



Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale

[Jura Gentium](#) / [Pagina iniziale](#) / [Discussioni online](#) / [Violenza maschile contro le donne e politiche delle sicurezze](#) /

2016

Le “aggravanti” nei confronti degli uomini autori di “violenza di genere” nella disciplina spagnola: possibile strategia politico criminale o strumento di una politica della “sicurezza” discriminatoria?

Anna Maria Maugeri

Sommario: Premessa. - 1. L’obbligo di diligenza contro la violenza domestica proveniente dalla Corte EDU. - 2. La disciplina spagnola contro la violenza di genere. - 2.1. Le fattispecie aggravate “discriminatorie” contro la violenza di genere. - 3. La STC n. 59/2008. - 3.1. Le censure di illegittimità costituzionale. - 3.2. La teoria dell’azione positiva. - 3.3. Gli argomenti del Tribunale Costituzionale. - 4. L’applicazione facoltativa dell’aggravante nella sentenza n. 45/2010. - 5. L’introduzione di “aggravanti di genere” rappresenta una prospettiva di politica criminale percorribile? - 6. Reati culturalmente motivati.

Premessa

Nel 2011 è stata approvata la Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (Istanbul, 11 maggio 2011), che, fondata sulla Raccomandazione “Rec(2002)5 on the protection of women against violence”, stabilisce per la prima volta dei parametri vincolanti per prevenire la violenza contro le donne e la violenza domestica, proteggere le vittime e punire gli autori. La Convenzione è entrata in vigore l’8 agosto del 2014 e al momento è stata ratificata da 16 Stati, tra i quali la Spagna il 10 aprile 2014 e l’Italia con la legge 27 giugno 2013, n. 77¹.

Questa Convenzione radica la violenza contro le donne nel più ampio contesto dell’impegno per la promozione dell’uguaglianza tra donne e uomini e considera la violenza contro le donne come una forma di discriminazione da combattere². Tanto è vero che si evidenzia nella relazione di accompagnamento che la discriminazione è spesso la causa della tolleranza verso tale forma di violenza; ogni misura rivolta, allora, a combattere la violenza contro le donne deve promuovere l’uguaglianza tra uomini e donne quale fondamentale strumento per prevenire la violenza in futuro.

Una fattispecie si ritiene espressione di discriminazione quando colpisce in maniera sproporzionata le donne, come ad esempio lo *stalking*³ (in Europa gli uomini *stalker* sono l’85.5% vs. il 14.5% delle donne)⁴.

Nella definizione di violenza contro le donne⁵ la Convenzione chiarisce che tale forma di violenza deve essere intesa come una violazione dei diritti umani, - in quanto rappresenta innanzitutto una violazione del diritto di ogni persona a vivere libera dalla violenza nella sfera pubblica o privata (art. 4)-, e una forma di discriminazione; ciò è in linea con lo scopo della Convenzione sancito nell’art. 1 (b).

La Convenzione enfatizza, inoltre, il concetto di violenza domestica, definita all’art. 3, lett. b) come ricomprensivo “tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all’interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l’autore di tali atti condivide o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima”. Non si deve dimenticare, infatti, che in molti ordinamenti la violenza domestica è stata sino a tempi recenti considerata meno grave della violenza extradomestica: “Historically, domestic violence (familial and/or intimate partner abuse) was not considered a significant issue for the criminal justice system (Fradella and Fischer 2010: 25). Thought to be a private matter, this type of violence was seen as victimless because it did not affect the public order and was subsequently of little concern to the criminal justice system (Cretney and Davis 1997; Mills 1998; Hartman and Belknap 2003)”. Solo recentemente grazie alle campagne di informazione e di lobby politica del movimento

femminista e di gruppi di avvocati è emersa la coscienza della gravità del fenomeno e della necessità di cambiare l'approccio della giustizia nei suoi confronti⁶.

L'art. 5, quindi, impone agli Stati l'obbligo non solo di astenersi da qualsiasi atto che costituisca una violenza nei confronti delle donne e di garantire che le autorità, i funzionari, i rappresentanti statali, le istituzioni e ogni altro soggetto pubblico che agisca in nome dello Stato si comportino in conformità con tale obbligo, ma anche l'obbligo (comma 2) di *adottare "le misure legislative e di altro tipo necessarie per esercitare la debita diligenza nel prevenire, indagare, punire i responsabili"*⁷.

La nozione di "violenza domestica" è stata recepita nell'ordinamento italiano con l'art. 3, co.1, del d.l. n. 93 del 2013, che riprendendo letteralmente la definizione di violenza domestica prevista nella Convenzione di Istanbul, ha introdotto la misura preventiva extrapenale dell'ammonizione da parte del questore di chi abbia commesso, in ambito domestico, il reato di percosse (581 c.p.) o di lesioni personali lievissime non aggravato da altra previsione che le renda procedibili di ufficio (art. 582, co. 2, c.p.): "uno o più atti, gravi ovvero non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo di matrimonio o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima".

L'obbligo di diligenza contro la violenza domestica proveniente dalla Corte EDU

L'art. 5 della Convenzione di Istanbul riflette le raccomandazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

In un caso recente riguardante una donna vittima di violenza domestica (la cui madre viene uccisa dall'ex partner) la Corte ha adottato l'obbligo di doverosa diligenza (*Opuz v. Turkey*, 2009), stabilendo l'obbligo positivo di proteggere il diritto alla vita (Article 2 ECHR) e imponendo alle autorità statali di esercitare la doverosa diligenza a tal fine, a partire dall'adozione di misure operative preventive per la protezione degli individui la cui vita è a rischio⁸.

La Corte europea ritiene che in questo caso le autorità statali abbiano fallito nel loro obbligo di proteggere la richiedente e la madre di lei dalla violenza, constatando la violazione del diritto alla vita e del divieto di tortura e di discriminazione; ha stabilito che l'incapacità dello stato, anche se non intenzionale, di proteggere le donne dalla violenza domestica ha violato il diritto delle donne a un'uguale tutela da parte della legge e che la generale e discriminatoria inerzia dei giudici in Turchia ha creato un clima favorevole alla violenza domestica.

La Corte Europea mette in evidenza gli *obblighi di incriminazione* della violenza contro le donne derivanti da diverse convenzioni internazionali, a partire dall' Art. 19 della CEDAW (United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women - "CEDAW", 1979), alla Raccomandazione "Rec(2002)5 che impone agli Stati di incoraggiare i pubblici ministeri a considerare la violenza contro le donne un fattore aggravante o decisivo nel decidere se perseguire un comportamento", per poi evidenziare che nel terzo rapporto, del 20 gennaio 2006, alla "*Commission on Human Rights of the United Nations Economic and Social Council (E/CN.4/2006/61)*", il relatore speciale sulla violenza contro le donne ha stabilito che sussiste una regola di diritto consuetudinario internazionale che "obbliga gli Stati a prevenire e reagire agli atti di violenza contro le donne con la dovuta diligenza".

La Corte valuta, quindi, la capacità deterrente del sistema penale nella sua concreta applicazione, sancendo che nel caso di specie: "*the criminal-law system, as applied in the instant case, did not have an adequate deterrent effect capable of ensuring the effective prevention of the unlawful acts committed by H.O.*"⁹ (violation of Article 13 (right to an effective remedy)).

Nel caso *Eremia and Others v. the Republic of Moldova*¹⁰, in cui la ricorrente lamentava la mancata tutela da parte delle autorità nei confronti suoi e dei propri figli contro le aggressioni dell'ex marito e padre, la Corte ha condannato lo Stato non solo per la violazione degli artt. 3 (divieto di trattamenti inumani e degradanti) e dell'art. 8 (la tutela della vita privata), ma anche dell'art. 14 (divieto di discriminazioni) letto in combinato disposto con l'art. 3, perché non solo le autorità non hanno tutelato la donna ma con un atteggiamento di sostanziale tolleranza della violenza in questione hanno manifestato un approccio discriminatorio nei confronti della ricorrente in quanto donna; come emerge anche dalla relazione del "*United Nations Special Rapporteur on violence against women*", sembra che le autorità del paese

non prendano pienamente in considerazione la gravità e le dimensioni del problema della violenza di genere nella Repubblica della Moldavia con un conseguente effetto discriminatorio nei confronti della donna¹¹. In questo caso la Corte Edu ribadisce il positivo obbligo dello Stato ai sensi dell'art. 3 CEDU di introdurre una legislazione destinata a prevenire e punire i maltrattamenti da parte di privati e da parte dello Stato di dare efficace applicazione alla legislazione in materia, quando l'autorità è consapevole di un imminente rischio in capo a un cittadino identificato o quando il maltrattamento si è già verificato, apprestando protezione alle vittime e punendo i responsabili¹².

Invece la Corte Europea nel recente caso *Rumor v. Italy*, ha ritenuto che la legislazione italiana è adeguata alla lotta contro la violenza domestica ed effettiva, non sussiste alcuna violazione dell'art. 3 e dell'art. 14 e quindi ha rigettato il ricorso di una donna che lamentava la mancanza di adeguato sostegno dopo un serio episodio di violenza domestica e la mancata protezione contro ulteriore violenza¹³.

La disciplina spagnola contro la violenza di genere

In Spagna il fenomeno della violenza domestica ha assunto una gravità intollerabile: "in 10 anni ha fatto più vittime delle autobombe dei terroristi baschi dell'Eta"¹⁴.

Nel 2004 è stata introdotta la "*Ley Organica 1/2004 del 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la violencia de género*"¹⁵, la quale, come è espresso nell'articolo 1 del titolo preliminare della suddetta legge, ha come fine quello di agire contro la violenza che esprima, quale manifestazione della discriminazione, la situazione di disuguaglianza e le relazioni di potere degli uomini sulle donne; violenza che sia esercitata su queste ultime da parte di chi sia o sia stato loro coniuge oppure da chi sia o sia stato legato ad esse da relazioni simili di affettività anche senza convivenza. Mediante tale legge sono state stabilite norme di protezione totale al fine di prevenire, sanzionare e sradicare tale violenza, intesa come violenza fisica, psicologica, - incluse le aggressioni alla libertà sessuale, le minacce, le coercizioni e le privazioni arbitrarie della libertà⁻¹⁶, e delle misure di assistenza alle vittime.

Contro le manifestazioni di violenza di genere il codice penale spagnolo prevede specifici reati: la violenza domestica (art. 153 c.p.) in caso di relazione intima tra i due soggetti, il mobbing in caso di relazione lavorativa e la molestia sessuale nell'ipotesi in cui l'autore abbia intenzioni di tipo sessuale (a parte la violenza sessuale); non era stata introdotta una specifica fattispecie di stalking¹⁷ sino all'introduzione della Ley organica 1/2015, ma alcuni comportamenti consistenti in forme di attenzione persistente ed indesiderata venivano perseguiti attraverso la contravvenzione prevista dall'art. 620, c. 2 CP (che puniva una condotta diretta a minacciare, insultare o umiliare, in modo non grave, un'altra persona, applicabile quando tra l'autore e la vittima non sussisteva una relazione di tipo sentimentale o lavorativo). L'art. 620 e tutto il libro III è stato abrogato dalla L.O. 1/2015¹⁸.

Per gli episodi di stalking più gravi, il giudice, invece, poteva e può ricorrere all'articolo 173 CP¹⁹, - contenuto nel Titolo VII "Torture ed altre offese contro l'integrità morale" -, che viene utilizzato frequentemente per affrontare specifici episodi di violenza domestica, molestie o minacce continuate, in grado di produrre un elevato e grave livello di umiliazione nella vittima, a parte il ricorso alla fattispecie di lesioni.

La Ley organica n. 1/2015 ha introdotto una specifica fattispecie di stalking "acoso" nell'art. 172 ter.

2.1. Le fattispecie aggravate "discriminatorie" contro la violenza di genere.

In particolare, poi, la Ley Organica 1/2004 contra la violencia de género ha introdotto delle fattispecie che possiamo definire aggravate per gli uomini, nel senso che si prevede un più severo trattamento punitivo per gli uomini che realizzano determinati comportamenti a scapito delle donne con le quali hanno o avevano una relazione affettiva, indipendentemente dalla convivenza: "Lesioni" (art. 148.4. ° CP), "l'abuso e lesioni lievi" (art. 153.1 CP²⁰), "minacce lievi" (art. 171.4 CP) e "coercizioni lievi" (art. 172.2 CP)²¹.

Ad esempio, la pena delle fattispecie di lesioni personali (artt. 147 e 148 c.p.) è aumentata, reclusione da due a cinque anni, nell'ipotesi in cui il reato sia posto in essere da un uomo nei confronti di una donna nelle condizioni anzidette; se il reato è realizzato da una donna nelle stesse condizioni si applica la reclusione da sei mesi a tre anni (da tre mesi a tre anni in seguito alla riforma introdotta dalla L.O. 1/2015)²².

Le fattispecie in esame, laddove puniscono più gravemente la medesima condotta se

realizzata da un uomo nei confronti di una donna, in prima battuta rappresentano una violazione dell'art. 14 Cost., principio di uguaglianza, in un ordinamento in cui il sesso non è considerato un legittimo "criterio di discriminazione" (STC 28/1992, de 9 de marzo).

In base alla dottrina in materia, accolta e sintetizzata nella decisione STC 76/1990, del 26 aprile, e più recentemente da STC 253/2004, però: "a) non tutte le differenze di trattamento di una legge presuppongono una violazione dell'art. 14 della Costituzione, tranne se si tratta di una disuguaglianza che introduce una differenza di trattamento tra situazioni che possono considerarsi uguali e in mancanza di una giustificazione oggettiva e razionale; b) il principio di uguaglianza esige che a presupposti uguali di fatto si applicano uguali conseguenze giuridiche, dovendo considerare uguali dei presupposti di fatto quando l'utilizzazione o l'introduzione di elementi di differenziazione risulta arbitraria o priva di fondamento razionale; c) il principio di uguaglianza non impedisce al legislatore qualunque diversità di trattamento, ma solo quelle che risultano artificiose o ingiustificate per non essere fondate su criteri oggettivi sufficientemente razionali in base a criteri o giudizi di valore generalmente accettati; d) infine, affinché la differenziazione risulti costituzionalmente lecita non basta che rappresenti lo scopo perseguito, ma è anche essenziale che le conseguenze giuridiche derivanti da tale distinzione siano adeguate e proporzionate al detto fine, in maniera che la relazione tra la misura adottata, il risultato che si produce e il fine preteso dal legislatore superino un giudizio di proporzionalità in sede costituzionale, evitando risultati particolarmente gravosi o eccessivi".

