investe direttamente i processi di riproduzione della società e delle relazioni che la sostengono. Proprio come la famiglia, alla quale inesorabilmente si lega per diritto di sangue, la cittadinanza è infatti una di quelle istituzioni attraverso le quali la società riproduce le proprie relazioni, di uguaglianza e partecipazione, così come di dominio, oppressione e sfruttamento[18]. Se il genere è dunque una lente indispensabile all'analisi della cittadinanza, altrettanto lo sono le categorie di "razza" e di "classe" che

16. E.T. Achiume, *Migration as Decolonization*, in *Stanford Law Review*, vol. 71, giugno 2019, p. 1567.

17. *Ibid.*

18. Il dibattito sulla centralità della categoria di riproduzione sociale per il femminismo è molto ampio, per un'introduzione recente al tema, vds. T. Bhattacharya (a cura di), *Social Reproduction Theory: Remapping Class, Recentering Oppression*, Pluto Press, Londra, 2017; per una discussione su riproduzione sociale, migrazioni e diritto si rimanda a E. Rigo, *La straniera*, *op. cit.*

fanno da complemento all'intersezionalità[19]. Sarebbe, certo, miope non vedere nella centralità riservata alla famiglia nelle procedure di accesso alla cittadinanza un meccanismo che non solo conferisce priorità alle relazioni parentali rispetto all'individuo ma che, allo stesso tempo, stabilisce un vincolo di condizione sociale difficile da sciogliere (e da scalare).

Nonostante il loro carattere apertamente moderato, le proposte di legge di riforma della cittadinanza, presentate sotto le etichette di *ius culturae* e *ius scholae*, sono state affossate da una retorica reazionaria, che nega priorità politica al tema sminuendo il portato discriminatorio della cittadinanza. Non a caso, si tratta di una strategia che si ritrova anche nel discorso sulla disuguaglianza di genere, troppo spesso declassata da problema strutturale a questione di buona o cattiva volontà, di merito o demerito individuale. Prendere l'una o l'altra parte rispetto alla riforma della legge sulla cittadinanza significa, pertanto, posizionarsi criticamente anche rispetto al portato discriminatorio che questa porta con sé. Nemmeno tra i giuristi il tema dell'accesso alla cittadinanza per le generazioni figlie delle migrazioni appare, a ben guardare, prioritario, per esempio quando lo si confronti con l'attenzione ricevuta da altre tematiche come quella della cittadinanza europea. D'altro canto, in Italia, è difficile che a insegnare diritto nelle aule universitarie si incontrino giuristi e giuriste la cui provenienza rivela percorsi migratori personali o delle famiglie di origine. La domanda da porsi è se questo stato di cose rifletta una società ancora in divenire o restituisca, piuttosto, la fotografia di una discriminazione che si perpetua anche in ragione del mancato accesso alla cittadinanza.

19. La necessità di leggere le discriminazioni secondo un approccio intersezionale di genere, razza e classe è stata sostenuta negli studi giuridici da K. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *University of Chicago Legal Forum*, n. 1/1989, pp. 139-167.

Gli autori

Ilaria Boiano, avvocata, assegnista di ricerca dell'Università di Roma Tre

Elisabetta Canevini, giudice del Tribunale di Milano

Paola Di Nicola Travaglini, consigliera della Corte di cassazione

Massimiliano Dova, ricercatore di diritto penale, Università di Milano-Bicocca

Fabrizio Filice, giudice del Tribunale di Milano

Marta Giaconi, avvocata, ricercatrice dell'Università di Milano-Bicocca

Luciana Goisis, associata di Diritto penale, Università di Sassari

Maria Monteleone, magistrata già procuratrice aggiunta della Procura di Roma

Claudia Pecorella, ordinaria di Diritto penale, Università di Milano-Bicocca

Iolanda Poma, ordinaria di Filosofia morale, Università del Piemonte Orientale

Susanna Pozzolo, ordinaria di Filosofia del diritto, Università di Brescia

Enrica Rigo, associata di Filosofia del diritto, Università di Roma Tre

Elisabetta Tarquini, magistrata, consigliera della Corte d'appello di Firenze

Giacomo Viggiani, ricercatore di Filosofia del diritto, Università di Brescia

Eleonora Volta, dottoranda dell'Università Vita-Salute San Raffaele di Milano