

# GenIUS

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

GIUSEPPE MARIA PALMIERI

La politica criminale in materia di  
“violenza di genere”: le mimose del legislatore

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

*online first*  
*24 luglio 2023*

## La politica criminale in materia di “violenza di genere”: le mimose del legislatore

### Sommario

1. La politica criminale a tutela delle donne: le mimose del legislatore? – 2. Precetti indeterminati e continui “giri di vite”. L’evoluzione di una disciplina ineffettiva. – 3. La l. n. 69 del 2019. Il “codice rosso” e i dubbi sulla indispensabilità della nuova fattispecie di “*revenge porn*”. – 3.1 Alcune altre novità introdotte dalla riforma del 2019. Inconsapevolezza o mancanza di volontà? – 4. Il problema è socio-culturale. Ipotesi applicative di vittimizzazione secondaria e stigmatizzazione della condotta di vita della donna: il ritorno all’attenuante per causa d’onore. – 5. Fluidità del concetto di “genere” e necessaria amoralità del diritto penale. Per una efficace tutela di tutte le persone.

### Abstract

La politica criminale in materia di violenza di genere presenta le note caratteristiche della legislazione penale simbolica dell’emergenza. Il lavoro passa in rassegna l’evoluzione della disciplina del settore, ponendo in evidenza le caratteristiche comuni che accompagnano i molteplici interventi normativi che si sono susseguiti nel tempo. Le più note criticità sono connesse con le esigenze di determinatezza, offensività, ragionevolezza e funzione della pena in termini di prevenzione positiva. Inoltre, gli interventi penali in materia, sovente, contengono la clausola di invarianza finanziaria, che preclude qualsivoglia azione che imponga gravami economici per la finanza pubblica. Pur in presenza di un poderoso arsenale sanzionatorio, apparentemente rivolto alla tutela delle donne, i dati statistici relativi alla ricorrenza sociale del fenomeno non diminuiscono, e le motivazioni di alcune recenti decisioni giurisprudenziali ripropongono surrettiziamente arcaici, e si sperava superati, istituti improntati ad una cultura maschilista e paternalistica. Alla luce della ineffettività della disciplina ci si interroga, anche, sulla adeguatezza del concetto di “genere” a rappresentare un determinato oggetto di tutela penale, per via della fluidità della relativa definizione. Il problema della discriminazione è socio-culturale. Nell’ottica di un ampio intervento che coinvolga i differenti settori dell’esperienza sociale, politica e del diritto, lo strumento penale dovrebbe essere utilizzato in maniera sussidiaria, osservante dei fondamentali valori sanciti in Costituzione, e rivolto, in maniera eguale ed effettiva, alla tutela di tutte le persone.

*The criminal policy on gender-based violence presents the well-known characteristics of the symbolic law of the emergency. The work reviews the evolution of the discipline of the sector, highlighting the characteristics of the community that accompany it and the multiple regulatory interventions that*

---

\* Ricercatore di diritto penale Università di Napoli, Federico II. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

have followed over time. The best known critical issues are connected with the need for determination, offensiveness, reasonableness and function of the sanctions in terms of positive prevention. Furthermore, the criminal interventions on the matter often contain the financial invariance clause, which precludes any action that imposes economic taxes on public accounts. However, in the presence of a powerful sanctioning arsenal, apparently committed to the protection of women, and the statistical data relating to the non-decreasing social well-being of the phenomenon, and the motivation of some recent jurisprudential decisions are surreptitiously archaic, and if foreseeable outdated, consolidated imprints of a male-dominated and paternalistic culture. In the light of the ineffectiveness of the discipline, questions have also been raised about the adequacy of the concept of "gender" to represent a certain object of criminal protection, due to the fluidity of the relative definition. The problem of discrimination is socio-cultural. In the light of a broad intervention involving different sets of social, political and juridical experiences, the penal instrument will be used in a subsidiary manner, in observance of the fundamental values enshrined in the Constitution, and addressed, in an equal and effective manner, to all the protection of all people.

## 1. La politica criminale a tutela delle donne: le mimose del legislatore?

Il tema della violenza di genere ha ad oggetto un diffuso fenomeno di discriminazione, perpetrato dagli esponenti di una subcultura maschilista<sup>1</sup>, nei confronti di persone che, per via di arcaici pregiudizi paternalistici, vengono identificate come appartenenti ad un "genere" più debole, e può presentarsi sotto molteplici forme<sup>2</sup>.

In presenza di continui sviluppi del settore, di natura sociale, legislativa, interpretativa, l'argomento risulta costantemente attuale, ed il giurista penalista è tenuto sempre desto.

L'impostazione culturale di discriminazione nei confronti della donna trova espressione in un consolidato orientamento politico-legislativo che informa il nostro sistema penale non da oggi, e che è stato oggetto di una, se non altro apparente, evoluzione.

Fino a pochi lustri fa era diffusa l'interpretazione dell'art. 51 c.p. – esercizio del diritto – in un'ottica di riconoscimento della scriminante dello *ius corrigendi* a favore del marito che realizzava percosse o lesioni nei confronti della moglie; fino al 1981, era presente all'interno del nostro ordinamento l'art. 544 c.p., in applicazione del quale, il cosiddetto matrimonio riparatore operava come causa di estinzione del reato, con riferimento ai delitti contro la libertà sessuale e alla corruzione di minorenni;

fino alla stessa data, vigeva l'art. 587 c.p., che prevedeva un'ipotesi attenuante (cosiddetta per causa d'onore) relativa ai delitti di omicidio e lesioni perpetrati nei confronti di coniuge, figlia, sorella,

<sup>1</sup> Per tutti, V. Beechey, *On patriarchy*, in *Feminist rev.*, 3, 1979, p. 66 ss.; G. Lerner, *The creation of patriarchy. Women and history*, V, 1986; A. Gramsci, *Quaderni dal carcere*, a cura di V. Gerratana, Torino 1975.

<sup>2</sup> Al riguardo, v., *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, Istanbul 2011, (ratificata in Italia con l. n. 77/2013), in *Gazz. Uff.*, n. 153 del 2.7.2013, che, all'art. 3 prevede che «con l'espressione "violenza nei confronti delle donne basate sul genere" 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, economica, (...) o che colpisca le donne in modo sproporzionato» per una efficace sintesi del testo della Convenzione, v. 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, p. 1 ss.

qualora il fatto fosse realizzato "nell'atto in cui l'autore ne scopra la illegittima relazione carnale e nello stato d'ira determinato dall'offesa arrecata all'onore suo o della famiglia". Tali sentimenti riaffiorano nel noto triste, recente, caso di cronaca in cui il padre della ragazza di nome Saman, nel confessare l'omicidio della figlia, dichiara di averla uccisa "perché non poteva far sporcare l'onore della loro famiglia".

Fino al 1996, il reato di violenza carnale era inserito tra i delitti contro la moralità pubblica e il buon costume, e soltanto successivamente trasposto tra i delitti contro la persona.

Nel 1968, la Corte costituzionale ha dovuto dichiarare la illegittimità della norma *ex art. 559 c.p.*, che prevedeva la punibilità dell'adulterio, ma soltanto se commesso da parte della moglie<sup>3</sup>.

A fronte di questo quadro normativo, si è assistito ad un mutamento di tendenza che, tuttavia, rischia di rivelarsi soltanto apparente.

Nonostante una fervida produzione legislativa nel settore, già soltanto da alcuni recenti dati, emerge un approccio culturale caratterizzato da proclamati interessi di tutela delle donne, ma da risultati non coerenti con le aspettative<sup>4</sup>.

In Italia, ad esempio, il sistema elettorale, con riferimento alle cosiddette quote rosa, prevede, per la presentazione delle liste dei partiti, una percentuale minima di persone di sesso femminile decisa dalla legge<sup>5</sup>, ed un'altra ulteriore, volontaria, decisa dai partiti; eppure, all'esito delle ultime elezioni politiche (2022) si è formato un parlamento in cui non è mai stata numericamente inferiore la presenza di persone di sesso femminile. Un sistema che formalmente presenta strumenti di garanzia e uguaglianza, ma che agevolmente riesce ad essere eluso mediante le scelte operate da chi predispone concretamente l'ordine e la collocazione dei candidati all'interno delle liste<sup>6</sup>.

Anche la politica criminale del settore non è esente da criticità; in maniera oramai costante, infatti, si caratterizza per interventi di natura emergenziale<sup>7</sup> che, sovente, assumono un ruolo meramente propagandistico e di facciata<sup>8</sup>.

Nonostante il noto arsenale sanzionatorio disposto dalla disciplina penalistica del settore, è recente la notizia secondo cui, più di un terzo degli omicidi volontari commessi tra il 2019 e il 2021 è sta-

<sup>3</sup> Corte costituzionale, sentenza 19 dicembre 1968, n. 126 in *Gazz. uff.*, n. 328 del 1968, e sentenza del 3 dicembre 1969, n. 147, in *Gazz. uff.*, n. 311 del 1969.

<sup>4</sup> F. Filice, *Femminicidi di Bologna e Genova: perché quelle sentenze potrebbero sbagliare*, in *Quest. giust.*, 15.04.2019, p. 1 ss., 2, evidenza come «in assenza di importanti correttivi in termini di *pari opportunità*, le donne, mantenendo il primato nell'adempimento dei compiti legata alla gestione domestica e alla cura dei figli, continueranno ad avere minori possibilità di carriera dei colleghi maschi».

<sup>5</sup> V., art. 18 *bis* c.p. d.P.R., n. 361 del 1957, Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati, in *Gazz. uff.*, suppl. ord., n. 139 del 1967; l. n. 165 del 2017, Modifiche al sistema di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, in *Gazz. uff.*, n. 264 del 2017.

<sup>6</sup> V., l. 165 del 2017, Modifiche al sistema di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, in *Gazz. uff.* n. 264 del 2017.

<sup>7</sup> Per tutti, sul "diritto penale dell'emergenza", si veda, S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 2000, p. 1 ss.

<sup>8</sup> Senza pretese di esaustività, sull'uso simbolico del diritto penale, A. Baratta, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di G. Tarello, II, Saggi teorico-giuridici*, Milano 1990, p. 36 ss.; G. Fiandaca, *Il diritto penale piegato al consenso*, in *Il Mattino*, 22 maggio 2015, 1 ss.; W. Hassemer, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsguterschutz*, in *NStZ*, 1989, p. 553 ss.; S. Moccia, *Legalità e flessibilità dell'intervento penale*, in *Crit. dir.*, 2002, 3,4, p. 239 ss.; *Atti del dibattito AIPDP La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, con presentazione di L. Risicato, *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2016, *passim*; con specifico riferimento al tema che ci occupa, G.D. Caiazza, *Governo populista e legislazione penale: un primo bilancio*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 5, p. 589 ss.

to perpetrato nei confronti di persone di sesso femminile; circa centoquindici omicidi volontari su duecentosettanta, sono stati realizzati nei confronti di donne, quasi tutte vittime di violenza cosiddetta domestica<sup>9</sup>.

L'impostazione politico-legislativa, apparentemente rivolta a uguaglianza e parità, risulta, piuttosto, caratterizzata da interventi che appaiono non del tutto consapevoli, oppure non del tutto interessati<sup>10</sup>, in ordine alle modalità mediante cui perseguire le prefissate finalità.

Si assiste, infatti, alla elaborazione di norme penali che, predisponendo una tutela rafforzata e differenziata per determinate categorie di destinatari, rischiano, piuttosto, di rimarcarne, e conservarne, la relativa posizione di debolezza<sup>11</sup>.

Un orientamento istituzionale che sembra presentare un'analogia con il convenzionale omaggio della pianta di mimose in occasione della festa della donna: un apparente riguardo accompagnato da una costante mortificazione.

## 2. Precetti indeterminati e continui "giri di vite". L'evoluzione di una disciplina ineffettiva

La violenza di genere può presentarsi sotto differenti forme, tutte raccapriccianti, alcune più di altre. Purtroppo non sono isolati episodi di brutali sopraffazioni fisiche, fondate su riprovevoli pregiudizi, e rese possibili da rapporti di forza sperequati a favore dell'aggressore.

A fronte di tali situazioni, l'opinione pubblica, e di conseguenza molti politici, non mancano di invocare, per queste categorie di criminali, "tolleranza zero", interventi penali "esemplari", neutralizzazioni *sine die*<sup>12</sup>.