La Corte Costituzionale Spagnola ha affrontato più volte la questione di legittimità costituzionale di tale disciplina per violazione del principio di uguaglianza, art. 14. In particolare, le STC 59/2008, del 14 maggio, o 81/2008 hanno analizzato la costituzionalità del primo inciso dell'art. 153.1 CP, che punisce il maltrattamento occasionale, e la recente STC 41/2010, del 22 luglio, ha rigettato la questione di costituzionalità sollevata in relazione all'art. 148, c. 4 CP. La STC 45/2009 ha affrontato la questione di costituzionalità relativa all'art. 171, c. 4 CP, nei confronti del delitto di minacce lievi, e la STC 127/2009 in relazione al delitto di "coazioni lievi" ex art. 172, c. 2 CP. In tutte queste sentenze si risponde a due fondamentali questioni: se la disciplina in questione che prevede un trattamento punitivo differente della medesima condotta in funzione del sesso dei soggetti attivi e passivi sia contraria all'art. 14 CE e, di conseguenza agli artt. 1, c. 1, 9 e 10, c. 1 CE²³; se le "aggravanti" (circostanze o fattispecie autonome) si fondano su una presunzione contraria alla presunzione di innocenza e al principio di colpevolezza, presunzione consistente nel ritenere che le aggressioni degli uomini contro le donne, che sono o sono state partner, costituiscano una manifestazione di discriminazione.

La STC n. 59/2008

Una delle prime sentenze in materia del Tribunale Costituzionale è la n. 59/2008²⁴ che ha affrontato la questione di costituzionalità relativa all'art. 153, comma 1 c.p. spagnolo²⁵, introdotto sempre dalla Ley Orgánica 1/2004, che punisce il maltrattamento occasionale con la reclusione da sei mesi a un anno quando il soggetto attivo è un uomo e il soggetto passivo «sua moglie, o la donna che sia o sia stata legata a lui da un'analogia relazione di affetto anche senza che vi sia stata convivenza», mentre la medesima condotta è punita con la reclusione da tre mesi a un anno quando il soggetto attivo è una donna e il soggetto passivo un uomo (art. 153.2 CP). E' stata mossa la questione di legittimità costituzionale per la violazione del principio di uguaglianza²⁶ in relazione al primo inciso del paragrafo 153 che richiede che la vittima sia una donna e l'autore un uomo; non si discute, invece, la costituzionalità dell'aggravante prevista dal quarto comma, relativa alla condizione del soggetto passivo di persona particolarmente vulnerabile.

Il giudice che solleva la questione di costituzionalità nel caso in esame, magistrato titolare della Corte Penale n. 4 di Murcia, evidenzia che è la stessa legge in esame che presuppone che la violenza di genere si fonda su una situazione di discriminazione dell'uomo sulla donna (art. 1), precisando che non sussistono dubbi sul fatto che il soggetto passivo è la donna e il soggetto attivo è l'uomo (come emerge dall'inclusione di termini come «"esposa" y "mujer ligada a él" deja poco margen para una interpretación, sostenida por algunos autores, que admita la autoría femenina respecto de este inciso en el que, se insiste, es en todo claro el sexo necesariamente femenino del sujeto pasivo»). Quest'interpretazione è accolta dal Tribunale (FJ4a).

Il precetto presuppone, inoltre, una relazione, attuale o passata, coniugale o di affettività

analogia, non la convivenza. Gli elementi che caratterizzano l'aggravante sono il sesso e la relazione coniugale o analoga; la convivenza non è rilevante per giustificare la discriminazione legata al sesso in quanto è possibile anche tra omosessuali (in particolare dopo l'entrata in vigore della Ley 13/2005, del 1 luglio).

La mancanza di necessità della convivenza, unita al sesso maschile dell'autore, evidenziano "come bene giuridico addizionale all'integrità fisica e psichica delle persone cui si riferisce la fattispecie, il divieto di comportamenti discriminatori, realizzati in forma violenta, in un determinato ambito, quello della relazione di una coppia eterosessuale, da parte dell'uomo nei confronti della donna".

Le censure di illegittimità costituzionale

Il giudice rimettente esamina, innanzitutto, il problema del rispetto del principio di proporzione tra la misura adottata e la finalità perseguita, nonché i risultati conseguiti. Si evidenzia che anche se le dimensioni del fenomeno sociologico in esame, la violenza domestica, come rilevate statisticamente, potrebbero giustificare la necessità della reazione penale più severa in ragione del sesso e, quindi, in considerazione della messa in pericolo di beni giuridici costituzionalmente protetti, assicurando il rispetto del principio di proporzione, il discorso si attegga diversamente nell'ipotesi di maltrattamento occasionale, in cui il trattamento sanzionatorio più severo appare sproporzionato. A parte il fatto che il giudice proponente non ritiene di accogliere l'argomento statistico come giustificazione dell'aggravante in esame. In base a tale argomento, poiché la maggior parte delle aggressioni integranti la violenza domestica sono realizzate da uomini, è legittimo castigarli più gravemente. Senza negare il dato statistico, si osserva che non si giustifica in sé l'aggravamento in considerazione del sesso maschile rispetto a condotte identiche, perché altrimenti laddove un reato è commesso con una frequenza decisamente superiore da parte di uomini si potrebbe sempre giustificare l'introduzione di una simile aggravante. Le statistiche non possono rappresentare un argomento per giustificare il diverso trattamento.

Tra gli argomenti avanzati a sostegno della disciplina in esame, quello relativo all'*animus discriminatorie* implicito presenta un più chiaro fondamento nella norma di origine, l'art. 1 della Ley Orgánica 1/2004 che definisce la violenza di genere come "manifestazione di discriminazione": si giustificerebbe l'aggravamento di pena per punire l'ulteriore aggressione al proprio diritto alla parità e la violazione del divieto di discriminazione fondata sul sesso; però l'organo promotore solleva dei dubbi sulla costituzionalità di una disposizione di protezione di tale ulteriore bene giuridico rappresentato dal diritto alla parità. Se si vuole sostenere una presunzione circa la presenza di una componente discriminatoria in alcuni tipi di condotte violente, infatti, la medesima presunzione si dovrebbe riferire a quelle condotte nelle quali si rivela con chiarezza quello che è stato definito come "profilo del maltrattatore" o la "sindrome della moglie maltrattata"; pretendere che tale disvalore specifico addizionale o il motivo discriminatorio rappresenti una giustificazione razionale della differenza di trattamento del maltrattamento occasionale in mancanza di una corrispondente disciplina per il maltrattamento abituale compromette la razionalità del sistema. A parte la considerazione che si tratterebbe dell'unico paese con una tale normativa in quanto l'unico paese che prevede una disciplina simile, la Svezia, l'ha introdotta in relazione a condotte di violenza abituale, al fine di proteggere l'integrità morale della donna quale bene giuridico speciale.

La presunzione del motivo discriminatorio solo in capo all'uomo, inoltre, "reclama la discutible conexión de los supuestos típicos con el concepto de violencia de género, con riesgo para los principios de seguridad jurídica y legalidad", e si porrebbe in contrasto con il principio di colpevolezza e di responsabilità per il fatto, nonché con la presunzione d'innocenza e il diritto all'uguaglianza. Anche il giudice proponente nel caso STC n. 45/2010 sottolinea il contrasto della presunzione dell'intento discriminatorio con la presunzione d'innocenza²⁷.

L'organo proponente rileva, ancora, che ammettere una presunzione di intenzione discriminatoria nella condotta penale descritta, rappresenta "un'estensione della responsabilità del gruppo al concreto individuo giudicato, un recupero del Diritto penale d'autore. Il soggetto attivo si erige, per ragione della sua pertinenza al gruppo identificato come oppressore²⁸, in aggressore qualificato indipendentemente dal fatto che il soggetto, in concreto, realizza o no la condotta "di oppressione" o discriminatoria, senza esigere che questa condotta concreta commessa da lui, con nome e cognome e non da "un uomo", si riveli discriminatoria. In tale direzione si osserva che l'aggravante in esame non si può giustificare

come una formula di riparazione o compensazione collettiva per le precedenti discriminazioni subite dalle donne perché ciò comporterebbe la conseguenza di punire più severamente l'uomo "in virtù dell'imputazione di una responsabilità collettiva", come rappresentante o erede del gruppo oppressore: ciò sarebbe in contrasto con il principio di colpevolezza del diritto penale.

La preoccupazione per la neutralità sessuale nella descrizione dei tipi penali è una costante della politica criminale spagnola sin dall'approvazione della Costituzione, anche se a un certo punto la preoccupazione del legislatore penale per l'uguaglianza ha portato all'inclusione di misure discriminatorie nel codice penale, come la disciplina del genocidio, la discriminazione al lavoro (art. 314), la provocazione della discriminazione (art. 510) e altre fattispecie, come l'aggravante generica della discriminazione nell'art. 22.4 CP. In tutte queste fattispecie, in cui si proibisce la discriminazione, è protetto come bene giuridico, unico o addizionale, il diritto all'uguaglianza, ma si caratterizzano tutte per la neutralità della descrizione del soggetto attivo.

In base ad un'altra interpretazione, una spiegazione dell'aggravante sarebbe fondata sul piano dell'antigiuridicità, in considerazione del disvalore addizionale provocato dal maltrattato in virtù dell'appartenenza della vittima a un gruppo "oppresso", dando priorità non al motivo discriminatorio in sé ma agli effetti che il delitto realizzato con questa motivazione produce nel soggetto passivo; in tal caso i dubbi di costituzionalità non scomparirebbero, ad avviso del giudice proponente, in quanto si avrebbe comunque una differenza di trattamento per ragioni di sesso.

L'altra giustificazione avanzata a sostegno della disciplina in esame sarebbe fondata sull'abuso di superiorità dell'aggressore, determinata anche dalla situazione di speciale vulnerabilità della vittima, richiedendo (ad esempio nei delitti sessuali ex art. 180, c. 3 CP) non necessariamente l'abuso della situazione di vulnerabilità, ma che il soggetto attivo conosca la situazione oggettiva di squilibrio di forze a favore dell'aggressore e a danno della vittima. Si contesta, però, l'utilizzo di una categoria sociologica come presupposto giuridico dell'aggravamento nel caso concreto: "se reconduciría a la hipótesis ya expuesta de interpretación de la norma como medida antidiscriminatoria". E comunque ad avviso del giudice proponente poiché l'abuso di superiorità è presunto, si tratterebbe di una violazione della presunzione d'innocenza; in ogni caso, si osserva, senza violare il principio di uguaglianza si potrebbe ottenere il medesimo risultato con un aggravante generica laddove la vittima sia persona specialmente vulnerabile, senza offendere la dignità della donna presumendo nella relazione di coppia una sua minorata difesa.

La presunzione di particolare vulnerabilità della donna rappresenterebbe, come sancito dalla Corte Costituzionale nella sentenza SSTC 214/1991, del 11 novembre, e 176/1995, del 11 dicembre, "una negación de su condición de seres humanos iguales a los demás, efecto éste que afecta a su dignidad personal". Si finirebbe per accogliere una visione paternalistica della donna e il privilegio istituito a suo favore rappresenterebbe una forma coperta di discriminazione che si rivolta contro di lei. Postulati normativi come quelli in esame, benché pretendano il contrario, non hanno inciso nell'immagine di prostrazione della donna, come persona vulnerabile o inferiore, che necessita di una speciale protezione, sia che provenga, come succedeva in base alla convinzione sociale dei tempi passati, dal padre o dal marito, sia che provenga, come sembra avvenire ora, da parte dello Stato.

La prevenzione generale non può giustificare per sé sola una differenza di trattamento in sede penale, per ragioni di sesso; la norma intesa come misura antidiscriminatoria perseguirebbe una finalità legittima, ma la forma in cui si è articolata, la natura penale della norma e l'incidenza punitiva concreta, non giustifica la disuguaglianza constatata ed è incompatibile con i principi costituzionali. Si potrebbe perseguire la maggiore gravità del maltrattamento coniugale con un aggravamento della pena senza distinzioni di sesso.

La limitazione della rilevanza del carattere discriminatorio della condotta solo in relazione alla violenza che si manifesta nell'ambito coniugale o assimilato viene considerata arbitraria perché anche in altri contesti si manifesta una violenza espressione di una situazione di dominio anche nei confronti della donna, come quella tra padre e figlia.

La teoria dell'azione positiva

L'organo proponente ricorda che si è cercato di giustificare la differenza di trattamento in base alla dottrina dell' "azione positiva" o diritto diseguale egualitario (STC 229/1992, de 14 de diciembre), accolta dalla Corte Costituzionale spagnola²⁹. Si ritiene che la differenza di

trattamento opera come “un rimedio correttore di passate ingiustizie consumate sopra un gruppo specifico, determinando una redistribuzione del lavoro, dell’educazione, delle spese pubbliche e di alcuni altri beni, a favore di questo gruppo, caratterizzato normalmente per la razza, l’etnia o il genere, arrivando a concedere un trattamento preferenziale per facilitare il loro accesso a questi beni, a titolo di risarcimento per la discriminazione attuale o passata diretta contro di loro, al fine di garantire una distribuzione proporzionale di quei beni”.

L’origine storica della teoria dell’azione positiva si individua nel diritto degli Stati Uniti d’America, sebbene si sia diffusa in altri paesi e sia stata inclusa nel “diritto comunitario europeo” (art. 141, c. 4 del TCE, il cui contenuto è ripreso nella Direttiva 2002/73/CE e nella Direttiva 2004/0084). In alcune pronunce è stata riconosciuta la legittimità di questa politica in relazione a supposte discriminazioni per ragioni di sesso (SSTC 3/1993, del 14 gennaio; 229/1992; 28/1992), e in particolare nella sentenza STC 28/1992, si distingue tra “norme di protezione”, che rispondono a una considerazione non uguale della donna lavoratrice, costituzionalmente illegittime; e norme che possono denominarsi “promotrici” che contengono misure che tendono a compensare una disuguaglianza, cercando di raggiungere un’effettiva parità di accesso e il mantenimento dell’occupazione delle donne rispetto agli uomini.

Si contesta, però, che il recepimento di tale dottrina dell’azione positiva è assolutamente limitato e non può attribuirsi alla storia politica spagnola, e anche nell’ordinamento europeo si esprimono riserve in relazione a queste misure, come dimostra la sentenza della Corte di Giustizia (STJCE) del 17 ottobre 1995 (caso Kalanke). Inoltre si evidenzia che è sorto un movimento revisionista che avverte sugli effetti perversi di tale dottrina che può determinare una nuova discriminazione fondata sul sospetto di mancanza di vere capacità o merito professionale o accademico dei suoi attuali o potenziali beneficiari.

Il legislatore spagnolo ha realizzato con la legge in esame un’azione positiva, non diretta nei confronti della donna come tale, ma in quanto vittima della violenza di genere, definita restrittivamente all’interno di una relazione matrimoniale o assimilata, presente o passata, anche in mancanza di convivenza, e consistente in tutti gli atti di violenza fisica o psicologica, incluse le aggressioni alla libertà sessuale, le minacce, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà (art. 1.1 Ley Orgánica 1/2004).

Il giudice proponente mette in discussione il carattere di azione positiva della legge in questione che comporta un più grave trattamento sanzionatorio in considerazione della differenza sessuale tra i protagonisti del delitto e non un maggiore accesso a beni. Si riprendono le argomentazioni della sentenza della Corte Costituzionale (STC 229/1992) che aveva usato quella teoria in quanto si occupava di una situazione di disuguaglianza nel mondo del lavoro, in relazione a una disciplina volta a garantire la promozione e non la protezione della donna; risulta incomprensibile l’uso della teoria dell’azione positiva nel contesto in esame se si tiene conto dell’insistenza del giudice costituzionale sull’esigenza di rimuovere le barriere per la donna, protagonista della sua realizzazione personale e non mero soggetto protetto, esprimendo un maggiore rispetto della dignità della donna, capace di costruire il suo proprio destino in condizioni di uguaglianza, una volta eliminati gli ostacoli all’accesso al mondo del lavoro. Si riprendono, inoltre, gli argomenti del Rapporto del Consiglio Generale del Potere Giudiziario al progetto che ora è Legge Organica 1/2004, in cui si precisa che non è possibile adottare la teoria dell’azione positiva in settori come il penale o quello relativo agli organi giudiziari, in cui non esiste un precedente squilibrio e non sussistono beni non accessibili per le donne. La teoria in questione può essere adottata in settori come quello del lavoro, della politica, dell’educazione, e non nel settore penale in cui una simile disciplina è piuttosto insolita anche nel diritto comparato, essendo adottata solo in Spagna e in Svezia.

In base all’opinione del magistrato proponente, può citarsi come precedente la sentenza della STC 126/1997 relativa alla successione nei titoli nobiliari in cui si è affermata la costituzionalità della discriminazione per ragioni di sesso interessando un settore del sistema giudiziario, come quello del diritto nobiliare, carente di contenuto materiale, mentre si dovrebbe pervenire a una soluzione diametralmente opposta nel diritto penale, settore meno simbolico e con conseguenze maggiormente incisive. Una diversa disciplina fondata sul sesso in diritto penale violerebbe ingiustificatamente il principio di uguaglianza, la presunzione di innocenza e la dignità della persona.

Gli argomenti del Tribunale Costituzionale

La Corte dopo avere accolto l’interpretazione dell’organo proponente in base alla quale il

soggetto attivo del reato può essere solo un uomo (che realizza il fatto contro la donna legata da coniugio o relazione affettiva nel presente o in passato), evidenza che in ogni caso anche le relazioni della donna nei confronti degli uomini possono essere punite più severamente laddove si realizza l'altra aggravante prevista dall'art. 158 CP, ultimo comma, e cioè si realizza l'aggressione nei confronti di una persona specialmente vulnerabile indipendentemente dal sesso del soggetto attivo, purché conviva con l'autore o l'autrice del reato.

La Corte evidenzia, poi, che le scelte di politica criminale spettano al legislatore, che gode di un ampio margine di libertà, anche con riferimento alla scelta della pena proporzionata al disvalore del fatto; al Tribunale costituzionale spetta solo valutare se sia rispettata la Costituzione e quindi se "siano stati rispettati i limiti esterni che il principio di uguaglianza impone ..all'intervento legislativo"³⁰. Il principio in questione riconosciuto dall'art. 14 della Costituzione pretende "che il trattamento differenziato di uguali presupposti di fatto abbia una giustificazione oggettiva e ragionevole e non comporti conseguenze sproporzionate sulle diverse situazioni in vista dell'obiettivo perseguito da tale differenziazione. Escluso in questo caso la mancanza di obiettività della norma, pur senza dubbio rimanendo il suo carattere generale e astratto, si procede allora all'analisi della ragionevolezza del diverso trattamento e della mancanza di conseguenze sproporzionate (FJ 10), distinguendo logicamente in primo luogo tra la legittimità del fine della norma (FJ 8) e l'idoneità a tale scopo della denunciata differenziazione (FJ 9), ...citando STC 222/1992, dell'11 dicembre"³¹.

Il Tribunale Costituzionale richiama, poi, la giurisprudenza costituzionale sul principio di uguaglianza e di non discriminazione³² riassumibile nelle parole conclusive della sentenza del STC 222/1992, che stabilisce che il principio di uguaglianza impone al legislatore il rispetto di una triplice esigenza per giustificare una differenza di disciplina normativa: un fine individuabile e legittimo; l'adeguatezza della discriminazione al perseguimento della finalità; la proporzionalità, non si devono realizzare sproporzioni manifeste nell'attribuzione di diritti, obbligazioni o qualunque situazione giuridica soggettiva a differenti gruppi e categorie³³.

Nel compiere, allora, tale valutazione il Tribunale osserva che la Ley Orgánica n. 1/2004 che ha introdotto l'aggravante in esame persegue, come emerge chiaramente dall'art. 1.1, il *fine principale* di prevenire le aggressioni che nell'ambito della coppia si realizzano come manifestazione del dominio dell'uomo sulla donna in quel contesto; il suo scopo è quello di proteggere la donna in un ambito in cui il legislatore ritiene che i beni fondamentali (la vita, l'integrità fisica e la salute) e la stessa libertà e dignità sono insufficientemente protette. Il suo obiettivo è combattere all'origine un abominevole tipo di violenza che si genera in un contesto di disuguaglianza e di farlo con diverse tipologie di misure, compresa quella penale.

Questo fine si giustifica, da una parte, in considerazione della speciale incidenza che rivestono nella realtà spagnola le aggressioni contro le donne e la particolare gravità della violenza di genere, che costituisce l'espressione più brutale della disuguaglianza esistente nella loro società, diretta "contro le donne per il fatto di essere considerate dai loro aggressori, prive dei diritti minimi di libertà, rispetto e di capacità decisionale", e che ha uno dei suoi settori chiave nei rapporti di coppia (esposizione dei motivi I). Dall'altra parte in quanto questo tipo di violenza «costituisce uno degli attacchi più evidenti ai diritti fondamentali quali la libertà, l'uguaglianza, la vita, la sicurezza e la non discriminazione sanciti dalla Costituzione, le autorità pubbliche "non possono essere ignare " di ciò (preambolo II)».

Quindi l'aggravante in esame persegue un fine legittimo: "la protezione della vita, l'integrità fisica, la libertà e la sicurezza della donna, che il legislatore ritiene insufficientemente protette nell'ambito della relazione di coppia, così come quello della lotta contro la disuguaglianza della donna nel detto ambito, che è una piaga che si sovrappone all'offensività dello specifico reato, con la conseguenza che appare lampante la legittimità costituzionale dello scopo della legge, in concreto del precetto penale in questione e la sufficienza del rispetto delle ragioni addotte dal legislatore". L'uguaglianza sostanziale è "l'elemento definitorio della nozione di cittadinanza" (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 5) e la violenza dell'uomo contro la donna, che è o è stata sua partner, attenta in maniera intollerabile tale uguaglianza: non sussiste una forma più grave di sottovalutazione che quella che si manifesta nell'uso della violenza con la finalità di coartare l'altro nella sua essenziale autonomia, nel suo ambito più personale e di negare la sua uguaglianza e innegabile dignità.

Tale discriminazione dal punto di vista del soggetto attivo e passivo è anche considerata proporzionata in quanto funzionale (adeguata a perseguire lo scopo): la discriminazione esercitata dall'uomo sulla donna partner è più grave nell'ambito della relazione e quindi esige una maggiore sanzione che realizza una maggiore protezione della vittima. La percezione del legislatore della maggiore gravità non è irrazionale, ma si fonda innanzitutto sulla gravissima frequenza della violenza in questione, che rappresenta un primo razionale motivo a sostegno

della strategia del legislatore di perseguire la prevenzione generale di tale aggressione più grave attraverso una pena più severa.

La maggiore offensività sussiste, da una parte, per la sicurezza della vittima, con la diminuzione delle aspettative future, con il timore di essere nuovamente aggredita, dall'altra parte, per la sua libertà, in quanto il consolidarsi della discriminazione aggressiva dell'uomo contro la donna nell'ambito di una relazione determina un effetto intimidatorio che restringe la possibilità di realizzazione libera della sua volontà; si nega alla vittima la sua dignità in quanto persona e la si disprezza in quanto componente del gruppo disprezzato³⁴.

La Corte evidenzia correttamente l'importanza di riconoscere il presupposto di questo incremento di lesività dell'aggressione nella sua inserzione in un determinato "modello culturale" consistente nella "disuguaglianza nell'ambito della coppia"(FJ 9.a).

L'organo proponente contestava, poi, che la selezione delle fattispecie cui si applica l'aggravante in esame è incomprensibile poiché la Ley Orgánica 1/2004 ha escluso i delitti contro la libertà sessuale, la privazione arbitraria della libertà o, tutti i delitti contro la vita e più gravi contro l'integrità fisica e morale; in tal modo si altera la coerenza interna del sistema che deve garantire la proporzionalità tra la gravità della condotta e la sanzione. Si prevede l'aggravante per il maltrattamento occasionale e non per l'abituale ex art. 173.2 CP. La Corte non ritiene, invece, che tale razionalità del diverso trattamento e dell'aggravante in questione venga meno per il fatto che essa sia applicata al maltrattamento occasionale e non sia applicata a più gravi reati (maltrattamenti abituali, delitti contro la libertà sessuale, lesioni gravi e omicidio); "la comparazione non smentisce la razionalità del giudizio assiologico". Ciò che eventualmente può emergere è un deficit di protezione da parte dei precetti comparati – presupponendo una sproporzione in senso inverso, e in principio non costituzionalmente rilevante, o una disuguaglianza per indifferenza.

Non si tratta, si osserva ancora, di una discriminazione in ragione del sesso, come emerge dal termine "género" utilizzato nel titolo della legge in esame e che si utilizza nel suo articolato; il legislatore prende in considerazione per riconnettervi un più severo trattamento sanzionatorio il carattere particolarmente lesivo di certi fatti a partire dall'ambito relazionale in cui si realizzano e del significato oggettivo che acquistano come manifestazione di "*una grave y arraigada desigualdad*". "Si tratta di sanzionare più gravemente fatti più gravi, che il legislatore considera razionalmente che lo siano in quanto costituiscono "*una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad*"³⁵.

Si ritiene proporzionato il diverso trattamento previsto dalla disciplina in esame anche perché la violazione del principio di proporzionalità può essere fonte di dichiarazione di illegittimità costituzionale, in considerazione della discrezionalità del legislatore nella definizione dei delitti e nella determinazione delle pene, solo se manifesta (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 12), solo laddove sussista un "*desequilibrio patente y excesivo o irrazonable ... a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa*"³⁶. Non solo ma si deve tenere conto della ragione della differenza e dell'entità di tale differenziazione.

Il Tribunale evidenzia che la differenza di trattamento nella fattispecie in esame è assolutamente limitata se si considera "l'importanza dello scopo di protezione che si pretende di realizzare con la fattispecie penale aggravata (art. 153.1) e a fronte della constatazione che questo è stato fatto attraverso uno strumento di prevenzione adeguato, che è la pena privativa della libertà. Tale protezione è la protezione della libertà e dell'integrità fisica, mentale e morale delle donne rispetto a un tipologia di aggressioni, dei loro partner o ex partner di sesso maschile, che tradizionalmente sono state allo stesso tempo la causa e la conseguenza della loro posizione di subordinazione"³⁷.

Il Tribunale non accoglie le obiezioni relative alla violazione del principio di colpevolezza: l'aggravante in esame si fonderebbe su una presunzione legislativa che le aggressioni dell'uomo contro la donna nell'ambito di una relazione affettiva comportano un intento discriminatorio o un abuso di autorità, o un abuso di superiorità, o una situazione di vulnerabilità della vittima; e, inoltre, l'attribuzione all'uomo di una responsabilità collettiva "como representante o heredero del grupo opresor".

La Corte ritiene, invece, che la norma non presuppone la presunzione di un elemento di colpevolezza³⁸ o di anti giuridicità, nè una presunzione normativa di lesività, ma piuttosto si tratta della "*costatazione razionale di tale lesività a partire delle caratteristiche della condotta descritta e, tra l'altro, del suo significato oggettivo come riproduzione di un modello radicato di comportamenti aggressivi nei confronti delle donne da parte degli uomini nell'ambito del rapporto di coppia*".