Tuttavia, in un sistema da Stato sociale di diritto, fondato sulle garanzie affermate in Costituzione<sup>13</sup>, qual è il nostro, il diritto penale è "*Magna Charta del delinquente*"<sup>14</sup>, anche di fronte alle manife-

<sup>9</sup> V., Ministero dell'interno, Analisi dati I semestre 2020-2021 – *Vite violate*, in [www.interno.gov.it](http://www.interno.gov.it).

<sup>10</sup> V., ad esempio, per tutte, la clausola di invarianza finanziaria, inserita all'art. 21 della l. n. 69 del 2019, recante, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere, in *Gazz. uff.*, n. 173 del 25.7.2019, che conferma che, sovente, "il diritto penale non passa per il mef".

<sup>11</sup> In tal senso, v., F. Filice, *Linguaggio giuridico e patriarcato. Perché il contrasto alla violenza di genere non sia utilizzato per affermare un diritto "maschile" a difendere le donne*, in *Giudicedonna.it*, 1/2019, p. 1 ss., 5 ss., 10 ss., che osserva come, «alla massimizzazione della violenza punitiva – innalzamento delle pene, creazione di nuove fattispecie – [potrebbe] corrisponde[re], la massimizzazione dello stereotipo di genere in base al quale (...) i maschi riaffermano la propria sovranità su un territorio anche tramite la difesa del corpo delle donne».

<sup>12</sup> Sull'inaccogliabilità della teoria penale della prevenzione generale negativa, fondata su regimi punitivi sproporzionati, per finalità di intimidazione-deterrenza, da realizzarsi mediante strumentalizzazione del singolo individuo, v. per tutti, S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, p. 83 ss.; con particolare riferimento al settore che ci occupa, in specie alla recente riforma di cui alla l. n. 69 del 2019, cit., sulla quale si veda, *infra*, par. 3, T. Padovani, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, in *Guida dir.*, 37, 7.7.19, p. 51 ss., 51, evidenza come «l'omaggio tributato con reiterato rigore alle virtù "salvifiche" della prevenzione generale negativa (e cioè puramente intimidativa), spinta fino al parossismo, è vano e vuoto».

<sup>13</sup> Per tutti, F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D. I.*, XIX, Torino 1973, 7 ss.; Id., *Legalità e crisi: l'art. 25 commi 2 e 3 della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.*, 1980, p. 179 ss.; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma 1989, pp. 199, p. 351, 353 ss.; A. Fiorella, *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano 1987, p. 770 ss.; S. Moccia, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1006

stazioni più deprecabili<sup>15</sup>.

Il diritto penale incide su beni fondamentali, il suo utilizzo non può prescindere dall'osservanza delle garanzie fondamentali. Tecniche legislative, dal carattere emergenziale, che non tengano in dovuto conto tali acquisizioni, su tutte, la finalità di integrazione sociale della pena<sup>16</sup>, risultano carenti anche sul piano della effettività<sup>17</sup>.

Mediante lo strumento penale non possono regolarsi fenomeni sociali, quanto piuttosto perseguire l'obiettivo di tutela di legittimi beni giuridici<sup>18</sup>. Tuttavia, l'evoluzione legislativa in materia si caratterizza per disorganicità, introduzione di norme *slogan*, non di rado problematiche sul piano della determinatezza, ragionevolezza/proporzione, funzione della pena<sup>19</sup>, nonché per un costante irrigidimento dei regimi sanzionatori relativi a norme già esistenti<sup>20</sup>.

ss.; Id., *Brevi note in tema di riserva di legge statale in materia penale e normativa regionale a tutela dell'ambiente*, in *Regioni*, 1990, p. 1519 ss.; Id., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., p. 1 ss.; Id., *Legalità e flessibilità dell'intervento penale* cit., 239 ss.; Id., *Sistema penale e principi costituzionali: Un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto. Relazione di sintesi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2018, p. 1720 ss.; F. Palazzo, *Principio di legalità e giustizia penale*, in Aa.Vv., *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere - C. Longobardo - V. Masarone - F. Schiaffo - A. Sessa, Napoli 2017, p. 475 ss.; D. Pulitanò, *Principio di legalità ed interpretazione della legge penale*, in Aa.Vv., *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. Cocco, Padova 2005, p. 27 ss.

14 F. Von Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, II, 1905, p. 80.

15 Sulla «amoralità del diritto penale, [che] sembra talora il prezzo da pagare perché sia preservata la sua laicità», v., M. Donini, *Danno e offesa nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici. A margine della categoria dell'offense di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1546 ss., 1562.

16 Per tutti, S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 83 ss.

17 Sul "binomio garanzia-effettività", ossia, necessaria osservanza delle garanzie sancite in Costituzione, per il perseguimento di maggiori *chance* di effettività del sistema nella tutela di beni, v., S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., p. 1 ss.

18 Per tutti, F. Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., p. 7 ss.; F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 161 ss.; W. Hassemer, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in Aa.Vv., *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufman zum 65. Geburtstag*, a cura di L. Phillips-H. Scholler, Heidelberg, 1989, p. 85 ss.; S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 130 ss.; Id., *Sistema penale e principi costituzionali, un binomio inscindibile per lo Stato sociale di diritto*, cit., p. 1742; D. Pulitanò, *La teoria del bene giuridico tra codice e Costituzione*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 117 ss.; A. Cavaliere, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in Aa.Vv., *Costituzione. Diritto e processo penale*, a cura di G. Giostra-G. Insolera, Milano 1998, pp. 133 ss., 150.

19 Sulla necessaria interazione tra i principi penalistici sanciti in Costituzione, ai fini della elaborazione di un sistema effettivo in ordine alla tutela dei beni giuridici, orientato alla funzione penale della integrazione sociale, v., S. Moccia, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, cit., 1006 ss.; più recente, S. Moccia, *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo Stato sociale di diritto*, cit., p. 1720 ss.

20 Proprio con riferimento al più recente intervento legislativo in materia, ossia la l. n. 69 del 2019, cit., T. Padovani, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., 51, osserva come «i giri di vite sanzionatori non incrementano di per sé, né punto né poco, la tutela di alcuna vittima: sono destinati a lasciare le cose esattamente come le hanno trovate»; più in generale, D. Pulitanò, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2019, p. 235 ss., (235), ove l'Autore afferma: «Passione del punire, è il messaggio trasmesso dalla maggioranza di governo in questa XVIII legislatura», e continua osservando che, (246), «al legislatore che fa leva sulle minacce di pena, giocando al rialzo, va chiesto che cosa prevede di ottenere»; ed ancora, (247) «le pene inflitte e da eseguire seguono all'inosservanza della legge, a un non funzionamento della tutela. Segnalano problemi non risolti»; di poco precedenti le riflessioni di, C. D. Leotta, *Femminicidio* (Voce), in *Dig. disc. pen.*, 2014, VIII, 1 ss., secondo cui, «lo strumento di repressione penale (...) non potrà in alcun modo assurgere, neanche lontanamente, a misura, ai sensi dell'art. 12, par. 1 della Convenzione di Istanbul, finalizzata a promuovere i cambia-

Sono note, ad esempio, le difficoltà interpretative derivanti dalla ampia formula "atti sessuali"<sup>21</sup>, introdotta nel 1996 nella nuova fattispecie di violenza sessuale. Infatti, nonostante la più adeguata collocazione codicistica rispetto al precedente reato di «violenza carnale»<sup>22</sup>, la nuova legge, in quanto tipica "legge manifesto", è stata considerata fin da subito un "passo indietro" rispetto alla situazione precedente, un *boomerang*, una riforma che non poteva che considerarsi fallimentare<sup>23</sup>.

La giurisprudenza si è dovuta prodigare in acrobazie interpretative, nel tentativo di fornire un significato quanto più univoco e coerente della locuzione "atti sessuali".

Sono note le ampie oscillazioni che, nel tempo, hanno conferito a tale formula i più differenti significati: dalle interpretazioni più ristrette, riferite a condotte che consistano «quantomeno in tocamenti di parti del corpo altrui, suscettibili di essere – nella normalità dei casi – oggetto dei prodromi, diretti al conseguimento della piena eccitazione e dell'orgasmo»<sup>24</sup>, a quelle interpretazioni secondo cui

menti nei comportamenti socio-culturali delle donne e degli uomini, al fine di eliminare pregiudizi, costumi, tradizioni e qualsiasi altra pratica basata sull'idea di inferiorità della donna o su modelli stereotipati dei ruoli delle donne e degli uomini»; per un quadro d'insieme sull'evoluzione della disciplina si veda il recente contributo di B. Romano, *La violenza sessuale di genere*, in *Riv. it. med. leg.*, 2021, p. 1041 ss.

- 21 V., G. Balbi, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, in *Sist. pen.*, 03.03.2020, p. 1 ss.; A. Cadoppi, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, Padova 1996, p. 86 ss.; A. Colli, *La tutela della persona nella recente legge sulla violenza sessuale all'epilogo di un travagliato cammino legislativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, IV, 1997, p. 1163 ss.; G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, Bologna 2013, pp. 237 ss., 241-242; V. Musacchio, *Le nuove norme contro la violenza sessuale: un'opinione sull'argomento*, in *Giust. pen.*, 1996, 2, p. 118 ss.; L. Picotti, *Il delitto sessuale da sfogo "non autorizzato" della libidine a "rapporto interpersonale" illecito. Spunti di riflessione sull'evoluzione e la riforma dei reati sessuali*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, Padova 1996, p. 419 ss.; E. Silingardi, *La nozione di "atti sessuali" con riferimento alle norme contro la violenza sessuale*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, fasc. 4/5, 1999, p. 1077 ss.
- 22 Com'è noto, con l. n. 66/1996, *Norme contro la violenza sessuale*, in *Gazz. uff.*, n. 42 del 20.2.1996, è stato abrogato il reato di «violenza carnale», previsto dall'art. 519 c.p., collocato nell'ambito dei «delitti contro la moralità pubblica e il buon costume», ed è stato introdotto il nuovo reato di «violenza sessuale», ex art. 609 bis c.p., nell'ambito dei «delitti contro la persona»; sul tema, v., G. Balbi, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, cit., 1, sia pur nell'apprezzamento della collocazione nell'ambito dei delitti contro la persona, evidenzia la criticità connessa con la «ulteriore collocazione nella sezione intitolata ai delitti contro la libertà personale», e valuta la eventuale opportunità della introduzione di un nuovo Capo o una sezione denominati «Delitti contro la personalità sessuale»; ancora, Id., *Violenza sessuale (voce)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma 1998, p. 1 ss.; Id., *Violenza e abuso sessuale*, in *Aa.Vv.*, a cura di D. Pulitanò, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Torino 2019, p. 281 ss.; G. Ambrosini, *Violenza sessuale*, in *Dig. disc. pen.*, 1999, 1 ss.; A. Cadoppi, *Riflessioni critiche intorno alla nuova legge sulla violenza sessuale*, in *Crit. dir.*, 1996, p. 127 ss.; G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, cit., p. 237 ss.; L. Goisis, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici*, in *Dir. pen. cont.*, 31 ottobre 2012, 1 ss.; B. Romano, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano 2002, p. 6 ss.
- 23 G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, cit., pp. 241-242; sulle relative difficoltà applicative, v., C. Longobardo, *Brevi note in margine a due recenti sentenze in tema di violenza carnale e sulla rilevanza della violenza morale (sent. n. 1636/99 e n. 13070/99)*, in *Crit. dir.*, 1999, 4, p. 563 ss.; sul tema, G. Balbi, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, cit., p. 1 ss., 1, nell'ambito di una prospettiva di riforma improntata a determinatezza/proporzione/ragionevolezza/parità di trattamento, evidenzia «le difficoltà incontrate dalla prassi nell'applicazione della normativa, non di rado tradottesi in soluzioni problematicamente compatibili con il rispetto della tassatività».
- 24 Corte di cassazione, Sez. III pen., sentenza del 11 novembre 1996, n. 3800 in *Ind. pen.*, 1998, 199 ss.; in senso conforme, più recente, con riferimento alla cosiddetta "mano morta", v., Corte di cassazione, Sez. III pen., sentenza del 4 luglio 2000, n. 7772, in *Cass. pen.*, 2001, 2116 s.m.

andrebbero inclusi «tutti gli atti indirizzati verso zone erogene»<sup>25</sup>, con le conseguenti difficoltà di definizione e di parità di trattamento derivanti dal concetto di erogeno, ed ancora, soluzioni interpretative che determinano un macroscopico ampliamento della nozione di "atti sessuali", corrispondente a «qualsiasi atto che, anche se non esplicito attraverso il contatto fisico, sia finalizzato a porre in pericolo la libertà dell'individuo attraverso l'eccitazione o il soddisfacimento dell'istinto sessuale dell'agente»<sup>26</sup>, dunque, eventualmente, anche soltanto la mera "vista di una certa parte del corpo".