Nè tantomeno si tratta di presumere in capo alla donna una speciale vulnerabilità, intesa come

particolare suscettibilità di essere aggredita o di subire danni, in contrasto con il rispetto della sua uguale dignità (art. 10.1 CE). Si tratta piuttosto del fatto che il legislatore, in conformità alla costituzione, considera la gravità o la peculiarità di certe aggressioni che si realizzano all'interno della coppia o tra ex partner, come fondamento del suo intervento penale tenendo conto della situazione di disuguaglianza generatrice di gravi conseguenze, in quanto aumenta l'insicurezza, l'intimidazione e il disprezzo che soffre la vittima.

Né si prende in considerazione la seconda obiezione. La Costituzione spagnola consacra il principio di colpevolezza come "principio strutturale fondamentale del diritto penale"³⁹, fondato sulla dignità della persona [STC 150/1991, FJ 4 b)] e comporta che la responsabilità penale è personale, per il fatto e soggettiva, con la conseguenza che è incompatibile con tale principio la responsabilità per il tipo di autore e la connessa commisurazione della pena in considerazione della personalità del reo, e non secondo la colpevolezza espressa nel fatto commesso [STC 150/1991, FJ 4 a)]. *Con l'aggravante in esame il legislatore ha razionalmente preso in considerazione il disvalore aggiunto, determinato dall'inserimento della condotta dell'autore in un modello culturale generatore di gravi danni alla vittima e che dota la sua azione di una violenza molto maggiore di quella espressa obiettivamente nel suo atto; questo non vuol dire che il soggetto attivo è punito per le aggressioni commesse da altri coniugi uomini, ma per il disvalore della sua propria e personale condotta: per la cosciente inserzione di essa in una concreta struttura sociale che contribuisce ulteriormente all'offensività della sua condotta violenta*⁴⁰.

In conclusione il Tribunale evidenzia che la differenza di trattamento introdotta dall'art. 153, c. 1, è limitata in considerazione dell'aggravante introdotta dal c. 4 applicabile anche alla donna autrice del fatto nei confronti di persona, uomo o donna, particolarmente vulnerabile, ma convivente, requisito che, come esaminato, non è richiesto dal 1 comma, con la conseguenza che, pur avendo l'interpretazione costituzionalmente orientata ridotto la disuguaglianza di trattamento, in ogni caso rimane la più ampia tutela delle donne. Il Tribunale non nega che tra le due aggravanti rimane una differenza di trattamento, ma la ritiene razionale⁴¹, frutto dell'ampia libertà del legislatore penale, e tale che, per la limitatezza e flessibilità delle sue previsioni punitive, non provoca conseguenze sproporzionate.

Non si ritiene violato il principio di colpevolezza perché si punisce la cosciente realizzazione del più grave comportamento tipizzato, non una presunzione.

4. L'applicazione facoltativa dell'aggravante nella sentenza n. 45/2010.—La Corte Costituzionale, nella sentenza esaminata, ha cercato di fornire un'interpretazione del soggetto passivo alla luce della *ratio* della norma conforme al principio di uguaglianza, sembrando delimitare tale ambito solo alle donne "soggette a una situazione di dominio", "manifestazione di discriminazione, di una situazione di disuguaglianza e di relazioni di potere dell'uomo sulla donna" («*manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*»), situazione che giustificerebbe la più grave sanzione a carico dell'uomo, ed equiparando gli uomini in tale situazione con la conseguenza che nella categoria dei soggetti passivi rientrerebbero tutte le «*personas especialmente vulnerables*».

La Corte Costituzionale Spagnola, nelle successive sentenze n. 41/2010 e n. 45/2010 del 28 luglio 2010, ha confermato le posizioni espresse nella precedente sentenza del 2008, ma ha anche cercato di dirimere i dubbi interpretativi suscitati da un'altra fattispecie di lesioni aggravate prevista dall'art. 148, c. 4⁴² interpretando correttamente, alla luce del dettato normativo, come facoltativo l'aggravamento sanzionatorio imposta dalla norma in questione; si chiarisce che nelle ipotesi in cui un uomo aggredisca e provochi lesioni ad una donna, sarà il Giudice che dovrà decidere di volta in volta se si tratta di "Violencia de genero" (intesa, come sopra spiegato, quale violenza frutto di una discriminazione da parte dell'uomo nei confronti di una donna, del genere maschile nei confronti del genere femminile), a seconda delle lesioni prodotte, risultato causato e rischio prodotto, come previsto dal dettato normativo (*dejada su imposición al arbitrio del juez en atención «al resultado causado y al riesgo producido»* (FJ 9.c) e, quindi, dell'esistenza nel caso in concreto di una vera discriminazione nei confronti della donna. Si mette in evidenza che l'applicazione da parte del giudice dell'aggravante prevista dall'art. 148.4 CP è facoltativa, dovendo il giudice accertare che i fatti 'realizzati non solo abbiano come vittima la donna coniugata o legata da relazione affettiva, ma che abbiano provocato un'ingiustizia qualificata, un maggiore disvalore rappresentato dal risultato causato o dal rischio prodotto, dall'intensità del rischio o dalla gravità del danno («*al resultado causado y al riesgo producido*»). Ne deriva, che la maggiore severità della pena nel precetto in questione non è determinata esclusivamente

dall'esistenza presente o passata di una relazione di coppia tra il soggetto attivo uomo e la donna, ma anche dalla concorrenza ulteriore di una particolare gravità della condotta per il bene protetto, potendo il giudice decidere di non applicare l'aggravante se, anche se si realizza una violenza di genere, non si configura quella particolare intensità del pericolo o del danno (STC 41/2010, de 22 de julio, FJ 9)⁴³.

Per il resto anche in tali sentenze la Corte Costituzionale ha confermato che imporre una pena maggiore all'uomo non implica una forma di discriminazione nei suoi confronti (motivo per cui era stata sollevata questione di costituzionalità da un Giudice del Tribunale di Albacete) e che quindi le norme di cui all'art. 148 sono costituzionalmente legittime: infatti lo scopo delle modifiche introdotte agli artt. 147 e 148 è quello di proteggere la donna in un ambito in cui il legislatore considera che i beni fondamentali della vita, della salute e dell'integrità fisica nonché la sua libertà e dignità non siano sufficientemente protetti, considerando inoltre che l'obiettivo principale è quello di combattere *ab origine* tale tipo di violenza che si produce in un contesto di disuguaglianza, lottando mediante diversi tipi di misure, tra cui sono comprese, ovviamente, quelle penali⁴⁴.

Si ritiene che gli artt. 153.1 e 148.4 CP non conducono a conseguenze sproporzionate incompatibili con il principio di uguaglianza. Innanzitutto perché, come già evidenziato nella sentenza precedente⁴⁵ la differenza di pena prevista dal primo comma dell'art. 153 è piuttosto limitata e non comporta, quindi, la violazione del principio di uguaglianza, tanto più se si considera che la pena detentiva è alternativa alla pena del lavoro a beneficio della comunità, uguale per entrambi i tipi, a parte la considerazione che l'art. 153, c. 1, prevede la stessa pena prevista quando il destinatario dell'aggressione è una persona particolarmente vulnerabile che convive con l'autore⁴⁶. Negli stessi termini si è pronunciata la sentenza STC 41/2010, del 22 luglio sull'art. 148.4 CP, precisando che la pena minima di due anni di detenzione contro i sei mesi della fattispecie basica ex art. 147.1 CP, e la massima di cinque anni in confronto ai tre anni non comporta come conseguenza un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable», anche in considerazione della finalità perseguita, la protezione della libertà della donna, che il legislatore intende insufficientemente protetta⁴⁷ e la lotta contro la disuguaglianza della donna in questo ambito⁴⁸. E poi il comma 5 dell'art. 148 prevede pure l'aggravante per l'ipotesi in cui la vittima è «persona especialmente vulnerable», consentendo di equiparare la lesione realizzata dall'uomo a quella realizzata dalla donna⁴⁹.

Parte della dottrina spagnola propone in generale, allora, di interpretare le aggravanti in questione in funzione della *ratio* espressa nell'art. 1, c. 1 della Legge contro la violenza di genere e cioè dell'affermazione del principio di uguaglianza come divieto di discriminazioni, nel senso che le aggravanti devono essere applicate solo laddove la condotta di violenza rappresenta una manifestazione di discriminazione, in una situazione di disuguaglianza e di dominio dell'uomo sulla donna o volto ad instaurare tale dominio, che sia o sia stata moglie o a lui legata da simile relazione affettiva (art. 1.1); l'eccezionale legittimazione delle norme discriminatorie nell'applicazione della sanzione detentiva si giustifica in ragione del perseguimento in positivo dell'uguaglianza sostanziale ex art. 9.2 e della parificazione come una delle finalità del mandato antidiscriminatorio, che presenta non solo una valenza negativa di divieto di certe differenziazioni⁵⁰.

In tale direzione, anche partendo da interpretazioni diverse, alcuni autori hanno proposto di applicare l'attenuante prevista dagli artt. 153.4⁵¹, 171.6 e 172.2, § 4, CP ai casi di violenza dell'uomo contro la donna che non costituiscono "aggressione di genere"⁵².

L'introduzione di "aggravanti di genere" rappresenta una prospettiva di politica criminale percorribile?

Dopo avere esaminato la disciplina e soprattutto la giurisprudenza elaborata in Spagna sulle fattispecie aggravate a carico dell'uomo che realizza determinate fattispecie lesive della dignità, della libertà e dell'incolumità fisica della donna alla quale è o era legato da una relazione affettiva, sembra interessante e provocatorio riflettere sull'opportunità di introdurre anche nell'ordinamento italiano delle aggravanti nei confronti dell'uomo che realizza dei reati contro la donna, esprimendo una concezione discriminatoria in conformità alle previsioni della Convenzione di Istanbul che pur prevedendo espressamente nel rapporto esplicativo del capitolo V, il diritto sostanziale, che in linea di principio il sesso della vittima o dell'autore non debba rappresentare un elemento costitutivo del crimine, questo non impedisce agli Stati aderenti di introdurre "*gender-specific provisions*" (§ 153) nel perseguire quello che rappresenta lo scopo primario della disciplina penalistica "*to guide Parties in putting into*

place effective policies to rein in violence against women and domestic violence – both of which are still, unfortunately, widespread crimes in Europe and beyond” (§ 152). Si tratta di una mera provocazione nella consapevolezza della difficoltà che incontrerebbe un eventuale proposta legislativa in tale direzione e della sua indubbia problematicità, una provocazione volta ad evidenziarne, però, la plausibilità e possibile funzionalità sotto un profilo politico criminale anche in un ordinamento come quello italiano che non sembra così lontano dal punto di vista socio-culturale da quello spagnolo; il tutto nella consapevolezza che il diritto penale e in particolare l’aggravamento del trattamento sanzionatorio non può e non deve rappresentare l’unico strumento per risolvere un grave fenomeno sociale e criminale come quello della violenza di genere.

In Italia i dati forniti dal [Rapporto sulla missione in Italia della Relatrice Speciale ONU contro la violenza sulle donne 2012](#)⁵³ continuano a essere raccapriccianti, continuando a evidenziare che la violenza domestica nella sfera privata è grave in termini numerici, anche se rimane in gran parte invisibile e sotto-denunciata⁵⁴: “con un tasso di diffusione fino al 78%, la violenza domestica è la forma di violenza più diffusa che continua a colpire le donne in tutto il paese.... Inoltre, gli atti di violenza domestica sono per la maggior parte gravi,... Eppure solo il 18, 2 per cento di quelle donne considerava la violenza domestica un reato e il 36 per cento lo accettava come un fatto comune. Allo stesso modo, solo il 26,5 per cento delle donne considerava lo stupro o il tentato stupro un crimine”⁵⁵. Il tutto in un contesto culturale in cui “*Gli stereotipi di genere, che predeterminano i ruoli di uomini e donne nella società, sono profondamente radicati. ... Per quanto riguarda la loro rappresentazione nei media, nel 2006, il 53% delle donne apparse in televisione non parlava, mentre il 46% era associato a temi quali il sesso, la moda e la bellezza e solo il 2% a questioni di impegno sociale e professionale*”. “Le cause che portano, poi, al femminicidio comprendono la separazione di una coppia, il conflitto all’interno della relazione, l’“onore, la disoccupazione maschile e la gelosia da parte dell’autore”, fattori che spesso si sovrappongono e coesistono”.

Dai dati divulgati nell’agosto del 2013 da parte del Ministero dell’Interno gli omicidi in Italia sono diminuiti, ma non sono diminuiti quelli che hanno per vittima le donne (il 30% su un totale di 505)⁵⁶ e dai dati Istat 2010 emerge una “forte femminilizzazione nella vittimologia dei reati di criminalità violenta”⁵⁷ mentre “relativamente agli autori si rileva invece un’assoluta dominanza degli uomini (pari al 98% per le violenze sessuali,⁵⁸)”.

I dati statistici, allora, per quanto non esaustivi, evidenziano la gravità del fenomeno e l’esigenza di continuare a riflettere su possibili strategie di intervento per finalità di prevenzione generale.

In tale contesto, inoltre, non si deve dimenticare, innanzitutto, che una piena attuazione della Convenzione di Istanbul deve indurre gli Stati membri a correttamente punire la violenza domestica, superando quell’atteggiamento di sottovalutazione e di giustificazione che talora emerge nella giurisprudenza nell’affrontare questo grave fenomeno. Una recentissima ricerca in Australia ha confermato le preoccupazioni del passato, nonostante l’ormai diffusa sensibilizzazione alla problematica in questione: “*Although prior comparative sentencing analyses of domestic versus non-domestic violence offending have been sparse, results suggested that domestic violence offenders were sentenced less harshly*”; “*Judicial attributions of blameworthiness, harm and risk based on stereotypical assumptions about domestic violence offending may mitigate the sentences of domestic violent offenders compared with the sentences of other violent offenders. In addition, there may be judicial concern about the social cost to victims if offenders are incarcerated as well as sensitivity to community concern around stranger violence*”⁵⁹. Si evidenzia la necessità di ripensare l’atteggiamento di certa giurisprudenza che considera meno grave il danno, la colpevolezza, i rischi e i costi sociali della violenza domestica; il contesto emozionale della violenza domestica e la provocazione della vittima non possono essere considerati fattori di mitigamento della colpevolezza. “Anche se l’impatto sostanziale è piccolo, la presenza di alcune prove di clemenza è preoccupante, compromettendo la stessa funzione di prevenzione generale che dovrebbe rivestire il diritto penale nella lotta alla violenza domestica”⁶⁰.

Fino a pochi anni fa anche in Italia si registrava una sistematica sottovalutazione della violenza contro le donne e comunque anche nel diritto penale emergeva una concezione sociale dominante discriminatoria nei loro confronti; basti pensare alla norma sull’omicidio “a causa d’onore” (art. 587 c.p.) (considerata espressione di una forma di femminicidio) abrogata solo nel 1981 e all’art. 559 c.p. che puniva solo l’adulterio da parte della moglie, mentre l’adulterio in sé dell’uomo non veniva punito perché non causava riprovazione sociale, tranne se si fosse configurata l’ipotesi di concubinato prevista dall’art. 560 c.p. (laddove teneva la sua “concubina nella casa coniugale, o notoriamente altrove”). Tali norme

sono state dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale con una sentenza del 1969, ma fino a solo sette anni prima, con sentenza n. 64 del 23 novembre 1961, la Corte si era pronunciata per l'infondatezza della questione, prospettata ai sensi degli artt. 3 e 29 Cost.. La fattispecie sul c.d. "matrimonio riparatore" (art. 544 c.p.) stabiliva l'estinzione dei reati di violenza carnale, atti di libidine violenti, ratto a fine di libidine, seduzione con promessa di matrimonio commesso da persona coniugata e corruzione di minorenni (agli artt. 519-526 e 530 c.p.), posti in essere nei confronti di una donna, nel caso che lo stupratore accondiscendesse a sposarla, salvando l'onore suo e quello familiare, "riconosciuto come un valore socialmente rilevante"; la stessa attenuazione di pena valeva per le lesioni personali, "mentre la norma dichiarava non punibile, in nome di un preteso *jus corrigendi*, il delitto di percosse commesso, nelle stesse circostanze, contro le dette persone"⁶¹. La norma sulla violenza carnale era inserita tra i delitti contro la morale pubblica e il buon costume, "secondo una visione arcaica della violenza sessuale che impediva di tutelare la libertà della donna di compiere libere scelte in relazione alla propria sessualità", solo con la riforma del 1996 viene collocata nel titolo dei delitti contro la persona. Solo negli ultimi anni si riconosce la possibile integrazione della fattispecie di violenza sessuale da parte del marito⁶².

L'introduzione di specifiche aggravanti potrebbe rappresentare, allora, un valido strumento per indurre i magistrati (e le altre autorità preposte) a non sottovalutare la gravità del fenomeno in questione e a non assumere atteggiamenti clemenziali per indebite remore culturali nel punire la violenza domestica.

Ma ancora più a monte, un primo argomento a favore dell'introduzione di una fattispecie aggravata o di una circostanza aggravante a carico dell'uomo è rappresentato dalla oggettiva e razionale constatazione che una simile disciplina si limiterebbe a prendere in considerazione *il maggiore disvalore della violenza da parte degli uomini contro le donne* rispetto all'ipotesi inversa (la violenza delle donne nei confronti degli uomini), *maggiore disvalore determinato dalla carica discriminatoria che esprime tale forma di violenza*: la lesione ai beni tutelati si intensifica per la carica di offensività rappresentata dal "disprezzo discriminatorio che l'uomo esprime nella sua violenza nei confronti della donna in quanto appartenente al genere discriminato"; come osservato dal Tribunale Costituzionale spagnolo *si nega alla vittima la sua dignità e uguale condizione di persona e la denigra in quanto membro del gruppo denigrato, considerato inferiore, con minori diritti*⁶³. La violenza di genere esprime allora un'offesa alla dignità e alla libertà della donna ulteriore rispetto all'offesa al bene specificamente tutelato di volta in volta dalla fattispecie realizzata; la pena aggiuntiva applicata all'uomo con una fattispecie più severa o una circostanza aggravante consentirebbe di punire tale specifica e ulteriore offesa. Come ripetutamente riconosciuto dal Tribunale Costituzionale spagnolo, il legislatore riconoscerebbe l'insufficiente protezione dei beni fondamentali della donna (vita, incolumità fisica, dignità, libertà) nell'ambito del rapporto di coppia eterosessuale e lotterebbe contro la disuguaglianza della donna in questo ambito. In tale direzione, allora, l'inserimento dell'aggravante in questione rappresenterebbe innanzitutto un'ulteriore strategia politica criminale nella funzionalizzazione del diritto penale per il suo primario scopo, la repressione e la prevenzione del crimine, in questo caso la violenza di genere come emerge anche dal paragrafo citato della Convenzione di Istanbul, prima ancora che una forma di utilizzazione del diritto penale per promuovere l'uguaglianza tra uomini e donne o per lottare contro la discriminazione di genere, posizione sostenuta dallo stesso Tribunale Costituzionale spagnolo (ma che potrebbe anche essere considerata in contrasto con la concezione del diritto penale come *extrema ratio*); ferma restando, per contro, la funzione di prevenzione generale non solo in senso negativo, come deterrente, ma anche positivo in termini di orientamento culturale che può legittimamente assumere il diritto penale laddove emerge in un determinato contesto storico sociale da una parte il riconoscimento della meritevolezza del bene tutelato, in questo caso l'uguaglianza di genere come bene strumentale alla stessa tutela della dignità e libertà della donna, e dall'altra l'insufficienza degli altri strumenti di intervento. La Convenzione di Istanbul ha sancito, del resto, che ogni misura rivolta a combattere la violenza contro le donne deve promuovere l'uguaglianza tra uomini e donne quale fondamentale strumento per prevenire la violenza in futuro.

In tale direzione, allora, si può ribadire a favore della proposta avanzata che l'atto offensivo dell'uomo contro la donna è più grave in quanto costituisce la "*riproduzione di un modello radicato di comportamenti aggressivi nei confronti delle donne da parte degli uomini nell'ambito del rapporto di coppia*", contribuendo con il proprio consapevole e specifico atto di violenza a ribadire, consolidare, radicare ancora di più un "modello culturale" consistente nella "disuguaglianza nell'ambito della coppia"; l'aggravante punirebbe specificamente la

manifestazione di “atteggiamenti o pratiche sociali o condotte violente misogine o sessiste, motivate da un senso di legittimazione e/o di superiorità degli uomini sulle donne, o di una presunzione di possesso sulle stesse (maltrattamenti, violenza fisica, psicologica, sessuale, comportamenti discriminatori, atti di violenza per motivi di avversione morbosa per le donne)”, atteggiamenti che “oggi la coscienza collettiva per lo più considera il retrogrado fenomeno culturale del dominio maschile sulle donne”⁶⁴.

La più severa sanzione consentirebbe di tenere conto del disvalore della “discriminazione strutturale di un determinato gruppo sociale” espressa nella violenza di genere, che costringe le donne in una posizione subordinata, con assegnazione di un ruolo subordinato nella società e uno status di seconda classe; si punisce più severamente la violenza di genere per il suo essere uno strumento per consolidare tale subordinazione voluta dal patriarcato e quindi strumento di dominazione⁶⁵. Allora non si tratterebbe di punire più gravemente la violenza di genere in considerazione di uno specifico movente soggettivo dell'autore, ma piuttosto si tratterebbe di tenere conto non solo dell'offesa all'incolumità fisica o all'onore o alla libertà personale, o alla libertà sessuale, realizzata attraverso le lesioni, i maltrattamenti, le minacce, la violenza sessuale, ma l'ulteriore disvalore insito nella violenza di genere come forma di violenza strutturale in quanto espressione di discriminazione, in quanto meccanismo sociale per mantenere la donna nella posizione subordinata che occupa nella società patriarcale; si punirebbe la “componente strutturale che rende l'atto aggressivo un riflesso e risultato di un modello di comportamento sociale associato alla sottovalutazione del femminile..e la sua sottomissione all'uomo” offendendo la dignità e la libertà della donna.

Come osservato dalla dottrina spagnola⁶⁶ si tratterebbe del riconoscimento della violenza di genere come “categoría sociológica con entidad propia”⁶⁷ suscettibile di essere definita a partire da una serie di caratteristiche specifiche che la distinguono da altre forme di violenza sociale, in conformità alle previsioni della Dichiarazione delle Nazioni Unite sopra l'eliminazione della violenza contro la donna del 20 dicembre 1993 che ha definito tale forma di violenza “una manifestazione delle relazioni di potere storicamente disuguali tra uomini e donne, che ha portato alla dominazione e alla discriminazione contro le donne da parte degli uomini e ha impedito il pieno avanzamento delle donne”; non solo ma “la violenza contro le donne è uno dei meccanismi sociali cruciali per mezzo dei quali le donne sono costrette in una posizione subordinata rispetto agli uomini”, lo strumento che consente di perpetuare il sistema di dominazione attraverso il quale si conferma la diseguaglianza tra donne e uomini⁶⁸. Anche la Raccomandazione del Consiglio d'Europa Rec (2002)5 ribadisce che la violenza contro le donne deriva da rapporti di forza impari tra uomini e donne, e costituisce un attacco ai loro diritti di persone umane e alle loro libertà fondamentali e impedisce loro, in parte o totalmente, di esercitarli. Di documenti internazionali emerge come la violenza di genere contro le donne (fisica, sessuale, psicologica, economica), rilevante nella sfera privata come nello spazio pubblico, “è radicata nella condizione specifica della donna, e segnatamente nelle relazioni gerarchiche che la circondano, vale a dire nelle discriminazione sistemiche tra i generi determinate da fattori di ordine storico, sociale e culturale, che si risolvono in ostacoli al riconoscimento dell'eguaglianza sostanziale tra i sessi e al pieno sviluppo della personalità e delle capacità umane delle donne”⁶⁹.

In quest'ottica l'aggravante in questione potrebbe anche essere intesa come strumento del diritto antidiscriminatorio⁷⁰ che punisce più severamente il comportamento che “attenta in forma diretta la libertà della vittima – in quanto rappresenta un ostacolo per il pieno godimento dei diritti umani – e, soprattutto, la sua dignità, perché si fonda su una sottovalutazione della persona per la sua appartenenza a un gruppo sociale subordinato, destinato alla sottomissione”. L'atto discriminatorio presuppone sempre l'esclusione e la stigmatizzazione della persona associata, come rilevato dal Tribunale Costituzionale spagnolo, presuppone “determinate differenze storicamente molto radicate e che hanno posto, tanto per l'azione dei poteri pubblici come per la pratica sociale, determinati settori della popolazione in posizioni, non solo svantaggiose, ma addirittura contrarie alla dignità umana”⁷¹; la cultura discriminatoria dell'uomo contro le donne e il modello maschilista distorto del rapporto di coppia ha ridotto la donna a mero oggetto di pretese, desideri e possesso maschile, - piuttosto che a soggetto paritario protagonista del rapporto –.

L'aggravante, allora, diventa una misura di politica criminale basata sul riconoscimento della particolare gravità delle aggressioni contro le donne per il suo vincolo con la storica sottomissione del genere femminile; una risposta punitiva a una concreta forma di discriminazione sociale che non comporta alcuna violazione del principio di uguaglianza, ma anzi come affermato in dottrina fa assurgere l'uguaglianza a bene giuridico meritevole di intervento penale⁷², fermo restando che il più severo trattamento non esprime la punizione del

singolo per le colpe del gruppo, ma si limita a tenere del peculiare disvalore insito nella violenza di genere che *il singolo volontariamente replica e conferma*. Non si punisce, come ribadito dal Tribunale Costituzionale spagnolo, per la colpa degli altri, ma per avere *consapevolmente realizzato quella violenza di genere* che esprime adesione alla cultura maschilista e per avere riprodotto e confermato con la propria azione la sua carica di disvalore. Nè si presume l'intento discriminato in contrasto con il principio di colpevolezza, ma si accerta la volontaria realizzazione di un comportamento discriminatorio.

Non solo ma la violenza maschile ai danni della partner o ex partner, confermando la cultura discriminatoria dominante, *contribuisce a ulteriormente indebolire le difese e le capacità di reazione della vittima donna*, oppressa da tale cultura maschile dominante, determinando un effetto intimidatorio che restringe la possibilità di realizzazione libera della volontà della donna o comunque richiede una sofferenza e una fatica ulteriore e supplementare rispetto a quella richiesta normalmente per reagire – lecitamente - alla violenza altrui.

O si nega la validità della situazione socio culturale di riferimento o non si può non riconoscere la maggiore gravità e lesività che esprime la violenza dell'uomo contro la donna nell'ambito di una relazione affettiva rispetto alla medesima violenza della donna nei confronti dell'uomo; in questo senso si può anche ammettere che l'aggravante in questione elimini la diseguaglianza determinata dalla parificazione del trattamento punitivo di due ipotesi – la violenza dell'uomo contro la donna e la violenza della donna contro l'uomo – che presentano un diverso disvalore. *Se si ammette tale maggiore offensività viene meno qualunque dubbio sulla ragion d'essere dell'aggravante in questione, che nel rispetto del principio di proporzione tra la tipologia e la severità della sanzione, da una parte, e il disvalore oggettivo e soggettivo del fatto dall'altra, risponderebbe a una grave esigenza di prevenzione generale e di prevenzione speciale*, chiaramente nella misura in cui come esaminato nell'ordinamento spagnolo le aggravanti si mantengano in limiti ragionevoli; fermo restando che il giudice potrebbe poi commisurare l'aggravante, nell'ambito dei limiti prestabiliti dal legislatore, in considerazione della situazione concretamente considerata.