Una norma indeterminata, che si presta a profondo arbitrio da parte dell'interprete, può prestare il proprio uso a disparità di trattamento che, piuttosto che perseguire finalità di prevenzione positiva, rischiano di risultare funzionali alla realizzazione di un effetto criminogeno<sup>27</sup>.

Neanche la cosiddetta fattispecie di *stalking*, introdotta con decreto legge nel 2009<sup>28</sup>, sembra esente da criticità.

Il riferimento è alle difficoltà probatorie in ordine ad elementi costitutivi della fattispecie, derivanti da profili di indeterminatezza del precetto<sup>29</sup>, nonché alla irragionevolezza di alcune ipotesi aggravanti ivi previste<sup>30</sup>.

Al di là di ulteriori incertezze descrittive, determinano disagi applicativi tutti e tre i tipi di evento che, alternativamente tra di loro, danno vita alla configurazione della fattispecie: il «perdurante e grave stato di ansia o di paura», il «fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto, oppure di persona al medesimo legata da relazione affettiva», l'«alterazione delle (...) abitudini di vita» della vittima del reato. Eppure, già Feuerbach ci insegnava che non dovrebbe costituire oggetto di tutela penale ciò che non può essere materialmente provato in un'aula di tribunale<sup>31</sup>.

Inoltre, profili di irragionevolezza sorgono dall'ipotesi aggravante fondata sulla "relazione affettiva", presente o passata, tra l'autore e la vittima. Ai fini della definizione dell'offesa, infatti, non è la condotta di vita dell'agente, la "colpa d'autore"<sup>32</sup>, a dover essere considerata, quanto piuttosto

25 Corte di cassazione, Sez. III pen., sentenza del 27 aprile 1998, n. 6651, in *Foro it.*, 1998, II, 505, con nota di G. Fiandaca.

26 Corte di cassazione, Sez. III pen., sentenza del 15 novembre 1996, n. 1040, in *Giust. pen.*, 1998, II, 25; al riguardo, si veda, E. Silingardi, *La nozione di atti sessuali con riferimento alle norme contro la violenza sessuale*, cit., p. 1084.

27 Per tutti, S. Moccia, *Legalità e flessibilità dell'intervento penale*, cit., p. 239 ss.

28 La fattispecie è stata introdotta con d.l. n. 11 del 2009, conv. in l. n. 38 del 2009 in *Gazz. uff.*, n. 95 del 24.04.2009, in anticipo rispetto all'art. 34 della Convenzione di Istanbul del 2011, in cui è previsto che «le parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per penalizzare un comportamento intenzionale mirante a compromettere seriamente l'integrità psicologica di una persona con la persecuzione o le minacce», e sottoposto ad aumento sanzionatorio nel 2013 mediante l'art. 1 bis co.1 d.l. n. 78/2013, in *Gazz. uff.* n. 153 del 2 luglio 2013, conv. in l. n. 94/2013, in *Gazz. uff.* n. 193 del 19.8.2013.

29 V., G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, cit., p. 224 ss., 226, secondo cui «è lecito dubitare che il legislatore italiano del 2009 sia riuscito a conseguire l'obiettivo di una piena compatibilità tra il nuovo reato di atti persecutori e quell'esigenza di sufficiente determinatezza che per vincolo costituzionale dovrebbe connotare la legislazione in materia penale. (...) la descrizione legislativa delle condotte tipizzate nell'art. 612 bis presenta diverse zone di indeterminatezza»; sul tema, v. anche, G. Losappio, *Vincoli di realtà e vizi del tipo nel nuovo delitto di atti persecutori "stalking the stalking"*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 7, p. 869 ss.; A. M. Maugeri, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino 2010, *passim*, p. 148 ss.; A. Valsecchi, *In tema di stalking*, in *Dir. pen. cont.*, 15.12.2010, 1 ss.; Id., *Il delitto di "atti persecutori"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 3, 2009, 1377 ss.; A. Alberico, *La reiterazione delle condotte nel delitto di atti persecutori*, in *Dir. pen. cont.*, 18.5.2011, p. 1 ss.

30 V., G. Fiandaca-E.Musco, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, cit., p. 224 ss.; F. Macrì, *Modifiche alla disciplina delle circostanze aggravanti dell'omicidio e del nuovo delitto di "Atti persecutori"*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 819 ss.

31 J.A. von Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, I Teil, Erfurt 1799, p. 12 ss.

32 Sul tema della incriminazione della condotta di vita, della "colpa d'autore", in violazione della necessaria adeguata consi-

l'intensità dell'offesa al bene.

Analoghe considerazioni, che confermano la portata simbolica della norma di "atti persecutori", possono rivolgersi all'aggravante fondata sulla natura informatica o telematica dello strumento mediante cui viene arrecata l'offesa; per quanto probabilmente meno frequente, un'offesa arrecata di persona, verosimilmente, presenterà un grado di offensività più significativo, rispetto alla medesima offesa perpetrata mediante un mezzo di comunicazione a distanza.

Infine, il regime sanzionatorio della fattispecie in esame, il cui precetto risultava già connotato dalle citate criticità fin dalla sua originaria stesura, è stato sottoposto a continui "giri di vite" che, ad oggi, la rendono più grave delle lesioni volontarie e dell'omicidio colposo<sup>33</sup>.

I "giri di vite", applicati ad una norma già esistente, rappresentano la dimostrazione del fallimento della politica criminale adottata fino a quel momento, il fallimento proprio di quelle norme incriminatrici a cui l'inasprimento sanzionatorio viene applicato. Tali aumenti sanzionatori valgono esattamente quello che costano a chi si affanna a predisporli, ossia, niente; al contrario, piuttosto, rischiano di determinare aporie e sperequazioni sistematiche<sup>34</sup>.

Con riferimento al rapporto tra indeterminatezza del precetto e severità della pena, è sempre attuale l'insegnamento di Beccaria secondo cui «uno dei più grandi freni dei delitti non è la crudeltà delle pene, quanto piuttosto l'infalibilità di esse»<sup>35</sup>.

La politica criminale descritta fino ad ora viene confermata dall'intervento legislativo del 2013, diffusamente noto come "legge sul femminicidio"<sup>36</sup>.

A differenza di quanto derivante dal diffuso impatto mediatico<sup>37</sup>, con tale legge non è stata introdotta alcuna nuova fattispecie di "omicidio aggravato in quanto perpetrato ai danni di una donna", quanto, piuttosto, si è proceduto esclusivamente a irrigidimenti sanzionatori riferiti a norme già vigenti<sup>38</sup>.

Anche questa riforma appare coerente con la politica criminale, simbolica, che impronta il settore, e che, al di là della funzione di ansiolitico per la collettività<sup>39</sup>, non riesce a soddisfare le esigenze di tu-

derazione dell'offesa, e sulle sperequazioni sistematiche che possono derivarne, v., per tutti, S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 157 ss.

<sup>33</sup> Art. 9 co. 3 l. n. 69 del 2019, cit.

<sup>34</sup> T. Padovani, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., 51, sia pur con specifico riferimento alla riforma del 2019, più nota sotto il nome di codice rosso.

<sup>35</sup> C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), Milano 2003, a cura di A. Burgio, p. 78, che continua affermando che «la certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza dell'impunità».

<sup>36</sup> Per una diffusa trattazione della normativa in esame, anche fondata su dati statistici relativi al fenomeno che è chiamata a fronteggiare, v., per tutti, C. D. Leotta, *Femminicidio* (voce), cit., p. 1 ss.; Macrì F., *Le nuove norme penali sostanziali di contrasto al fenomeno della violenza di genere*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1, p. 11 ss.; per una trattazione critica sul tema, che ne evidenzia la natura simbolica, v. G. Viggiani, *Il femminicidio come reato. Prassi applicative e prospettive de jure condendo*, in questa *Rivista*, 2-2019, p. 130 ss.

<sup>37</sup> Per un apprezzamento della potenziale efficacia pedagogica della riforma, G. Pavich, *La nuova legge sulla violenza di genere*, in *Cass. pen.*, XII, 2013, p. 4314 ss.

<sup>38</sup> Per tutti, in questa sede, v., F. Macrì, *Le nuove norme penali sostanziali di contrasto al fenomeno della violenza di genere*, cit., p. 11 ss.

<sup>39</sup> V., G. Fiandaca, *Il diritto penale piegato al consenso*, cit., p. 1 ss.; con specifico riferimento alla politica criminale adottata in tema di, cosiddetto, femminicidio, D. Pulitanò, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, cit., p. 246.

tela per le quali è stata predisposta<sup>40</sup>.

### 3. La l. n. 69 del 2019. Il "codice rosso" e i dubbi sulla indispensabilità della nuova fattispecie di "revenge porn"

Nel descritto panorama normativo, si inserisce la recente riforma - l. n. 69 del 2019 -, «in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere»<sup>41</sup>, cosiddetta del "codice rosso", nota all'opinione pubblica anche sotto il nome di "revenge porn".

Mediante questo intervento, vengono inserite nel codice penale alcune nuove fattispecie, viene previsto l'inasprimento del regime sanzionatorio per alcuni reati già esistenti, tra cui, ad esempio, violenza sessuale e atti persecutori, nonché, sul piano procedurale, viene predisposta la creazione di un canale preferenziale, accelerato, per alcune specifiche fattispecie delittuose<sup>42</sup>.

Con riguardo agli aspetti sostanziali della riforma, sono sorte alcune perplessità in ordine alla effettiva irrinunciabilità delle nuove fattispecie, alle tecniche di redazione adottate, alla conseguente coerenza sistematica<sup>43</sup>.

La "norma simbolo" della riforma è rappresentata dalla "diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti", introdotta all'art. 612 *ter* c.p., ed erroneamente nota come "revenge porn"<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> Per una interessante analisi della disciplina, comprensiva di una indagine sui dati statistici del fenomeno, v. C. Pecorella, *Violenza di genere e sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 9, 2019, p. 1181 ss., 1182-1183; con specifico riferimento alla riforma in esame, D. Pulitanò, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, cit., 246, evidenzia come «l'inasprimento delle pene edittali è il tipo di risposta ricorrente lungo la storia delle riforme 'di parte speciale', dagli anni '70. (...) Chi 'dà i numeri' degli aumenti di pena li presenta come rafforzamento della tutela». (...) «Il messaggio populista funziona: inteso a coagulare consensi, è a ciò idoneo, ha una sua razionalità rispetto ai suoi scopi di *politique politicienne*».

<sup>41</sup> L. n. 69 del 2019, cit.

<sup>42</sup> Da qui la formula "codice rosso", per indicare alcune fattispecie a cui destinare, sul piano procedurale, un "trattamento urgente", accelerato, sul punto, v. A. Portalupi-F.Villasi, *Presente e futuro della violenza di genere. A che punto siamo dopo il codice rosso*, in *Dir. pen. uomo*, fasc. 4, 2020, p. 71 ss.; A. Valsecchi, "Codice rosso" e diritto penale sostanziale: le principali novità, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 2, p. 163 ss.; *Corte Suprema di Cassazione, Rel. n. 62/19, Relazione su novità normative, Legge 19 luglio 2019, n. 69, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, 27.10.2019, p. 1 ss., 4 ss.; per una analisi critica delle procedure preferenziali disposte per le fattispecie introdotte, v. L. Algeri, *Il cd. codice rosso: tempi rapidi per la tutela delle vittime della violenza domestica e di genere*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 10, p. 1363 ss.; D. Russo, *Emergenza "Codice Rosso". A proposito della legge 19 luglio 2019 n. 69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Sist. pen.*, 1/2020, 1 ss.; sulla natura retributiva dei discutibili aumenti sanzionatori, v. C. Pecorella, *Violenza di genere e sistema penale*, cit., p. 1184.