Il diritto penale non può essere sovraccaricato, come purtroppo avviene continuamente nella recente prassi legislativa, di istanze securitarie e simboliche al fine di ottenere il consenso elettorale, offrendolo come una sorta di panacea per prevenire e risolvere i problemi della criminalità e in particolare la violenza di genere e specificamente contro le donne; tutte le agenzie sociali e culturali dovrebbero impegnarsi in serie politiche di formazione culturale e di prevenzione. "Oggi ben più dell'illusione repressiva ciò che conta è una battaglia culturale alimentata dal massimo di informazione e diretta a promuovere il rispetto della dignità e della libertà delle donne"⁷³; emerge insomma il timore che la maggioranza di turno possa strumentalizzare il dibattito in materia per biechi fini elettorali, trasformando un eventuale proposta legislativa nella direzione indicata in una triste legge manifesto, veicolo privilegiato del populismo punitivo. Il timore di strumentalizzazione politica non può neanche diventare, però, l'alibi per paralizzare qualunque seria riflessione sulla possibilità di introdurre ulteriori strumenti penali razionali nella lotta contro la violenza di genere, purché attraverso un serio confronto parlamentare in cui si esprimano delle ponderate e condivise scelte di politica criminale. Solo in tale caso la proposta avanzata potrebbe inserirsi nella corretta logica di un diritto penale che deve svolgere la sua legittima funzione di prevenzione generale in senso positivo, quale strumento di orientamento culturale nel lungo periodo contribuendo alla formazione della coscienza sociale, nel senso che l'introduzione dell'aggravante rafforzerebbe la presa di coscienza della gravità e dell'offensività della violenza contro le donne come espressione di discriminazione e di un modello culturale inaccettabile nell'attuale contesto storico sociale, e quindi il diritto penale servirebbe come strumento di promozione del rispetto della dignità e della libertà della donna (nonché della sua vita e incolumità), nonché dell'uguaglianza di genere in conformità all'obbligo dello Stato di prevenire il fenomeno ai sensi dell'art. 5 della Convenzioni di Istanbul e di quell'obbligo positivo di intervento elaborato dalla Corte Europea (che impone una tutela efficace contro la violenza di genere, ferma restando la discrezionalità degli Stati nella scelta della strategia politico criminale).

In termini di prevenzione speciale l'applicazione dell'eventuale aggravante in questione costringerebbe l'uomo autore del reato a prendere coscienza del particolare disvalore della sua condotta e delle dinamiche culturali e relazionali distorte che esprime la violenza contro la donna nell'ambito di una relazione affettiva (o eventualmente di una relazione lavorativa).

L'attenzione alla violenza di genere come espressione di discriminazione dell'uomo contro la donna, del resto, come già evidenziato, è riconosciuta dalla recente legge italiana n. 119 del 2013, che, però, nonostante i tanti proclami e a parte la apprezzabile normativa extrapenale⁷⁴,

sotto un profilo strettamente penalistico come osservato in dottrina, sembra che abbia fatto pochino⁷⁵, e piuttosto abbia perseguito un intento prevalentemente rassicuratorio della collettività⁷⁶.

Si dovrebbe però riflettere su una strategia opposta a quella percorsa dal legislatore spagnolo e cioè sembra più opportuno in termini politico criminali la delimitazione dell'applicazione di un'eventuale aggravante o la previsione di fattispecie aggravate solo in relazione ai reati più gravi, come i maltrattamenti (abituati), lesioni gravi e gravissime, violenza sessuale, omicidio, eliminando quei dubbi di ragionevolezza legati all'introduzione di fattispecie aggravate per reati meno gravi, piuttosto che per le tipologie più serie in cui meglio si esprime quella cultura di discriminazione dell'uomo nei confronti della donna che l'aggravante vuole punire e che la disciplina in questione dovrebbe combattere in linea con le indicazioni provenienti dalla convenzione di Istanbul; del resto il legislatore per le ipotesi più lievi ha recentemente introdotto una più mite e graduale strategia di intervento, concedendo la possibilità al questore di applicare d'ufficio l'ammonizione (d.l. n. 93 del 2013)⁷⁷. In tale direzione la stessa dottrina spagnola è piuttosto critica nei confronti dell'applicazione dell'aggravante in relazione alla fattispecie di maltrattamento occasionale, pur riconoscendo il meritevole intento del legislatore del 2004 di fare uscire la violenza di genere dall'amorfa indifferenza dominante nei suoi confronti; si evidenzia, tra l'altro, un effetto di sovraccarico della giustizia penale nonché il timore che l'equiparazione di fattispecie più gravi a quelle meno gravi comporti realmente il rischio di contribuire con lo strumento penale alla stereotipizzazione della donna come soggetto debole, vulnerabile, vittima, bisognoso di speciale assistenza ma soprattutto incapace di reagire: si finisce per ottenere l'effetto contrario di affermare un'immagine della donna, nel contesto familiare e sociale, infantile e impoverita, propria della stessa società patriarcale⁷⁸. La situazione occasionale è ben diversa da quella dei maltrattamenti abituali o comunque di reati più gravi, come le lesioni gravi o gravissime, che "fanno precipitare la donna in un clima di violenza abituale che mina la sua autostima e la sua capacità di risposta"⁷⁹.

Si dovrebbe poi ragionare sull'opportunità di applicare una simile aggravante come obbligatoria oppure facoltativa, consentendo al giudice di verificare la manifestazione di un'effettiva discriminazione di genere nel comportamento realizzato; quest'ultima opzione potrebbe non sollevare le obiezioni esaminate in relazione alla disciplina spagnola circa il rispetto della presunzione di innocenza o eventuali obiezioni in termini di rispetto del principio di offensività, consentendo al giudice di non applicare l'aggravante in delle ipotesi in cui nel caso specifico non emerge la manifestazione del maggiore disvalore connesso alla discriminazione di genere, ma per contro si potrebbero sollevare delle perplessità in termini di rispetto del principio di tassatività, affidando alla discrezionalità del giudice un difficile accertamento, e le obiezioni avanzate dalla dottrina femminista circa il fatto di ridurre a una questione individuale una questione strutturale: la violenza di genere dovrebbe essere riconosciuta come una forma di violenza strutturale e cioè come una forma di discriminazione, come un meccanismo sociale per mantenere la donna in una posizione subordinata che occupa nella società patriarcale.

In ogni caso per limitare l'effetto discriminatorio si potrebbe comunque introdurre un'aggravante laddove la violenza o altro reato è realizzata nei confronti di persona vulnerabile come recita l'art. 46 della Convenzione di Istanbul, che sarebbe applicabile anche alla donna autore del reato ai danni di un uomo o nell'ambito di relazioni omosessuali, ferma restando l'ambiguità della definizione di persona vulnerabile. Nella concreta commisurazione della pena se si optasse per il modello della circostanza aggravante piuttosto che di un'autonoma fattispecie aggravata, la circostanza potrebbe anche andare in bilanciamento con le attenuanti, salva espressa deroga alla disciplina in questione; il bilanciamento da una parte rischierebbe di frustrare l'intento legislativo anche in termini di prevenzione generale⁸⁰, dall'altra offrirebbe al giudice uno strumento per tenere conto delle peculiarità del caso concreto. Si potrebbe piuttosto, come proposto dalla dottrina spagnola⁸¹, prevedere un'attenuante che consenta al giudice di mitigare o neutralizzare gli effetti dell'aggravante in considerazioni delle peculiarità del caso concreto (anche laddove si volessero sottrarre le aggravanti al bilanciamento evitando di inviare messaggi contraddittori).

Per contro il legislatore potrebbe ritenere più opportuno introdurre una circostanza aggravante generica per le fattispecie di violenza, o meglio i reati contro la persona, se realizzati nei confronti del partner o ex partner, indipendentemente dal genere; una simile aggravante è espressamente prevista dall'art. 46 della Convenzione di Istanbul e non si presterebbe alle accuse di violare il principio di uguaglianza per ragioni di sesso. Nel nostro ordinamento è già stata introdotta in relazione all'art. 612 *bis*, atti persecutori, e alla violenza sessuale con la

legge n. 119 del 2013, che per il 90,5% dei casi presenta come vittima una donna in base al rapporto Eures 2013. Nella prassi l'aggravante si applicherebbe per lo più nei confronti degli uomini senza prestarsi alla contestazione di violare il principio di uguaglianza, perché sarebbe applicabile anche nei confronti della donna autore del reato o nei confronti di soggetti omosessuali⁸². Questa strategia, pur sempre valida e percorribile, presenterebbe una maggiore timidezza perché porrebbe l'accento sul disvalore rappresentato dall'abuso della relazione di coppia, dall'approfittamento della conoscenza degli usi e abitudini della vittima cui si era affettivamente legati, piuttosto che evidenziare il disvalore rappresentato dalla discriminazione manifestata attraverso la violenza dell'uomo sulla donna, la condanna di quel radicato modello culturale patriarcale che impone alla donna una sudditanza gerarchica nei confronti dell'uomo, modello che si ripete e consolida nel singolo atto di violenza; si svignorirebbe la capacità di orientamento culturale della disciplina in questione, con il rischio di non consentire all'uomo di avvertire lo specifico disvalore della sua violenza consumata a danno di una donna e sarebbe, quindi, molto più limitato l'impatto culturale e la capacità di prevenzione generale e speciale di una simile aggravante.

Lo scopo del legislatore non dovrebbe essere tanto quello retributivo, comunque perseguito attraverso l'aggravante generica, ma quello della prevenzione generale, soprattutto (sia pure a lungo termine) in termini positivi, di orientamento culturale; a parte la funzione di prevenzione speciale sicuramente e chiaramente comunicata e quindi perseguibile dalla specifica aggravante fondata sul genere, piuttosto che sulla relazione affettiva, salva l'effettiva capacità del reo di farsi motivare per il futuro.

6. Reati culturalmente motivati.— Il vantaggio dell'introduzione di una specifica aggravante di genere si realizzerebbe anche nei confronti dei reati c.d. culturalmente motivati⁸³, perché l'aggravante in questione comunicerebbe in maniera chiara il giudizio di disvalore espresso dal legislatore italiano in relazione alla violenza di genere, espressione di discriminazione maschilista nei confronti delle donne, anche agli uomini immigrati, portatori di diverse culture e in particolare di diverse concezioni del ruolo della donna e del suo rapporto con l'uomo, concezioni talora meno rispettose del principio di uguaglianza tra i due sessi della stessa cultura patriarcale riscontrabile nelle società occidentali.

Reati violenti nei confronti delle donne sono con una certa frequenza consumati da stranieri immigrati (dal Rapporto Eures 2013 emerge che "la femminilizzazione dei reati violenti risulti tra gli immigrati ancora più marcata"⁸⁴) i quali in sede penale cercano di negare la loro responsabilità o di mitigare l'intervento punitivo invocando la mancanza o la scarsa intensità della colpevolezza, se non addirittura la mancanza di tipicità o l'applicazione di una causa di giustificazione, rivendicando la conformità dei comportamenti realizzati alle prescrizioni della cultura di origine e sostenendo che la violenza contro le donne sia lecita – o addirittura doverosa – sulla base del proprio *background* culturale (il termine "cultura" in base ad una nozione di cultura di tipo "societale" ricomprende tutti gli aspetti della vita di un gruppo di persone stanziata su un determinato territorio, sia le tradizioni locali che la religione praticata)⁸⁵ nell'ambito di una società polietnica in cui la "diversità culturale scaturisce dall'immigrazione di individui e di famiglie"⁸⁶, la "*diversità culturale* la quale connota il gruppo etnico dell'autore diverso dal gruppo etnico dominante, - che in una determinata società detiene il potere politico "dettando", tra l'altro, la legge penale"⁸⁷ -, viene rivendicata come *cultural defence*⁸⁸.

La dottrina classifica gli ordinamenti statali di tipo "multiculturalista" o "assimilazionista", sulla base della considerazione che la motivazione culturale del reo trova nel sistema punitivo⁸⁹; di solito, tanto più questi accettano le minoranze culturali presenti al loro interno, tanto più terranno conto della "miccia" psicologica *causa prima* dell'azione del reo. In ogni caso, però, anche le prospettive più "multiculturali" o la c.d. prospettiva analitica "interculturale", che tenga conto del rispetto delle culture differenti, ritengono che esistono dei limiti al riconoscimento delle diversità culturali, e anzi tali limiti sono essenziali, perché costituiscono *condizione di effettività e buon funzionamento* del modello multiculturalista: il rispetto della cultura trova un *limite laddove il comportamento illecito interferisca con la tutela dei diritti umani fondamentali*, che deve considerarsi imprescindibile⁹⁰. Tale limite è riconosciuto anche dalla Commissione CE nella Comunicazione del 2005, intitolata "Un'agenda comune per l'integrazione. Quadro per l'integrazione dei cittadini di paesi terzi nell'unione europea"⁹¹ e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 20 ss.). In base alla dottrina in materia "una democrazia liberale può e deve approvare determinate 'tutele esterne', a condizione che esse siano rivolte a promuovere il trattamento equo dei

diversi gruppi, mentre deve respingere le 'restrizioni interne' perché esse circoscrivono il diritto dei membri di un gruppo di contestare e modificare le autorità e le pratiche tradizionali; "una concezione liberale dei diritti delle minoranze non giustifica (se non in condizioni estreme) le *restrizioni interne*, cioè la pretesa da parte di una cultura minoritaria di limitare le fondamentali libertà civili o politiche dei suoi membri", negando il diritto degli individui di decidere da soli quali aspetti della loro tradizione culturale sono degni di essere conservati⁹². Spesso, infatti, la vittima del reato culturalmente motivato commesso da un immigrato è un altro membro dello stesso gruppo etnico di immigrati, con la conseguenza che il riconoscimento della diversità culturale *pro reo* potrebbe tradursi nella concessione di una vera e propria intollerabile *restrizione interna*⁹³.

Nel settore in esame, la violenza di genere, allora, la cultura e la provenienza etnica non possono essere strumentalizzate per procurarsi *ex post* una facile scusa, né il riconoscimento della diversità culturale può comportare alcuna legittimazione o comunque attenuazione del giudizio di disvalore nei confronti della violazione dei diritti individuali fondamentali della donna.

La previsione di un aggravante laddove si realizza una grave forma di manifestazione della violenza di genere da parte dell'uomo nei confronti della donna potrebbe fungere da ulteriore deterrente non consentendo chiaramente di poter contare sulla rilevanza di "culture defences" e potrebbe orientare culturalmente la comunità degli immigrati perlomeno nel lungo termine, nonché indurre anche le donne a prendere coscienza dei loro diritti invalicabili e a reagire⁹⁴, senza consentire, dall'altra parte, alcun indebito atteggiamento di clemenza della giurisprudenza in considerazione di motivazioni culturali⁹⁵; non sarebbe ammissibile, ad esempio, l'orientamento indulgente della giurisprudenza tedesca che attribuisce rilievo alla causa d'onore a favore di immigrati turchi per negare la presenza dei motivi abietti con conseguente derubricazione di fatti di omicidio dalla più grave forma di Mord, punita con l'ergastolo (5 21 1 StGB), alla più lieve di Totschlag (5 212 StGB)⁹⁶, o che mitiga la pena in considerazione del motivo culturale in un grave caso di violenza di genere -⁹⁷ affermando che "Nel giudizio per una serie di reati contro la persona in concorso eterogeneo, attribuiti ad un soggetto straniero (nella specie, un italiano proveniente dalla Sardegna) nel territorio della Repubblica Federale Tedesca, vanno tenuti in considerazione, in sede di determinazione della pena, con valore attenuante, il fatto che tali reati sono stati in parte influenzati dalle particolari caratteristiche della cultura di provenienza del soggetto"; "si deve ancora tener conto che i reati sono stati un efflusso di un esagerato pensiero di gelosia dell'imputato. In questo contesto si devono valutare le particolari impronte culturali ed etniche dell'imputato. È un sardo. Il quadro del ruolo dell'uomo e della donna, esistente nella sua patria, non può certo valere come scusa, ma deve essere tenuto in considerazione come attenuante"⁹⁸.

Contro tale discutibile utilizzo della *cultural defence* che rischia di avallare le critiche del movimento femminista che ritiene che essa "sia .. strettamente connessa ad una supremazia di genere e, in particolare, al controllo maschile sulle donne ed i figli" e "pertanto, anziché costituire un elemento di valorizzazione della differenza, si risolverebbe paradossalmente in una pratica di uniformazione culturale", l'aggravante ipotizzata impedirebbe un tale uso mitigatorio della motivazione culturale nei confronti della violenza di genere⁹⁹, perlomeno delle forme gravi, in conformità del resto a quella giurisprudenza italiana che in diversi casi giurisprudenziali relativi a fatti di maltrattamenti in famiglia (art. 572 C.P.) ha *esplicitamente* negato qualsiasi rilievo *pro reo* alla (asserita) situazione di conflitto normativo/culturale in cui l'immigrato si sarebbe trovato al momento della commissione del fatto¹⁰⁰. Ad esempio nel caso dell'immigrato albanese che realizza dei maltrattamenti nei confronti della moglie e del figlio minore, la Cassazione esplicitamente giudica "manifestamente infondate" le affermazioni difensive secondo le quali "sia l'imputato che le persone offese (tutti cittadini albanesi) hanno un concetto della convivenza familiare e delle potestà spettanti al capofamiglia diverso da quello corrente in Italia, tanto da poter configurare una sorta di consenso dell'avente diritto rilevante ex art. 50 C.P., [giacché] in sostanza, i familiari possono validamente disporre della gerarchia e delle abitudini di vita interne al loro nucleo, senza che interventi esterni possano giungere a sanzionare comportamenti recepiti come legittimi". Tali affermazioni, secondo la Corte, non possono in alcun modo acquisire rilevanza nel nostro ordinamento, in quanto trovano uno "sbarramento invalicabile" nelle norme costituzionali che riconoscono i diritti inviolabili dell'uomo, la pari dignità sociale e l'eguaglianza senza distinzione di sesso, nonché i diritti della famiglia e i doveri verso i figli¹⁰¹. O ancora la Suprema Corte ha affermato che «in tema di cd. "reati culturali" (nella specie costituiti, in particolare, da maltrattamenti in famiglia, violenza sessuale in danno del coniuge, violazione degli obblighi di assistenza familiare), non può valere ad escludere la sussistenza

dell'elemento soggettivo l'assunto secondo il quale l'agente, essendo di religione musulmana, avrebbe una concezione dei rapporti familiari tali da rendere giustificati i comportamenti a lui addebitati»; «l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti in famiglia, integrato dalla condotta dell'agente che sottopone la moglie ad atti di vessazione reiterata, non può essere escluso dalla circostanza che il reo sia di religione musulmana e rivendichi, perciò, particolari potestà in ordine al proprio nucleo familiare, in quanto si tratta di concezioni che si pongono in assoluto contrasto con le norme cardine che informano e stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano e della regolamentazione concreta nei rapporti interpersonali»¹⁰². Tale principio è stato ribadito in una recentissima sentenza su un caso di maltrattamenti a danno della moglie in cui si evidenzia che «In tema di maltrattamenti in famiglia, non assumono alcuna incidenza scriminante eventuali pretese o rivendicazioni legate all'esercizio di particolari potestà in ordine al proprio nucleo familiare - nella fattispecie dipendenti dallo stato di clandestinità della persona offesa e dalla prospettata sua disillusione per la mancata sua emancipazione sociale all'atto dell'ingresso in Italia - in quanto si tratta di concezioni che si pongono in assoluto contrasto con le norme che stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano nonché con il principio di eguaglianza e di pari dignità sociale»¹⁰³. «Nè, al riguardo, possono assumere alcuna incidenza in senso scriminante eventuali pretese o rivendicazioni legate all'esercizio di particolari forme di potestà in ordine alla gestione del proprio nucleo familiare, ovvero specifiche usanze, abitudini e connotazioni di dinamiche interne a gruppi familiari che costituiscono il portato di concezioni in assoluto contrasto con i principi e le norme che stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano e della concreta regolamentazione dei rapporti interpersonali, tenuto conto del fatto che la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali, cui è certamente da ascrivere la famiglia (artt. 2, 29 e 31 Cost.), nonché il principio di eguaglianza e di pari dignità sociale (art. 3 Cost., commi 1 e 2), costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione di diritto o di fatto nella società civile di consuetudini, prassi o costumi con esso assolutamente incompatibili (arg. ex Sez. 6, n. 3398 del 20/10/1999, dep. 24/11/1999, Rv. 215158; Sez. 6, n. 46300 del 26/11/2008, dep. 16/12/2008, Rv. 242229)».

In termini sostanzialmente analoghi si è pronunciata una più recente sentenza, che ha condannato per il delitto di maltrattamenti in famiglia un testimone di Geova che voleva imporre la propria fede religiosa alla moglie e si era giustificato sostenendo che all'interno della propria confessione religiosa era riconosciuta la supremazia dell'uomo nei rapporti di coppia¹⁰⁴.

Si ammette una maggiore tolleranza laddove si tratta di reati bagattellari o artificiali, senza vittima, ma non per i reati c.d. naturali¹⁰⁵.

D'altra parte la stessa Cassazione ha avuto modo di evidenziare anche quanto possa essere sottile la linea di demarcazione tra ragioni culturali e manifestazioni di discriminazione maschilista anche se in un caso che esorbita dal settore in esame perché riguarda il rapporto padre figlia; la Suprema Corte condanna il padre per l'omicidio della figlia, la giovane pakistana Bina Saleem, evidenziando che «la motivazione assorbente dell'agire dell'imputato è scaturita da un patologico e distorto rapporto di "possessione parentale", essendosi la riprovazione furiosa del comportamento negativo della propria figlia fondata non già su ragioni o consuetudini religiose o culturali (in tal caso si sarebbe dovuto accertare l'esistenza di una sequela di riprovazioni basate su tali ragioni o consuetudini) bensì sulla rabbia per la sottrazione al proprio reiterato divieto paterno»¹⁰⁶.

L'unico rischio dell'introduzione della disciplina in esame potrebbe essere in questo settore quello di una deplorable strumentalizzazione politica non solo per conseguire il consenso elettorale, ma per cavalcare indebite campagne securitarie ispirate a razzismo discriminatorio nei confronti degli immigrati; la previsione dell'aggravante, però, nei confronti di tutti gli uomini autori di violenza di genere e non solo degli immigrati rappresenta in sé una garanzia contro indebite letture «razziste» della disciplina proposta.

¹ Cfr. G. Battarino, «Note sull'attuazione in ambito penale e processuale penale della convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica», *Dir. pen. contemp.*, 2 ottobre 2013. Cfr. sulla legislazione sovranazionale in materia A.M. Maugeri, *El stalking como delito contra la intimidación: la obligación de incriminación de la convención de estambul y técnicas de tipificación*, in corso di pubblicazione.

² Elimina una discriminazione cfr. A. Rubio, «La Ley integral: entre el desconcierto del género y la eficacia impuesta», in P. LAURENZO COPELLO (a cura di), *La violencia de*

género en la Ley, Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España, Madrid, Dykinson, 2010, p. 144.

³ VAN DER AA S., “Lo *stalking* quale forma di violenza (domestica) contro le donne: due ipotesi di genere?”, *Rass. it. di crim.*, 3 (2012), p. 174; cfr. A.M. Zelcer, “Battling domestic violence: replacing mandatory arrest laws with a trifecta of preferential arrest, officer education, and batterer treatment programs”, *Am. Crim. Law Rev.*, 2 (2014), p. 541.

⁴H. Dressing- C. Kuehner- P. Gass, “Lifetime prevalence and impact of stalking in a European population: epidemiological data from a midsized German city”, *Br. J. Psychiatry*, (2005), p.168.

⁵ “Violence against women is understood as a violation of human rights and a form of discrimination against women and shall mean all acts of gender-based violence that result in, or are likely to result in, physical, sexual, psychological or economic harm or suffering to women, including threats of such acts, coercion or arbitrary deprivation of liberty, whether occurring in public or in private life”.

⁶ C. E. W. Bond – S. Jeffries, “Similar Punishment? Comparing Sentencing Outcomes in Domestic and Non-Domestic Violence Cases”, *Brit. J. Criminol.*, 54 (2014), p. 849.

⁷ Sulla presa di coscienza a livello internazionale della violenza di genere come violazione di diritti fondamentali e il conseguente obbligo e responsabilità degli Stati di prevenire e castigare tale violenza cfr. M. D. Machado Ruiz, “La perspectiva de género en derecho comparado”, in P. LAURENZO COPELLO (a cura di), *op. cit.*, pp. 39-46.

⁸ CEDU, *Opuz v. Turkey*, 9 giugno (9 settembre) 2009, no. 33401/02.

⁹ CEDU, *Opuz v. Turkey*, cit., § Per una recente condanna della Bulgaria, causa SZ c. Bulgaria (n 29263/12), per violazione dell'articolo 3 (divieto di trattamenti inumani o degradanti) della Convenzione a causa di inefficienze nelle indagini relative al rapimento e allo stupro della richiedente, in particolare alla luce dei ritardi eccessivi procedurali e della mancanza di indagini su alcuni aspetti dei fatti. La Corte ritiene particolarmente preoccupante che le autorità non abbiano ritenuto necessario indagare sul possibile coinvolgimento, lamentato dalla ricorrente, di una organizzazione criminale per il traffico organizzato di donne. La Corte osserva inoltre che ha già, in più di 45 sentenze contro la Bulgaria, rilevato che le autorità avevano fallito nel loro obbligo di condurre un'indagine efficace e ritiene che questi fallimenti ricorrenti rivelino l'esistenza di un problema sistemico. Cfr. CEDU, 5 maggio 2007, *Kontrová v. Slovakia* (application no. 7510/04).

¹⁰ CEDU, *Eremia v. The Republic of Moldova*, 28 May 2013, no. 3564/11, § 48.

¹¹ CEDU, *B. v. the Republic of Moldova* (no. 61382/09) and *Mudric v. the Republic of Moldova*, 16 luglio 2013; *N.A. v. the Republic of Moldova* (no. 13424/06), 24 Settembre 2013; *T.M. and C.M. v. the Republic of Moldova*, 28 gennaio 2014.

¹² § 56; CEDU, 27 maggio 2014, *Rumor v. Italy*, n. 72964/10, § 63.

¹³ CEDU, *Rumor v. Italy*, cit. La ricorrente lamentava che l'ex partner non era stato obbligato a un trattamento psicologico e continuava a rappresentare una minaccia per lei e per i suoi figli, e che il centro scelto per la detenzione domiciliare era appena 15 km distanti dalla propria casa, tanto più che era stata intimidita due volte da parte di impiegati della reception del centro, in violazione di un ordine del Tribunale che proibiva all'ex partner ogni forma di contatto con lei; il tutto sarebbe stato dovuto all'insufficienza della legislazione italiana.

¹⁴ G. A. Orighi, “In Spagna lo scudo antifemminicidio”, *La Stampa*, 7 gennaio 2014.

¹⁵ AA.VV., *Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, <http://www.poderjudicial.es>. Cfr. per le critiche alla legge cfr. A. Rubio, “La Ley integral: entre el desconcierto del género y la eficacia impuesta, in *La violencia de género en la Ley*”, cit., pp. 134 ss.

¹⁶ In ogni commissariato della Polizia di Stato e della Guardia Civil esistono le Upap, Unità di Prevenzione, Assistenza e Protezione contro i Maltrattamenti alla Donna. Cfr. J. M. GARCÍA-ATANCE, “Violencia de género y Seguridad Social”, *Revista Del Ministerio De Empleo Y Seguridad Social*, 109 (2014), pp. 119 ss.