<sup>43</sup> C. Parodi, *Revenge porn: una risposta sanzionatoria adeguata?*, in *Ilpenalista.it*, 10.09.2019, p. 1 ss., 2, ed anche Id., *La tutela della persona nella realtà telematica: revenge porn e cyber*, in *magistraturaindipendente.it*, 2.2.2020, p. 1 ss., 2; e, M. Mattia, *Revenge porn e suicidio della vittima: il problema della divergenza tra voluto e realizzato rispetto all'imputazione oggettiva degli eventi psichici*, in *Legislaz. pen.*, 18.07.2019, 1 ss., sostengono l'utilità della introduzione del reato di cui all'art. 612 *ter* c.p., in un'ottica di funzione stigmatizzante della stessa; per un'analisi critica degli elencati, ampi, aspetti della riforma, v., F. Basile, *La tutela delle donne dalla violenza dell'uomo: dal codice Rocco al codice rosso*, in *Dir. pen. uomo*, 20.11.2019, p. 1 ss.; G.M. Calletti, *Revenge porn e tutela penale. Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2018, p. 63 ss., 82 ss.; T. Padovani, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., 51 ss.; A. Valsecchi, *Codice rosso e diritto penale sostanziale: le principali novità*, cit., p. 163 ss.

<sup>44</sup> V., N. Amore, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo cybercrime discipli-*

Nonostante quanto diffusamente considerato, la norma, a differenza di alcuni precedenti normativi di altri ordinamenti<sup>45</sup>, non incrimina una vera e propria ipotesi di *revenge porn*<sup>46</sup>, in quanto, per la sua configurabilità non è indispensabile che la "diffusione di immagini o video privati, a contenuto sessuale" si realizzi per vendetta, tramite internet, ad opera di un *ex partner* della vittima, ed al fine specifico di nuocerle o punirla.

L'art. 612 *ter* c.p. punisce «chiunque, dopo averli realizzati o sottratti, invia, consegna, cede, pubblica o diffonde immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati, senza il consenso delle persone rappresentate». La stessa pena è comminata per «chi, avendo ricevuto o comunque acquisito le immagini o i video di cui al primo comma, li invia, consegna, cede, pubblica o diffonde, senza il consenso delle persone rappresentate, al fine di recare loro nocumento». In analogia con la disciplina dello *stalking*, anche qui è prevista un'aggravante a effetto comune qualora «i fatti siano commessi dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è, o è stata, legata da relazione affettiva alla persona offesa, ovvero se i fatti sono commessi attraverso strumenti informatici o telematici»<sup>47</sup>. L'aggravante diviene a effetto speciale qualora «i fatti siano commessi in danno di per-

---

nato dall'art. 612 *ter* c.p., in *Legislaz. pen.*, 20.1.2020, p. 1 ss., 4 ss.; si consideri che, all'art. 40 della Convenzione di Istanbul del 2011, è previsto che «le parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per garantire che qualsiasi forma di comportamento indesiderato verbale, non verbale o fisico, di natura sessuale, con lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona, segnatamente quando tale comportamento crea un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo, sia sottoposto a sanzioni penali o ad altre sanzioni legali».

45 Nell'ordinamento inglese (Section 33 of the Criminal Justice and Courts Act 2015), il *revenge porn* è definito come «an offence for a person to disclose a private sexual photograph or film if the disclosure is made, without the consent of the individual who appears in the photograph or film, and with the intention of causing that individual distress»; ed anche le corrispondenti fattispecie previste nel codice penale di altri Stati, quali Maryland e California, risultano caratterizzate dalla necessità della specifica intenzione di causare nella vittima un "serious emotional distress": Code of Maryland, Section 809-3: è punito chi «disclose(s) a photograph, film, videotape, recording, or any other reproduction of the image of another person whose intimate parts are exposed or who is engaged in an act of sexual contact, without the consent of the other person and with the intent to cause serious emotional distress, intentionally cause(s) serious emotional distress to another by intentionally placing on the internet an identifiable a photograph, film, videotape, recording, or any other reproduction of the image of the other person that reveals the identity of the other person with his or her intimate parts exposed or while engaged in an act of sexual contact: - knowing that the other person did not consent to the placement of the image on the internet; - under circumstances in which the other person had a reasonable expectation that the image would be kept private»; Code of California, Section 647: è punito chi «intentionally distributes the image of the intimate body part or parts of another identifiable person, or an image of the person depicted engaged in an act of sexual intercourse, sodomy, oral copulation, sexual penetration, or an image of masturbation by the person depicted or in which the person depicted participates, under circumstances in which the persons agree or understand that the image shall remain private, the person distributing the image knows or should know that distribution of the image will cause serious emotional distress, and the person depicted suffers that distress. Who intentionally distributes an image described in subparagraph (A) when he or she personally distributes the image, or arranges, specifically requests, or intentionally causes another person to distribute that image».

46 Secondo [www.dictionary.cambridge.org](http://www.dictionary.cambridge.org), per *revenge porn* deve intendersi, «private sexual images or films showing a particular person that are put on the internet by a former partner of that person, as an attempt to punish or harm them».

47 Sul tema, C. Pecorella, *Violenza di genere e sistema penale*, cit., 1184; con riguardo all'aggravante della diffusione del mezzo telematico e sulla relativa potenzialità ad amplificare gli effetti di alcune condotte penalmente rilevanti, v. L. Picotti, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, in *Aa.Vv., Cybercrime*, Milano 2019, a cura di A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M. Papa, p. 35 ss.; Id., *Reati informatici*, in *Enc. Giur., agg.*, VIII, Roma 2000, p. 1 ss.; G. Pica, *Internet (Voce)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino 2004, p. 425 ss.; N. Amore, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo cybercrime disciplinato dall'art. 612 *ter* c.p.*, cit., p. 34.

sona in condizione di inferiorità fisica o psichica o in danno di una donna in stato di gravidanza».

Sul piano della tecnica di redazione, si confermano le criticità già descritte con riguardo a precedenti interventi nel settore, e derivanti soprattutto dall'uso di formule indeterminate e di una descrizione casistica delle condotte.

Oscillazioni interpretative sono inevitabili a fronte delle difficoltà di applicare in maniera uniforme concetti quali il «contenuto sessualmente esplicito» degli atti<sup>48</sup>, la relativa "destinazione a rimanere privati", la sussistenza di "un legame affettivo, presente o passato" tra l'autore e la vittima<sup>49</sup>.

Qualche dubbio sulla ragionevolezza della norma sorge anche dalla previsione del medesimo regime sanzionatorio a fronte di condotte che potenzialmente possono presentarsi dotate di differente intensità offensiva<sup>50</sup>; infatti, mentre le condotte di invio, consegna e cessione, possono essere destinate anche ad una sola persona, le condotte di pubblicazione e diffusione, per definizione, sono destinate ad una molteplicità più estesa, potenzialmente indeterminata, di soggetti<sup>51</sup>. Nonché, come già esposto in sede di art. 612 *bis* c.p., dall'aggravio di sanzione derivante dalla qualità dell'autore<sup>52</sup>.

Ulteriori perplessità sorgono in ordine alla indispensabilità della nuova fattispecie oppure, quantomeno, alla possibilità di un intervento più organico con riferimento ad altre fattispecie già presenti nell'ordinamento<sup>53</sup>.

Il bene giuridico dell'art. 612 *ter* c.p. è rappresentato dalla riservatezza<sup>54</sup>, ed a tal riguardo, non

48 A. Valsecchi, "Codice rosso" e diritto penale sostanziale: le principali novità, cit., p. 163 ss.; A. De Santis, *Codice rosso. Le modifiche al codice penale*, in *Studium Juris*, 1/2020, p. 1 ss., 5; C. Parodi, *La tutela della persona nella realtà telematica: revenge porn e cyber*, cit., p. 4-5; B. Romano, *L'introduzione dell'articolo 612 ter del codice penale in materia di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 10, l. 19 luglio 2019, n. 69)*, in *Aa.Vv., Codice Rosso. Commento alla l. 19 luglio 2019, n. 69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, a cura di Id. - A. Marandola, Pisa 2020, pp. 105 ss., 106, pur sulla scorta degli orientamenti interpretativi creatisi con riferimento alla simile formula contenuta nell'ultimo comma dell'art. 600 *ter* c.p., evidenzia come, «sarà la giurisprudenza a dovere ricostruire la nozione di "immagini o video a contenuto sessualmente esplicito"; la Corte Suprema di Cassazione, Rel. n. 62/19, Relazione su novità normative, *Legge 19 luglio 2019, n. 69, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, cit., p. 19, su «l'espressione semantica "immagini o video a contenuto sessualmente esplicito", [afferma che la stessa,] per la sua intrinseca genericità, risulta suscettibile di ingenerare difficoltà interpretative e, perciò, potenzialmente lesiva dei principi della riserva di legge e di tassatività cristallizzati all'art. 25 Cost.».

49 Per un articolato tentativo di fornire un preciso perimetro applicativo, v., N. Amore, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo cybercrime disciplinato dall'art. 612 ter c.p.*, cit., p. 21 ss.; critico, sulle difficoltà interpretative della norma, B. Romano, *L'introduzione dell'articolo 612-ter del codice penale in materia di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 10, l. 19 luglio 2019, n. 69)*, cit., pp. 105 ss., 106.

50 N. Amore, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo cybercrime disciplinato dall'art. 612 ter c.p.*, cit., p. 27 ss.

51 V. M. Mattia, *Revenge porn e suicidio della vittima: il problema della divergenza tra voluto e realizzato rispetto all'imputazione oggettiva degli eventi psichici*, cit., p. 13; B. Romano, *L'introduzione dell'articolo 612-ter del codice penale in materia di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 10, l. 19 luglio 2019, n. 69)*, cit., p. 106; A. Valsecchi, "Codice rosso" e diritto penale sostanziale: le principali novità, cit., p. 163 ss.

52 Sul tema, C. Pecorella, *Violenza di genere e sistema penale*, cit., 1184, evidenzia come «non [sia] del tutto chiaro perché la violenza nel rapporto di coppia debba essere punita più severamente indipendentemente da chi ne sia l'autore e da chi ne sia la vittima».

53 V., B. Romano, *L'introduzione dell'articolo 612-ter del codice penale in materia di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 10, l. 19 luglio 2019, n. 69)*, cit., p. 105 ss.; S. Orlando, *La tutela penale della privacy nel cyberspazio*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2/2019, p. 180 ss., 183 ss.

54 Cfr. B. Romano, *L'introduzione dell'articolo 612-ter del codice penale in materia di diffusione illecita di immagini o video sessual-*

mancono norme con cui sorgono difficoltà di sovrapposizione applicativa<sup>55</sup>.

Tra queste, precipuo interesse sorge dalla comparazione con l'art. 167 co. 2 del Codice della *privacy*<sup>56</sup>, che, disciplinante il «trattamento illecito dei dati personali», comprende anche le "attività di

*mente espliciti* (art. 10, l. 19 luglio 2019, n. 69), cit., p. 105 ss.; Corte Suprema di Cassazione, Rel n. 62/19, Relazione su novità normative, Legge 19 luglio 2019, n. 69, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere, cit., p. 19; T. Padovani, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., p. 51 ss., 54; C. Parodi, *La tutela della persona nella realtà telematica: revenge porn e cyber*, cit., p. 2; sul tema della tutela penale della riservatezza, si vedano, F. Bricola, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 1069 ss.; P. Patrono, *Privacy e vita privata*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986, 1 ss., 3; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 1979, p. 40 ss.; G. Vassalli, *Libertà di stampa e tutela penale dell'onore*, in *Arch. pen.*, 1967, p. 24 ss.; sulla definizione del concetto di libertà morale, quale bene giuridico di categoria oggetto di tutela delle fattispecie previste dagli artt. 610 ss. c.p., sia pur in tempi antecedenti alla riforma in esame, v. E. Mezzetti, *Violenza privata e minaccia*, in *Dig. disc. pen.*, XV, Torino, 1999, p. 267 ss.; per E. Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano 1974, p. 204 ss., il concetto di riservatezza presenta caratteristiche di eccessiva indeterminatezza per assurgere a legittimo bene giuridico; al riguardo, S. Fiore, *Riservatezza (diritto alla)*, in *Enc. giur. Treccani XXVII*, 1998, pp. 1 ss., 3, 4, evidenzia la necessità di «determinare legislativamente la natura delle informazioni personali che, per il loro particolare contenuto, devono godere di una maggiore tutela»; per una attenta e critica disamina delle differenti posizioni in ordine alla configurabilità o meno del legittimo bene giuridico della riservatezza, v., T. Vitarelli, *Vita privata nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, XV, Torino 1999, pp. 1 ss.; sul tema, si veda, F. Mucciarelli, *Informatica e tutela penale della riservatezza*, in *Aa.Vv.*, *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, a cura di L. Picotti, Padova 2004, p. 173 ss.; S. Niger, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova 2006, p. 43 ss.; sul bene giuridico della riservatezza, come oggettività giuridica di riferimento del delitto di trattamento illecito di dati (personali), P. Troncone, *La tutela penale della riservatezza e dei dati personali*, Napoli 2020, pp. 106 ss., p. 139 ss.; sulla tutela della riservatezza nel cyberspace, L. Picotti, *Reati informatici, riservatezza, identità digitale*, in *www.aipdp.it*, 2004, 1 ss., 4 ss.; fondamentale, per tutti, S. Rodotà, *Tecnologia e diritti*, Bologna 1995, p. 19 ss.; Id., *Progresso tecnico e problemi istituzionali nella gestione delle informazioni*, in *Aa.Vv.*, *Privacy e banche dati*, a cura di N. Matteucci, Bologna 1981, p. 30 ss.; sul concetto di riservatezza, come derivazione ed ampliamento del *right to be let alone*, S.D. Warren – L.D. Brandeis, *The Right to Privacy*, in *Harvard law rev.*, 4, n. 5., 1890, 193 ss.; nel nostro ordinamento, i primi riconoscimenti dell'esigenza di riconoscere il «diritto alla riservatezza», si devono a, A. Ravà, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 1938, p. 174 ss.; P. Rescigno, *Il diritto ad essere lasciati soli*, in *Synteieia per Vincenzo Arangio-Ruiz*, I, Napoli 1964, p. 98 ss.

<sup>55</sup> Sui rapporti con il reato di diffamazione, A. De Santis, *Codice rosso. Le modifiche al codice penale*, cit., p. 4, G. Adamo, *L'inquadramento normativo del Revenge porn: un illecito plurioffensivo*, in *Diritto.it*, 21.1.2020, 1 ss., 9 ss.; F. Basile, *La tutela delle donne dalla violenza dell'uomo: dal codice Rocco al codice Rosso*, cit., p. 10 ss.; G.M. Caletti, *Revenge porn e tutela penale. Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane*, cit., p. 83 ss.; M. Mattia, *Revenge porn e suicidio della vittima: il problema della divergenza tra voluto e realizzato rispetto all'imputazione oggettiva degli eventi psichici*, cit., 10, 71; C. Parodi, *La tutela della persona nella realtà telematica: revenge porn e cyber*, cit., 3 ss.; A. Valsecchi, *"Codice rosso" e diritto penale sostanziale: le principali novità*, cit., p. 163 ss.163 ss.; per un'analisi critica della "diffamazione a mezzo internet", con una particolare attenzione al ruolo dell'offesa al bene, si veda C. Longobardo, *Il ruolo dell'evento nella diffamazione a mezzo internet*, in *Crit. dir.*, n. 3-4, 2000, 504 ss.; sui più articolati rapporti che possono presentarsi con il reato di «interferenze illecite nella vita privata», per tutti, P. Patrono, *Privacy e vita privata*, cit., p. 1 ss., 2, 13; T. Vitarelli, *Vita privata nel diritto penale*, cit., pp. 1 ss. 6 ss.; in merito alla relazione, che non può definirsi "semplice e lineare", tra la norma in esame e l'art. 617 septies c.p., «diffusione di riprese e registrazioni fraudolente», introdotto dal d.lgs. n. 216/2017, in *Gazz. uff.*, n. 8 del 11.1.2018, v., B. Romano, *L'introduzione dell'articolo 612-ter del codice penale in materia di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti* (art. 10, l. 19 luglio 2019, n. 69), cit., pp. 105 ss., 109.

<sup>56</sup> V., art. 167, d.lgs. 196/2003, in *Gazz. uff.*, n. 174/2003, coordinato con il d.lgs. n. 101/2018, di adeguamento al GPDR, in *Gazz. uff.* del 4.9.2018; sull'art. 167 cod. privacy, all'esito delle recenti riforme, V. Manes – F. Mazzacuva, *GDRP e nuove disposizioni penali del codice della privacy*, in *Dir. pen. proc.* 2019, p. 171 ss.; F. Resta, *I reati in materia di protezione dei dati personali*, in

raccolta, registrazione, utilizzo, comunicazione, diffusione<sup>57</sup>, di qualsiasi informazione, anche sessuale<sup>58</sup>, riguardante una persona<sup>59</sup>". Al di là della previsione del dolo specifico presente nella norma della disciplina speciale, sembra che la fattispecie oggettiva del reato di "diffusione illecita di materiale a contenuto sessualmente esplicito" possa rientrare integralmente nel perimetro applicativo dell'art. 167 co. 2 cod. *privacy*.

La portata simbolica dell'art. 612 *ter* c.p. trova conferma nella comparazione con il terzo comma dell'art. 600 *ter* c.p. in tema di pornografia minorile, laddove, qualora la condotta di "diffusione di materiale pornografico, con qualsiasi mezzo, anche telematico", abbia ad oggetto persone di minore età, all'art. 600 *ter* c.p., è prevista una pena più lieve<sup>60</sup>.

### 3.1. Alcune altre novità introdotte dalla riforma del 2019. Inconsapevolezza o mancanza di volontà

Come anticipato, resta da interrogarsi in ordine alla necessità ed organicità sistematica, dunque effettività, delle nuove norme di cui alla riforma del 2019, laddove, ciascuna di esse sembra presentare i noti caratteri della legislazione dell'emergenza<sup>61</sup>.

Il nuovo art. 387 *bis* c.p. introduce una nuova fattispecie, in materia di violazione di misure cautelari, che sembra non aggiungere molto alla disciplina già vigente in materia. La nuova norma dispone la pena della reclusione da sei mesi a tre anni, nel caso di violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare, divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, nonché dell'ordine di allontanamento di urgenza dalla casa familiare.

Fino alla entrata in vigore di tale disposizione, per la violazione delle su indicate misure cautelari già erano disposti la sostituzione o il cumulo della misura con altra più grave, *ex artt.* 276 e 299 c.p.p., fino agli arresti domiciliari e alla custodia cautelare in carcere; ed in caso di violazione di queste ulti-

---

Aa.Vv., *Cybercrime*, cit., p. 1020 ss.; S. Orlando, *La tutela penale della privacy nel cyberspazio*, cit., p. 178 ss., 188 ss.; sempre attuale sul tema, seppur in tempi precedenti alle più recenti riforme, A. Manna, *Il commento sub Codice della privacy: nuove garanzie per i cittadini nel Testo Unico in materia di protezione dei dati personali*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1 ss., 17 ss.; Id., *Il trattamento dei dati personali: le sanzioni penali*, in Aa.Vv., *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, a cura di L. Fioravanti, Milano 2001, p. 339 ss.

<sup>57</sup> Art. 4 Regolamento UE 2016/679, cit.

<sup>58</sup> Per una dettagliata analisi degli elementi essenziali della fattispecie di cui all'art. 167 cod. *privacy*, v., C. Parodi, *La nuova disciplina penale della riservatezza*, in [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it), 09.11.2018, p. 1 ss.; con una particolare attenzione anche alla corretta definizione della relativa oggettività giuridica, v., S. Orlando, *La tutela penale della privacy nel cyberspazio*, cit., 178 ss., 188 ss.; sul "nocumento all'interessato", che ben può essere rappresentato anche dalla «propalazione da parte dell'indagato di informazioni relative alla vita sessuale della persona offesa», v., Corte di cassazione, Sez. III pen., sentenza del 7 febbraio 2017, n. 29549, in *Codice delle leggi penali speciali*, Piacenza 2019, 2992.

<sup>59</sup> Art. 4 Regolamento UE 2016/679, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, e che abroga la direttiva 95/46/CE, in *Gazz. uff. UE*, 4.5.2016.

<sup>60</sup> In tal senso, V., B. Romano, *L'introduzione dell'articolo 612-ter del codice penale in materia di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 10, l. 19 luglio 2019, n. 69)*, cit., pp. 105 ss.; Id., *Art. 612 ter c.p. Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*, in Aa.Vv., *Codice penale commentato*, a cura di A. Gaito - B. Romano - M. Ronco, Wolter Kluwer on line, 2020, p. 1 ss., 4.

<sup>61</sup> Sull'ampio tema del "binomio garanzia-effettività", mortificato dalla "legislazione penale dell'emergenza", S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., p. 1 ss.

me si applicava, e può continuare ad applicarsi, il reato di evasione, ex art. 385 co. 3 c.p., punito con il più severo regime sanzionatorio della reclusione da uno a tre anni.

La recente riforma non abroga né esclude l'applicabilità di tale più efficace e preesistente disciplina e, dal momento che la nuova fattispecie non dispone né l'arresto in flagranza, né l'applicazione di misure coercitive, appare verosimile che il mero inizio di un nuovo procedimento penale non venga percepito come uno strumento dotato della auspicata efficacia preventiva<sup>62</sup>.

Anche la disciplina della sospensione condizionale della pena viene sottoposta a modifica, mediante l'art. 165 co. 5 c.p.<sup>63</sup>, in cui è previsto che, nei casi di condanna per una serie di delitti "di genere", la sospensione condizionale è subordinata alla partecipazione a «specifici percorsi di recupero presso enti o associazioni che si occupino di prevenzione, assistenza psicologica e recupero». Tuttavia, al secondo comma dell'art. 6 l. n. 69 del 2019, viene anche specificato che «dall'attuazione delle disposizioni di cui al primo comma non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica», e pertanto, non riesce ad intendersi come tali percorsi possano essere attivati, intrapresi, e perseguiti.

Un'ulteriore, nuova, norma che desta alcune perplessità è rappresentata dall'art. 583 *quinquies* c.p., in materia di "deformazione o sfregio permanente del viso"; mediante tale intervento, si è proceduto all'abrogazione della circostanza aggravante di cui all'art. 583 co. 2 n. 4 c.p., ed alla creazione di un'autonoma fattispecie di reato, incriminante la medesima offesa.

Il regime sanzionatorio – reclusione da otto a quattordici anni – è più severo di quello disposto per altre ipotesi di lesioni, quali ad esempio evirazione o castrazione, o perdita o mutilazione di un arto o di un organo, che, seppur risultando di eguale o più elevata gravità, continuano a costituire tradizionali ipotesi di circostanze aggravanti del reato di lesioni (volontarie, gravissime), per le quali la pena, più lieve ma non lieve, è della reclusione da sei a dodici anni<sup>64</sup>.

Peraltro, da una interpretazione fedele alla portata semantica del precetto, deriva anche il rischio che tale fattispecie possa trovare applicazione in ipotesi in cui lo sfregio al volto consista in una cicatrice sì permanente, ma di lieve entità<sup>65</sup>.

La anticipata disorganicità della disciplina emerge anche da un ulteriore elemento. La eliminazione della "deformazione o sfregio permanente al viso" dalle aggravanti di cui all'art. 583 co. 2 n. 4 c.p., comporta la impossibilità di configurare tale offesa tra le lesioni gravissime, qualora la condotta sia di natura colposa. In tale ultima ipotesi, deformazione e sfregio del viso, né potranno essere sussunti sotto il nuovo art. 583 *quinquies* c.p., né potranno più configurare un'ipotesi di lesione gravissima; qualora di natura colposa, deformazione o sfregio, seppur permanenti, potranno essere sussunte esclusivamente sotto la disciplina delle lesioni colpose gravi<sup>66</sup>.

Altre modifiche della riforma in esame consistono nell'innalzamento di regimi sanzionatori, dalla natura intimidativo-deterrente, di fattispecie già vigenti<sup>67</sup>.

62 V. T. Padovani, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., p. 52, afferma il peggioramento in termini di effettività della nuova disciplina, rispetto alla precedente, endoprocedurale, già prevista dal codice di procedura penale; per un conforme punto di vista, si veda, A. Valsecchi, *"Codice rosso" e diritto penale sostanziale: le principali novità*, cit., p. 163 ss.

63 Art. 6 l. n. 69 del 2019, cit.

64 Sulle criticità della disciplina, v., A. De Santis, *Codice rosso. Le modifiche al codice penale*, cit., p. 7; M.G. Gallisai Pilo, *Lesioni e percosse nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino 1993, p. 1 ss.; A. Manna, *La deformazione o lo sfregio permanente al viso, tra codice penale, codice rosso e principio di proporzione*, in *Arch. pen.*, 3/2020, p. 1 ss., 3 ss.

65 Sul punto, A. De Santis, *Codice rosso. Le modifiche al codice penale*, cit., p. 7.

66 T. Padovani, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., p. 55; A. Manna, *La deformazione o lo sfregio permanente al viso, tra codice penale, codice rosso e principio di proporzione*, cit., p. 6 ss.

67 Sulla ineffettività dei cosiddetti giri di vite, v. *supra*, par. 2; in questa sede, C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 78; D.

Le descritte soluzioni, piuttosto che segnare un passo in avanti verso l'uguaglianza, rischiano di alimentare la disparità<sup>68</sup>; la frequenza statistica di una fattispecie non legittima un trattamento più severo, pertanto «lungo la china di un diritto penale di contrasto all'atavismo subculturale, la parità di trattamento sarebbe più che mai d'obbligo»<sup>69</sup>.

La tutela penale dell'uguaglianza rischia di aprire le porte della disuguaglianza<sup>70</sup>.

Una effettiva tutela della donna, come di ogni altro essere umano, dovrebbe essere perseguita mediante un impegno sociale e culturale improntato alla parità e al rispetto, verso tutti, indistintamente. Appare evidente che una legislazione "speciale" che si ponga l'obiettivo di creare una tutela "rafforzata" per una determinata categoria di destinatari, non riesce a sortire gli effetti sperati.

#### 4. Il problema è socio-culturale. Ipotesi applicative di vittimizzazione secondaria e stigmatizzazione della condotta di vita della donna: il ritorno all'attenuante per causa d'onore

L'arsenale sanzionatorio, come visto, non manca, eppure il fenomeno non si attenua.

Le aggressioni e le violenze sulle donne, come per altre categorie di reati e persone verso cui talvolta è stata proposta una tutela speciale, differenziata, rafforzata, non rappresentano la causa del fenomeno da contrastare, quanto piuttosto l'effetto, la punta dell'*iceberg*. Rispetto a queste, è noto, il diritto penale arriva dopo, riesce ad intervenire soltanto in una fase già patologica, in un momento in cui la degenerazione dei rapporti interpersonali si è già concretizzata, e le relative conseguenze non sono più rimediabili<sup>71</sup>.

Il tema della violenza "di genere" va affrontato sul piano culturale, mediante il superamento dello "stereotipo di genere *virilista* che la innesca"<sup>72</sup>, che, alla luce di alcuni recenti orientamenti giurisprudenziali, invece, sembra saldamente presente nella diffusa cultura patriarcale che impronta la nostra società.

Pulitanò, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, cit., 235 ss.; con specifico riferimento al tema in esame, T. Padovani, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., p. 51 ss., 51.

68 Per tutti, sulla irragionevolezza delle soluzioni penalistiche caratterizzate da sproporzione e disparità di trattamento, V. Caravita, *Art. 3*, in *Aa.Vv., Commentario breve alla Costituzione*, a cura di Crisafulli - Paladin, Padova 1990, p. 13 ss.; G. Insojera, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in *Aa.Vv., Introduzione al sistema penale*, vol. I, a cura di Id. - N. Mazzacuva - M. Pavarini - R. Zanotti, Torino 2000, p. 288 ss.; Id., *Controllo di ragionevolezza e sistema penale*, in *Delitti*, 1998, 29-48; F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Aa.Vv., Introduzione al sistema penale*, cit., p. 264 ss.; D. Pulitanò, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli 2012, *passim*, p. 21 ss.; G. Vassalli, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 699 ss.; Id., *Introduzione*, in *Aa.Vv., Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Id., Napoli 2006, p. IX ss.; G. Zagrebelsky, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in *Aa. Vv., Il giudizio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano 1994, p. 180 ss.; in rapporto al tema specifico, A. Manna, *La deformazione o lo sfregio permanente al viso, tra codice penale, codice rosso e principio di proporzionalità*, cit., p. 3 ss.

69 T. Padovani, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., p. 55.

70 F. Palazzo, *La nuova frontiera della tutela penale dell'uguaglianza*, cit., p. 7, evidenzia «le difficoltà di una perimetrazione rigorosamente legislativa delle tendenze espansive della tutela penale dell'uguaglianza».

71 Con riferimento al tema in esame, A. De Santis, *Codice rosso. Le modifiche al codice penale*, cit., p. 10.

72 F. Filice, *Femminicidi di Bologna e di Genova. Perché quelle sentenze potrebbero sbagliare*, cit., p. 4.

È recente la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha condannato l'Italia per via delle motivazioni di una sentenza della Corte di Appello di Firenze del 2015 che, in violazione dell'art. 8 CEDU, risultano fondate integralmente su argomenti discriminatori di "genere"<sup>73</sup>.

Il caso è noto – sette ragazzi rispondono di violenza sessuale nei confronti di una giovane donna –, e pertanto non lo si riporta in questa sede<sup>74</sup>; tuttavia, appare opportuno ricordare alcuni argomenti che, del tutto estranei all'accertamento del fatto, hanno fondato la convinzione del collegio in ordine all'attendibilità delle dichiarazioni della persona offesa.

La ragazza sarebbe stata una "persona instabile" in quanto cresciuta con una madre malata e un padre assente, e questo l'avrebbe resa un "soggetto fragile, disinibito, e dedito a rapporti sessuali occasionali".

La sera dei fatti oggetto del processo, la ragazza indossava un paio di "mutandine rosse".

La ragazza, nelle proprie esperienze passate, sarebbe stata dedita a "rapporti bisessuali", desumibili dalla scelta artistica della stessa di partecipare, in precedenza rispetto ai fatti per cui è processo, alla creazione di un cortometraggio a carattere sessuale.

Secondo le convinzioni della Corte, la scelta di presentare denuncia dopo pochi giorni dall'accaduto sarebbe stata dettata soltanto dalla volontà della ragazza di stigmatizzare quella iniziativa di gruppo, dalla intenzione di respingere, dalla propria sfera psicologica e morale, "quel discutibile momento di debolezza e fragilità, che una vita non lineare come la sua avrebbe voluto censurare e rimuovere".

Nessuno degli argomenti riportati, com'è evidente, risulta funzionale all'accertamento del reato di cui all'art. 609 *bis* c.p.

L'attenzione, piuttosto, viene rivolta alla condotta di vita della denunciante, nei confronti della quale la corte di Appello – composta da due donne ed un uomo – muove giudizi di natura morale e stigmatizzante.

I giudici del Collegio, d'altronde, infatti, nulla hanno ritenuto di dover riportare in ordine alla condotta di vita e alle abitudini sessuali delle sette persone, di sesso maschile, imputate nel processo.

La Corte Edu, nelle motivazioni della sentenza di condanna, ha affermato che «il linguaggio e gli argomenti utilizzati dalla Corte d'Appello trasmettono i pregiudizi sul ruolo delle donne che esistono nella società italiana e sono suscettibili di impedire l'effettiva salvaguardia dei diritti delle vittime di violenza di genere», pur in presenza – continua la Corte in maniera non altrettanto, del tutto, condivisibile –, di un "quadro legislativo soddisfacente"<sup>75</sup>.

La conferma della ineffettività del vigente assetto normativo-penale è fornita da un significativo dato culturale, che continua ad emergere da recenti decisioni giurisprudenziali, improntate da pregiudizi discriminatori.

Sono recenti le decisioni in cui riaffiora, per via interpretativa, l'attenuante per causa d'onore; in questi casi, vengono riconosciute le attenuanti generiche, sulla base di alterazioni dello stato emotivo

73 Sent. Corte edu, del 27 maggio 2021, J.L. c. Italia, n. 5671/16; per alcune note critiche, tra le altre, M. Bouchard, *La vittimizzazione secondaria all'esame della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. uomo*, 09.06.2021, 1 ss.; N. Cardinale, *Troppi stereotipi di genere nella motivazione di una sentenza assolutoria per una violenza sessuale di gruppo: la Corte edu condanna l'Italia per violazione dell'art. 8*, in *Sist. pen.*, 14.06.2021, 1 ss.; L. D'Ancona, *Vittimizzazione secondaria: la pronuncia della Cedu*, in *Quest. giust.*, 17.06.2021, 1 ss.; C. Amodio-C. Crea, *Violenza di genere e «judicial stereotyping»*. (Nota a Corte eur. diritti dell'uomo 27 maggio 2021. J.L.), in *Foro it.*, 2021, 146, p. 576 ss.

74 Corte di Appello di Firenze, n. 858 del 2015.

75 Sul tema, v., N. Cardinale, *Troppi stereotipi di genere nella motivazione di una sentenza assolutoria per violenza sessuale di gruppo: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dell'art. 8*, cit., p. 5.

dell'aggressore<sup>76</sup>, causate da aspettative deluse dalle scelte di vita della vittima.

Dunque, in presenza del su descritto arsenale sanzionatorio, in cui sono presenti diverse ipotesi di aggravanti speciali fondate su un'apparente finalità protettiva delle persone appartenenti al genere considerato più debole, in fin dei conti, in sede applicativa trovano riconoscimento attenuanti generiche, fondate su arcaici stereotipi di genere che, illusoriamente, si ritenevano superati.

In un caso di omicidio volontario realizzato da un uomo nei confronti di una donna, nell'ambito di una relazione sentimentale, i giudici della Corte di Assise d'Appello di Bologna (tre donne su otto giudici, di cui una togata e due popolari)<sup>77</sup> confermano la sussistenza dell'aggravante dei motivi abietti e futili, in quanto l'omicidio fu «l'espressione di un intento meramente punitivo nei confronti di una donna che si mostrava poco sensibile per le fragilità dell'imputato, e che con tale atteggiamento gli lasciava immaginare di potersi stancare della relazione e di decidere di lasciarlo».

L'aggravante dei motivi abietti e futili, dunque, viene riconosciuta in quanto l'imputato, spinto da un "immotivato" sentimento di gelosia, aveva agito per insicurezza riguardo alla stabilità del rapporto con la donna.

Al contempo, i giudici decidono di modificare la sentenza di primo grado in ordine al mancato riconoscimento delle attenuanti generiche, e dichiarano l'equivalenza tra queste e la riconosciuta aggravante.

Le attenuanti *ex art. 62 bis* c.p. vengono concesse sulla base degli stessi elementi che la Corte ha utilizzato per argomentare la sussistenza dell'aggravante dei motivi abietti e futili: ossia, l'omicida avrebbe agito per «una soverchiante tempesta emotiva e passionale», determinata, proprio, però, da quello stesso, "immotivato", sentimento di gelosia, fondante l'aggravio di pena *ex art. 61* co. 1 n. 1 c.p.

Non è isolato in giurisprudenza<sup>78</sup>, per quanto neppure pacificamente accoglibile<sup>79</sup>, il riconoscimento degli stati emotivi e passionali come strumento per la configurabilità delle attenuanti generiche, tuttavia, in questa sede, l'aspetto più problematico riguarda il dato secondo cui, le alterazioni emotive, che vengono poste come strumento per la configurabilità dell'attenuante, derivano da aspettative arbitrarie da parte dell'aggressore, in ordine alle libere scelte, e alla condotta di vita, della propria vittima.

In un'ulteriore ipotesi applicativa relativa ad un altro caso di omicidio volontario, realizzato da un uomo nei confronti della propria moglie<sup>80</sup>, l'orientamento culturale che muove le motivazioni della giudice non cambia.

Il PM esclude la riconoscibilità delle attenuanti generiche in vista dell'indole violenta dell'imputato, ed il GUP afferma che le considerazioni del PM sono senz'altro corrette; tuttavia, ritiene

76 Non si intende in questa sede affrontare i problemi derivanti dalla *fictio* di imputabilità derivanti dall'art. 90 c.p., riguardo ai quali, in osservanza dell'art. 27 co. 1 cost., si aderisce alla posizione di, S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 157 ss., 150-160, secondo cui, è sempre necessario accertare la sussistenza della capacità di intendere e di volere, e questa non può mai presumersi.

77 Corte di Assise d'Appello di Bologna, n. 29 del 2018, con una sintetica nota di commento di, M. Dova, *Eccessi emotivi e responsabilità penale: la controversa sentenza della corte di assise di appello di Bologna*, in *Dir. pen. cont.*, 11.03.2019, 1 ss.; in commento, si veda anche, F. Filice, *Femminicidi di Bologna e di Genova. Perché quelle sentenze potrebbero sbagliare*, cit., p. 1 ss.

78 Corte di cassazione, Sez. I pen., sentenza del 5 aprile 2013, n. 7272, in *Ced Cass. pen.*, 2014; Corte di cassazione, Sez. I pen., sentenza del 15 novembre 1982, n. 2897, in *Ced Cass. pen.*, 1983; Corte di cassazione, Sez. I pen., sentenza del 2 marzo 1971, n. 217, in *Ced Cass. pen.*, 1971; Gup Genova, sent. n. 1340 del 2018; Corte di Assise d'Appello di Bologna, n. 29 del 2018.

79 Per una posizione critica in ordine alla presunzione di irrilevanza, quanto piuttosto sulla necessità dell'accertamento degli stati emotivi ai fini della sussistenza della capacità di intendere e di volere, si rinvia a *supra*, nota n. 77 (3 note su).

80 Gup Genova, sent. n. 1340 del 2018; per alcune considerazioni critiche, v., F. Filice, *Femminicidi di Bologna e di Genova. Perché quelle sentenze potrebbero sbagliare*, cit., p. 1 ss., 5.

non potersene condividere le conseguenze che ne derivano.

Secondo il GUP, il PM valorizzerebbe in modo sproporzionato la personalità dell'imputato, trascurando, piuttosto, «il ben più significativo apprezzamento che merita il contesto in cui l'omicidio si colloca». Nella descrizione del "contesto" da valorizzare ai fini del riconoscimento delle attenuanti generiche, la giudice fa espresso riferimento alla condotta di vita della vittima, che intratteneva una relazione con un altro uomo.

Nella ricerca di motivazioni su cui fondare il riconoscimento delle "generiche", il GUP afferma che a carico dell'imputato non si sarebbero evidenziati precedenti atteggiamenti di "violenza gratuita".

Ed a tal riguardo, sorge più d'una perplessità.

Innanzitutto, dagli atti processuali emergono precedenti episodi di aggressioni per via dei quali l'imputato risulta recidivo specifico; ma ancor più, c'è da interrogarsi sul significato che il giudice abbia inteso assegnare alla locuzione "violenza gratuita".

C'è da chiedersi in quale circostanza, al di fuori delle ipotesi scriminanti normativamente previste, la violenza del marito sulla moglie possa considerarsi "non gratuita". L'interpretazione che se ne coglie è che possano riconoscersi degli spazi di tolleranza entro i quali la violenza dell'uomo sulla donna, che ne delude le aspettative, tutto sommato, possa considerarsi accettabile; un ritorno alla vetusta e superata, su citata, interpretazione dello *jus corrigendi*?<sup>81</sup>

Altro elemento che forma il ragionamento della giudice, ai fini del riconoscimento delle attenuanti generiche, è quello secondo cui, «non c'è riscontro, ma non può neppure escludersi», che vi siano state "telefonate provocatorie ricevute dall'uomo, mentre la moglie era insieme all'amante, nonché che gli siano state inviate alcune registrazioni dei loro rapporti sessuali".

In ripetuti passaggi della sentenza, alla donna viene "imputata" una condotta ambigua, secondo cui, in sintesi, mentre intratteneva la relazione con l'amante, continuava a stimolare l'attenzione del marito, gli diceva di amarlo, e quasi contestualmente che «gli faceva schifo», che era disposta a tornare con lui, e al contempo di non essere pronta a lasciare l'amante.

Con riguardo al preciso momento in cui si realizza l'aggressione, in sentenza si legge che, «è credibile che la donna, ubriaca, contraddittoria, e incoerente come sempre, abbia provocato il marito, mettendo a dura prova il suo autocontrollo. La scena non ha testimoni, [continua la giudice], ma è indiscutibile che i toni della discussione si siano molto accesi, e che la donna, completamente ubriaca, possa avere fatto o detto qualunque cosa».

Nonostante la "straordinaria efficacia lesiva dell'azione", da riconoscersi "per le caratteristiche del coltello", "per la violenza con cui questo è stato spinto nel corpo della vittima", e "per la localizzazione del colpo in zona vitale in cui è estremamente agevole e prevedibile l'effetto letale", tuttavia, continua la giudice, l'impulso dell'uomo a colpire la moglie «è scaturito da un sentimento misto di rabbia e disperazione, delusione e risentimento, acuito, [tra le altre ragioni], dal comportamento sempre più ambiguo della donna»; uno stato d'animo molto intenso, conclude la giudice, «umanamente non del tutto incomprensibile».

Alla luce degli esposti sviluppi argomentativi, pur non potendosi riconoscere l'attenuante della provocazione ex art. 62 co. 1 n. 2 c.p., «il contesto in cui il gesto si colloca vale a connotare l'azione omicidiaria, in una ipotetica scala di gravità, su di un gradino sicuramente più basso rispetto ad altre fattispecie analoghe», in quanto, si legge, l'uomo «ha agito in reazione al comportamento della donna, del tutto incoerente e contraddittorio, che l'ha illuso e disilluso nello stesso tempo, (...) con la promessa, invano, di un futuro insieme».

E' questo il contesto, relativo a libere per quanto moralmente sia pur non apprezzabili scelte di vi-

81 V., *supra*, par. 1.

ta della donna, a cui la giudice ritiene di assegnare un ruolo decisivo ai fini del riconoscimento delle attenuanti generiche per l'omicida<sup>82</sup>.

In sostanza, si assiste a un ritorno alla fattispecie di "omicidio e lesioni personali a causa d'onore", di cui all'abrogato art. 587 c.p.

Si intende la necessità, in sede applicativa, di contemperare tutti gli elementi, esterni ed interni al reato, che contribuiscono a delineare l'interesse del panorama a cui il giudice deve commisurare la sanzione da infliggere. E si intende, dunque, che nell'ambito di situazioni drammatiche come quelle descritte, possano emergere esigenze di prevenzione positiva, sia generale sia speciale<sup>83</sup>, che portino ad alleviare il carico sanzionatorio; ma, tra i molteplici elementi che entrambi i giudici, soprattutto la seconda, prendono in considerazione a tal fine, bisogna interrogarsi sul significativo ruolo assegnato alla stigmatizzazione della condotta di vita delle vittime.

## 5. Fluidità del concetto di "genere" e necessaria amoralità del diritto penale. Per una efficace tutela di tutte le persone

Le fattispecie analizzate in questa sede sono fattispecie comuni, possono essere realizzate da chiunque nei confronti di chiunque<sup>84</sup>; la loro collocazione sotto un'unica etichetta di "violenza domestica" o "di genere", presupponendo che la vittima sia necessariamente una donna, potrebbe risultare fuorviante<sup>85</sup>; seppur probabilmente con frequenza minore, i reati in esame possono essere realizzati anche a parti invertite, o comunque da e a danno di ciascuno, senza che rilevi il genere di appartenenza.

La tutela penale dell'uguaglianza, come predisposta dal nostro legislatore, si caratterizza per una valorizzazione smisurata della componente ideologica, che rischia di mortificare il necessario, ragionevole, bilanciamento tra offesa e pena. Eppure, tale componente ideologica non trova alcun richiamo all'interno delle norme in esame. Ulteriori perplessità, pertanto, hanno ad oggetto le disfunzioni derivanti dall'uso di tali fattispecie in contesti estranei alla violenza di "genere" o "domestica"<sup>86</sup>.

82 Gup Genova, sent. n. 1340 del 2018, pp. 20-21.

83 Per l'accoglimento della teoria della integrazione sociale, fondata sulle istanze della prevenzione speciale e generale positiva, come unica soluzione legittima all'interno del nostro ordinamento, v., S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 83 ss.

84 T. Padovani, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., p. 51-52, non manca di osservare come «la violenza domestica e di genere può esprimersi nelle forme delittuose più diverse, dalle percosse all'omicidio, dal sequestro di persona alla minaccia, e così via declinando»; le nuove fattispecie introdotte possono sì realizzarsi in ambito familiare o essere rivolte ad una persona di sesso femminile, «ma non necessariamente. Si tratta di fattispecie "comuni", [dunque] (...) in definitiva, violenza domestica e violenza di genere non costituiscono che un'etichetta, attraente, ma piuttosto ingannevole»; sul tema, A.E. Waldman, *Law, privacy, and online dating: "revenge porn" in gay on line communities*, in *Law&social inquiry*, 2019, p. 1 ss.; senza espresso riferimento alle fattispecie oggetto del presente esame, tuttavia in relazione a «norme che guardano con particolare favore a categorie di vittime particolarmente vulnerabili (donne, minori, pubblici agenti)», F. Palazzo, *La tutela della persona: dignità, salute, scelte di libertà*, in *Dir. pen. cont.* 23 settembre 2019, 1 ss., parla di «diritto penale della disuguaglianza»; negli stessi termini, con precipuo riferimento alla riforma del 2019, Id., *La nuova frontiera della tutela penale dell'uguaglianza*, cit., p. 3-4.

85 F. Filice, *Diritto penale e genere*, in *Dir. pen. uomo*, 11 settembre 2019, fasc. 9/19, p. 11 ss., e anche in *Dir. pen. cont.*, 29.9.2019, 1 ss., 2 osserva che «l'indagine sulla violenza di genere, se vuole essere efficace e utile, deve spostarsi da un prospettiva di semplice policy (...) a una prospettiva di autentica indagine causale».

86 F. Palazzo, *La nuova frontiera della tutela penale dell'uguaglianza*, cit., p. 1 ss., nell'ambito di una trattazione del "diritto penale

Rischia di risultare inadeguata una politica criminale a binario differenziato, incentrata su una tutela, apparentemente rafforzata, ma a ben vedere asistemica<sup>87</sup>, delle persone appartenenti ad una manifestazione di genere che, secondo parametri obsoleti, viene considerata più debole. In tal modo, il rischio che si corre è proprio l'inverso, ossia rinforzare le dinamiche di prevaricazione da parte di chi opera mediante tale politica criminale<sup>88</sup>.

All'interno del nostro sistema penale, sono presenti norme generali in grado di disciplinare adeguatamente ogni situazione. Non mancano al codice del '30 severi strumenti sanzionatori, e per il perseguimento della tutela egualitaria di ogni persona sarebbe sufficiente applicare i valori fondamentali, affermati, tra gli altri, agli artt. 2 e 3 Cost.<sup>89</sup>.

Al fine di perseguire un'effettiva prospettiva di parità ed uguaglianza, tra i sessi e tra tutte le diverse manifestazioni di genere dell'umanità, potrebbe considerarsi dotato di maggiore effettività un sistema di tutela penale a binario unico<sup>90</sup>, osservante della natura personalistica della nostra Costituzione.

Senza la necessità di ricorrere a nuovi *escamotage* propagandistici, mediante l'introduzione di norme speciali, sarebbe sufficiente, e legittimo, l'utilizzo di strumenti tradizionali; il riferimento è alle classiche circostanze aggravanti comuni, applicabili nelle ipotesi in cui il soggetto abbia agito «per motivi abietti e futili», con «crudeltà verso le persone», «con abuso di autorità o di relazioni domestiche, con abuso di relazioni di ufficio, di prestazione d'opera, di coabitazione, o di ospitalità», oppure, su tutte, approfittando di condizioni di "minorata difesa".

Eppure, all'inverso, in sede applicativa, non è isolato l'utilizzo delle "attenuanti generiche" al fine di operare soluzioni discriminatorie e stigmatizzanti, contrarie, proprio, alla politica criminale, apparentemente, approntata dal legislatore.

Probabilmente, uno dei problemi da cui deriva la ineffettività di una politica criminale "speciale", casistica, che si ponga l'obiettivo di perseguire in maniera differenziata una certa categoria di aggressioni sta in una presunzione statica, aprioristica, dell'oggetto della violenza. Una politica criminale di tal fatta non tiene conto del dato secondo cui l'identità di genere deriva da una molteplicità, soggetti-

---

dell'uguaglianza", evidenza come, fattispecie incriminatrici finalizzate al contrasto di ideologie culturali discriminatorie sono «colpite con pene davvero draconiane (...) [che rischiano di] investire anche fatti che nulla hanno di tutto ciò e rispetto ai quali nessuna esigenza di rafforzamento si pone».

87 Per tutti, F. Palazzo, *La nuova frontiera della tutela penale dell'uguaglianza*, cit., p. 1 ss.

88 V., *supra*, par. 1; nonché, F. Filice, *Diritto penale e genere*, cit., p. 1 ss., 5 ss., 10 ss.; sia pur con riferimento agli *hate crimes*, ed in specie al cosiddetto ddl Zan, per una prospettiva secondo cui «il riferimento al sesso (...) rend[erebbe] indiscutibile l'esigenza di una tutela rafforzata», v. L. Goisis, *Un diritto penale antidiscriminatorio?*, in questa *Rivista*, 2-2021, p. 9 ss., 13; per una analisi critica che pone in connessione i fondamenti politico criminali, comuni, della legislazione in esame con quelli dei cosiddetti crimini d'odio, di cui agli artt. 604 *bis* e *ter* c.p., v., F. Palazzo, *La nuova frontiera della tutela penale dell'uguaglianza*, cit., 4 ss., 6, l'A. evidenza che, qualora dovesse vedere la luce la riforma del 604 *ter* c.p., l'autore del reato "di genere" si troverà a dover rispondere due volte per la componente ideologica della propria condotta; sul tema, D. Pulitanò, *Potere della parola, parole del potere*, in *Sist. pen.*, 18.11.2022, p. 1 ss., 13, afferma essere «ragionevole domandarsi se i benefici delle leggi contro l'istigazione all'odio non siano superati dagli svantaggi»; sul tema, si veda, M. Pelissero, *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale*, in *GenJus*, 2015, p. 14 ss., 19 ss.; Id., *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Quest. giust.*, 4/2015, p. 37 ss.

89 L. Ferrajoli, *La democrazia costituzionale*, in Aa.Vv., *L'accesso negato. Diritti, sviluppo, diversità*, a cura di P. Vulpiani, Roma 1988, p. 56 ss.; con riferimento al concetto di "discriminazione multipla, intersezionale o additiva", P. Femia, *Discriminazione (divieto di)*, in *Enc. dir. I tematici*, vol. I - *Contratto*, a cura di G. D'Amico, Milano 2021, p. 499 ss., 508, evidenza come «ogni incremento di complessità (...) produce ulteriori distinzioni in una catena senza fine».

90 F. Palazzo, *La nuova frontiera della tutela penale dell'uguaglianza*, cit., p. 1 ss.

va, di fattori, tra cui le caratteristiche biologiche del soggetto – che non necessariamente determinano l'appartenenza ad uno dei due sessi biologici tradizionalmente riconosciuti, componenti il binarismo maschio/femmina –, le modalità mediante cui tali caratteristiche vengano percepite dal soggetto, le modalità mediante cui tali caratteristiche vengano espresse dal soggetto nel mondo esterno<sup>91</sup>.

Data la fluidità del concetto di genere<sup>92</sup>, sovente caratterizzato da una molteplicità di stereotipi, espressioni, "disforie", una tutela penale fondata sulla definizione di tale oggetto rischia di non avere grandi margini di effettività<sup>93</sup>.

Ancor più, dall'affermazione di una necessaria tutela speciale delle donne, rischia di derivare un effetto, inverso, di rinvigorimento dello stereotipo di genere mediante cui "il maschio riafferma la propria sovranità"<sup>94</sup>.

Interventi di tal fatta, rappresentando l'espressione di un approccio paternalistico<sup>95</sup>, culturalmente confuso rispetto al problema, non riescono a risultare produttivi<sup>96</sup>.

Peraltro, quand'anche il legislatore fosse mosso dalle migliori intenzioni, è sempre la clausola di invarianza finanziaria ad accompagnare ogni intervento penale in materia.

Gli artt. artt. 5 e 6, l. n. 69 del 2019, ad esempio, prevedono, rispettivamente, la specifica formazione del personale di polizia impegnato nel trattamento degli autori dei "reati di genere", e la subordinazione della sospensione condizionale della pena alla partecipazione, da parte del condannato, a specifici percorsi con finalità di prevenzione, assistenza psicologica, recupero; eppure, l'art. 21 chiude

91 Così, nell'ambito di un'approfondita analisi sulla identità di genere, e sui conseguenti effetti giuridici, F. Filice, *Diritto penale e genere*, cit., 1 ss., 4; per una diffusa ed attuale trattazione dei molteplici profili giuridici che vi risultano connessi, si veda, M. Pelissero-A. Vercellone, *Diritto e persone LGBTQI+*, Torino 2022.

92 Per una recente definizione del concetto di genere, v. art. 3 *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, Istanbul 2011, cit., secondo cui «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»; per una definizione del concetto di genere che valorizza la prospettiva personalistica, v. *infra*, par. 4., F. Filice, *Diritto penale e genere*, cit., 1 ss., 4.

93 Sul tema della "genderizzazione" del diritto penale, e sui relativi rischi in rapporto ad una lettura sistematica dell'art. 3 Cost., F. Filice, *Diritto penale e genere*, cit., p. 1 ss., 4, evidenzia come «la definizione della violenza di genere [risulti] strettamente correlata alla nozione di genere», di cui, 10 ss., espone le difficoltà definitorie, nonché, 12, la non "standardizzabilità" della relativa identità; sull'articolato rapporto tra i concetti di sesso e genere, e sulla definizione di "identità di genere" che può derivarne, opera un'accurata trattazione, che prende le mosse dal contenuto del cosiddetto ddl Zan, I. Fanlo Cortes, *Il ddl Zan e il nodo dell'identità di genere*, in questa *Rivista*, 2-2021, 37 ss.; sui profili di indeterminatezza che ne possono derivare sul piano penalistico, v. M. Pelissero, *Relazione conclusiva del Focus: il ddl Zan tra diritto penale, democrazia, pluralismo*, in questa *Rivista*, 2-2021, p. 68 ss., 69-70.

94 F. Filice, *Linguaggio giuridico e patriarcato. Perché il contrasto alla violenza di genere non sia utilizzato per affermare un diritto "maschile" a difendere le donne*, cit., p. 1 ss., 5 ss., 10 ss.; si veda anche Id., *Diritto penale e genere*, cit., 1 ss.

95 Per tutti, senza pretese di esaustività, S. Canestrari, *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Torino 2014, p. 5 ss.; A. Cavaliere, *Introduzione a uno studio sul paternalismo in diritto penale*, in *Arch. pen.*, 3/2017, 1 ss.; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 922 ss.; G. Fiandaca, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 546 ss.; Id., *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, I, Milano 1991, p. 165 ss.; F. Mantovani, *Problemi della laicità nell'esperienza giuridico-penale*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, I, Bari 1994, p. 519 ss.; S. Moccia, *Bioetica o "biodiritto"?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, p. 863 ss.; D. Pulitanò, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, p. 55 ss. M. Romano, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 477 ss.

96 F. Filice, *Linguaggio giuridico e patriarcato. Perché il contrasto alla violenza di genere non sia utilizzato per affermare un diritto "maschile" a difendere le donne*, cit., 10; si veda anche Id., *Diritto penale e genere*, cit., 1 ss.

la l. n. 69 del 2019, sancendo che «dall'attuazione delle disposizioni di cui alla presente legge non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica»<sup>97</sup>.

Inoltre, l'art. 18 l. n. 69 del 2019 abroga l'art. 5 *bis* co. 2 lett. d) l. n. 119/2013 in tema di "sicurezza e violenza di genere"<sup>98</sup> nella parte in cui prevedeva che venissero riservati un terzo dei fondi regionali per "i diritti e le pari opportunità"<sup>99</sup>, «alla istituzione di nuovi centri e di nuove case-rifugio per contrastare il fenomeno della violenza contro le donne»<sup>100</sup>.

Come noto, e già anticipato, il diritto penale arriva tardi, nella fase patologica del fenomeno, una effettiva politica di parità ed uguaglianza non può perseguirsi se non mediante un approccio multidisciplinare<sup>101</sup>, che coinvolga i differenti settori dell'esperienza sociale, politica e del diritto, improntato ad investimenti, anche economici, finalizzati al superamento degli stereotipi che, avviluppando la società, non ne permettono il pieno sviluppo<sup>102</sup>.

97 Art. 21, l. n. 69 del 2019, cit.

98 L. n. 119/2013, in *Gazz. uff.* n. 242 del 15.10.2013.

99 Si tratta del «Fondo per le politiche relative ai diritti e alle pari opportunità, di cui all'articolo 19, comma 3, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, in *Gazz. uff.* n. 186 del 11.08.2006.

100 Sul tema, v., D. Russo, *Emergenza Codice rosso*, cit., 1 ss., 15 ss.; T. Padovani, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, cit., p. 51 ss.; F. Filice, *Linguaggio giuridico e patriarcato. Perché il contrasto alla violenza di genere non sia utilizzato per affermare un diritto maschile a "difendere" le donne*, cit., p. 1 ss.

101 M. Donini, *La scienza penale integrale fra utopia e limiti garantistici*, in Aa.Vv., *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, a cura di S. Moccia - A. Cavaliere, Napoli 2016, p. 64 ss.; sulla necessità di un "diritto penale minimo, sussidiario", per tutti, A. Baratta, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetto e limite della legge penale*, in *Delitti*, 1985, p. 443 ss.; F. Bricola *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto di tutela*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, Vol. I, Milano 1984, pp. 99 ss., 101 ss.; L. Ferrajoli, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in *Crit. dir.*, 2001, p. 44 ss.; S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 174 ss.; Id., *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali, e politica criminale agli albori della postmodernità*, in Aa.Vv., *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di Id., Napoli 2002, p. 123 ss.; C.E. Paliero, *Minima non curat praetor. Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova 1985; C. Roxin, *Fragwürdige Tendenzen in der Strafrechtsreform*, in *Radius* 1966, 3, p. 36 ss., 37 afferma che «il diritto penale è un male necessario, se esso supera i limiti della necessità resta soltanto il male»; Id., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli 2001, p. 37 ss.; per di più si consideri che l'art. all'art. 8 della Convenzione di Istanbul del 2011 afferma che «le parti stanziavano le risorse finanziarie e umane appropriate per un'adeguata attuazione di politiche integrate, di misure e di programmi destinati a prevenire e combattere ogni forma di violenza rientrante nel campo di applicazione della presente Convenzione»; all'esito dell'entrata in vigore della cosiddetta riforma Cartabia, d.lgs. n. 150/2022, risulta attuale l'interrogativo relativo al ruolo che potrà svolgere il "sottosistema del tutto alternativo della giustizia riparativa", riguardo alla cui natura ed ai relativi possibili profili di effettività si rinvia a R. Muzzica, *Il ruolo dell'autorità giudiziaria nei programmi di giustizia riparativa*, in *Sist. pen.*, 2/2023, p. 21 ss.

102 In tal senso, con specifico riferimento al tema che ci occupa, A. Portalupi-F. Villasi, *Presente e futuro della violenza di genere. A che punto siamo dopo il codice rosso*, cit., p. 89 ss.; D. Leotta, *Femminicidio* (Voce), cit., p. 1 ss.; M. Guerra, *La violenza di genere: l'attuale sistema di tutela penale alla luce dei più recenti interventi*, in *Cass. pen.*, VI, 2015, p. 2117 ss.; con portata più ampia, per tutti, M. Donini, *La scienza penale integrale fra utopia e limiti garantistici*, cit. p. 64 ss.; al riguardo, F. Filice, *Diritto penale e genere*, cit., p.6, evidenzia come «la principale modalità di conservazione della condizione di subalternità sociale ed economica delle donne passa attraverso la silente perpetrazione, all'interno delle famiglie, di modelli educativi differenziati per bambini e bambine», ed ancora - *ivi*, 18 - come «occorra contrastare fin dall'infanzia stereotipi di genere basati sul dominio del maschio eterosessuale (maschio alfa), come correlato all'identità maschile, e dunque virile».