¹⁷ Cfr. Villacampa Estiarte, *Stalking y derecho penal. Relevancia juridico-penal de una nueva forma de acoso*, Justel, 2009, pp. 137 y ss., 205 ss.

¹⁸ V.Magro Servet, *Reforma del Código Penal afectante a la violencia de género*, 14/05/2015, Diario La Ley, N° 8539, Sección Tribuna, 14 de Mayo de 2015: “Las injurias leves y las vejaciones injustas, salvo cuando se cometen sobre alguna de las personas a que se refiere el apartado 2 del art. 173, quedan al margen del ámbito penal, por tratarse de ofensas de carácter privado cuya reparación puede exigirse en la vía jurisdiccional civil o mediante los actos de conciliación”.

[19](#) Riformato dal n. 92 dell'articolo unico della L.O. 1/2015.

[20](#) Il n. 1 dell'art. 153 è stato riformato dal n. 803 dell'articolo unico della L.O. 1/2015, ma l'aggravante rimane.

[21](#) La Ley organica n.1/2015 inserisce il *genere* come motivo di discriminazione nell'aggravante n. 4 dell'art. 22 (nel capitolo IV, *De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal*), in conformità alla Convenzione di Istanbul del 2011.

[22](#) Art. 147 riformato dal n. 81 dell'articolo unico della L.O. 1/2015.

[23](#) Art. 1. - 1) La Spagna è uno Stato sociale e di diritto che propugna come valori superiori del suo ordinamento giuridico la libertà, la giustizia, l'uguaglianza e il pluralismo politico.

Art. 9. - 1) I cittadini e i poteri pubblici sono soggetti alla Costituzione e al resto dell'ordinamento giuridico. 2) Spetta ai poteri pubblici creare le condizioni affinché la libertà e l'uguaglianza dell'individuo e dei gruppi di cui esso fa parte siano reali ed effettive, nonché eliminare gli ostacoli che impediscano o rendano difficile il loro pieno godimento e agevolare la partecipazione di tutti i cittadini alla vita politica, economica, culturale e sociale. 3) La Costituzione garantisce il principio di legalità, la gerarchia normativa, la pubblicità delle norme, la non-retroattività di quelle contenenti sanzioni o restrittive dei diritti individuali, la sicurezza giuridica, la responsabilità e il controllo su eventuali arbitrii dei poteri pubblici.

Art. 10. - 1) La dignità della persona, i diritti inviolabili ad essa inerenti, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della legge e dei diritti altrui sono il fondamento dell'ordine politico e della pace sociale.

[24](#) Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 59/2008, 14 May 2008, rec. 5939/2005. Cfr. J. A. Lascuráin Sánchez, “¿Son discriminatorios los tipos penales de violencia de género? Comentario a las SSTC 59/2008,45/2009, 127/2009 y 41/2010”, *Revista Espanola de Derecho Constitucional*, (2013), pp. 337 ss.

[25](#) Artículo 153: 1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

La versione dopo la riforma introdotta dalla L.O. 1/2015: Artículo 153: 1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

[26](#) «porque es el que presenta un mayor grado de diferenciación y es con ello la diferencia más incisiva con la perspectiva del principio de igualdad, dado que incluye la más severa relativa al sujeto activo, y porque se refiere a los dos elementos personales del tipo (sujeto activo y sujeto pasivo). Sólo si esta norma resultara inconstitucional habríamos de analizar la que deriva de la interpretación alternativa respecto del sexo del sujeto activo (tanto hombre como mujer), a los efectos de cumplir nuestra tarea de "explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución" (SSTC 76/1996, de 30 de abril, FJ 5; 138/2005, FJ 5; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 18; 202/2003, de 17 de noviembre, FJ 6; 273/2005, de 27 de octubre, FJ 8; 13//2006, de 21 de abril).

[27](#) “b) En segundo término, los Autos aducen que también podría resultar vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, conectado con el principio de culpabilidad (art. 24.2 CE), debido a la presunción, sin posibilidad de prueba en contrario, de que la violencia del varón hacia la mujer que es o fue su pareja constituye una manifestación de discriminación. Esta presunción la establecería el art. 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004,”

[28](#) Argomento sollevato dall’organo proponente anche nel caso che ha portato alla sentenza STC n. 45/2010, si veda n. 3) lett. a).

[29](#) Argomento sollevato dall’organo proponente anche nel caso che ha portato alla sentenza STC n. 45/2010, si veda n. 3).

[30](#) § 6; il Tribunale cita “STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 4; SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23; STC 129/1996, de 9 de julio, FJ 4”.

[31](#) SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; conforme 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4); 45/2010, FJ 4.

[32](#) STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4; SSTC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2; 3/2007, de 15 de enero, FJ 2, y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5.

[33](#) “Los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas” (FJ 6; también SSTC 155/1998, de 13 de julio, FJ 3; 180/2001, de 17 de septiembre, FJ 3)”.

[34](#) SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 9; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4; y 41/2010, de 22 de julio, FJ 7; 45/2010, F 4, b)

[35](#) “SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; 41/2010, de 22 de julio, FJ 5 b); en idéntico sentido, SSTC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 3; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 3; STC n. 45/2010, FJ 4”.

[36](#) “SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9; 161/1997, FJ 12; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23”.

[37](#) “Desde el punto de vista punitivo la diferencia entre el art. 153.1 CP y el 153.2 CP se reduce a la de tres meses de privación de libertad en el límite inferior de la pena (un marco penal de seis meses a un año frente al de tres meses a un año), debiendo subrayarse, con la Fiscalía, en primer lugar, que esta pena diferenciada en su límite mínimo es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, igual en ambos tipos, y, en segundo lugar, que el art. 153.4 CP incorpora como opción de adaptación judicial de la pena a las peculiaridades del caso el que la pena del art. 153.1 CP pueda rebajarse en un grado “en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho”, si bien es cierto que esta misma previsión es aplicable también al art. 153.2 CP, lo que permite en este caso imponer una pena inferior a la mínima alcanzable a partir del art. 153.1 CP”.

[38](#) Contro l’interpretazione dell’aggravante come fondata sull’accertamento dell’intento discriminatorio cfr. J. M. De Paul Velasco, “Aspectos penales de la L.O. 1/2004: experiencias de su aplicación”, in P. LAURENZO COPELLO (a cura di), *La violenza de género en la Ley*, cit., pp. 237-236, che evidenzia la difficoltà della prova di una simile intenzione e come nell’avanprogetto si parlava della violenza di genere come “strumento per mantenere la discriminazione”, mentre nella versione finale si preferisce usare la più oggettiva espressione “manifestazione di discriminazione” e comunque si osserva che il dato normativo di ciascuna fattispecie penale è già completo e tassativo e non necessita di essere integrato da alcuna norma extrapenale, come quello dato dal riferimento all’art. 1 della Ley 1/2004, che ha solo un valore esplicativo e non specificativo.

[39](#) STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 4 a); SSTC 44/1987, de 9 de abril, FJ 2; 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 3; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2.

- [40](#) Conforme STC 41/2010, de 22 de julio, FJ 11; 45/2010, FJ 6).
- [41](#) J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *op.cit.*, p. 335.
- [42](#) “lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado y al riesgo producido (...) [s]i la víctima fuere o hubiese sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”.
- [43](#) STC 45/2010, FJ 4, c).
- [44](#) Cfr. J. A. Lascurain Sánchez, *op.cit.*
- [45](#) TC 81/2008, de 17 de julio, FJ 3, che segue la STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10.
- [46](#) STC 81/2008, FJ 3.
- [47](#) Tribunal Constitucional, 28 luglio 2010, n. 45 inBOE-A-2010-13113 BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO Núm. 195 Jueves 12 de agosto de 2010 Sec. TC, Pág. 36
- [48](#) SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FFJJ 8 y 10; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4.
- [49](#) SSTC 45/2010, FJ 4, c); SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4.
- [50](#) J. A. Lascurain Sánchez, *op. cit.*, 363.
- [51](#) “No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.
- [52](#) L. Arroyo Zapatero, “Legitimación constitucional y conveniencia político-criminal de la Ley contra la Violencia de Género”, in F. J. MUÑOZ CONDE (a cura di), *Problemas actuales del Derecho Penal y la Criminología, Estudios en memoria de la Prol Díaz Pita*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, pp. 730 ss.; J. C. CARBONELL MATEU (a cura di), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, p. 662.
- [53](#) *Rapporto della Special Rapporteur sulla violenza contro le donne, le sue cause e conseguenze, Rashida Manjoo*, Traduzione non ufficiale a cura di Ilenia Granitto, law/comitato per la promozione e protezione dei diritti umani, recepita da Amnesty international – sezione italiana, a cura Giulia Testa, Nazioni unite a/hrc/20/16/add.2 - Asamblea Generale, 15 giugno 2012, Consiglio Diritti Umani – Ventesima Sessione
- [54](#) “Il 96 per cento delle donne vittime di atti violenti da parte di non-partner, e il 93 per cento delle vittime di abusi da parte del partner non segnalano i casi alla polizia. Allo stesso modo, la maggior parte dei casi di stupro (91,6 per cento) non sono denunciati alla polizia. Inoltre, il 33,9 per cento delle donne che hanno subito violenza per mano di un partner e il 24 per cento da un non-partner non hanno mai parlato di quello che è successo loro (CEDAW/C/ITA/Q/6/Add.1, para . 90”)
- [55](#) Le ragioni per cui la violenza endofamiliare non viene quasi mai denunciata sono molteplici: fra le altre, l’allontanamento dei/dai figli e il timore di subire rappresaglie. Nel *Rapporto 2012 della Special Rapporteur sulla violenza contro le donne, le sue cause e conseguenze, cit.*, Rashida Manjoo, si riferisce che in Italia la maggior parte delle violenze non sono denunciate perché perpetrate in un contesto culturale maschilista dove la violenza domestica non è sempre percepita come un crimine, dove le vittime sono economicamente dipendenti dai responsabili della violenza e persiste la percezione che le risposte fornite dallo Stato non sono adeguate per riconoscere il fenomeno, perseguire per via legale gli autori di tali crimini e garantire assistenza e protezione alle vittime.
- [56](#) Cfr. F. Piacenti , P. De Pasquale, “Il femminicidio in Italia nel periodo 2000-2012”, *Rass. it. di crim.*, (2014), pp. 181 ss. Dal Rapporto Eures 2013 emerge che tra il 2000 e il 2012 si contano complessivamente in Italia 2.220 donne vittime di omicidio. Nel 70, 7 % dei casi nell’ambito di un contesto familiare e di una relazione affettiva.
- [57](#) 90,5% del totale delle vittime di violenza sessuale e 77,4% di stalking; inferiore risulta la percentuale delle donne tra le vittime di omicidio, 3 su 10, ma tale percentuale diviene dominante, laddove l’osservazione sia limitata al solo contesto omicidiario familiare e delle relazioni affettive, cfr. Idem.
- [58](#) All’89,5% per gli omicidi volontari, all’85,7% per i reati di stalking, all’83,5% per le lesioni dolose, al 75,1% per le percosse, 78,7% per le minacce e al 65,5% per le ingiurie. Cfr. F. Piacenti, P. De Pasquale, *op. cit.*, p. 182.
- [59](#) C.E. W. Bond, S. Jeffries, “Similar Punishment? Comparing Sentencing Outcomes in Domestic and Non-Domestic Violence Cases”, *The British Journal of Criminology*, (2014), p. 866.

[60](#)Ivi, p. 866.

[61](#) Usa tali espressione A. Merli, “Violenza di genere e femminicidio”, *Dir. pen. Cont.*, (2014), 10 gennaio 2015, p. 25.

[62](#) Contra riconosce la violenza sessuale da parte del marito [Cass., sez. III, pen., 11 luglio 2006 - 20 ottobre 2006, n. 35242](#), negando l’attenuante della minore gravità; nella stessa direzione, Cass., III Sez., 15 aprile 2008, n. 26165 (con richiamo ai precedenti costituiti da Cass., Sez. III, 4 febbraio 2004 n. 14789, e da Cass., Sez. III, 11 dicembre 2007 n. 4532; Cass., sez. III, 8 ottobre 2013, n. 41486: “Nella specie, la pluralità degli abusi sessuali, compiuti nei confronti della moglie anche durante la gravidanza ed in prossimità del parto, in un incalzante contesto di sopraffazione e di pieno annullamento della libertà di autodeterminazione della vittima, che doveva soggiacere alle morbosità dell’uomo, ostavano alla ravvisabilità del fatto di minore gravità come pure di considerazione ai fini della concessione delle attenuanti generiche”.

[63](#) STC 59/2008, F.J. 9.

[64](#) A. Merli, *op. cit.*, p. 25.

[65](#) Cfr. E. Fernández, “El principio constitucional de no discriminación basada en el sexo y la nueva ley de protección integral contra la violencia de género”, *Anales de la Cátedra francisco Suárez*, 40 (2006), p. 154.

[66](#) P. Laurenzo Copello, “Introducción violencia de género, Ley penal y discriminación”, in EAD., *La violencia de género en la Ley*, cit., pp. 18 ss.

[67](#) A. Rubio, “Inaplicabilidad e ineficacia del Derecho en la violencia contra las mujeres: un conflicto de valores”, in *Análisis jurídico de la violencia contra la mujeres*, Sevilla, Lam, 2004, p. 43.

[68](#) R. Osborne, *La violencia contra las mujeres. Realidad social y políticas públicas*, Madrid, UNED, 2005, p. 11; P. Faraldo Cabana, “Razones para la introducción de la perspectivas de género en el Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contro la violencia de género”, *Revista Penal*, 17 (2006), p. 90.

[69](#) A. Merli, *op. cit.*, p. 14.

[70](#) P. Laurenzo Copello, *op. cit.*, p. 23.

[71](#) STC 200/2001. Cfr. P. Laurenzo Copello, *op. cit.*, p. 23.

[72](#) M. Alonso Álamo, “Protección penal de la igualdad y derecho penal de género”, in *CPC*, 9 (2008), p. 5.

[73](#) M. Graziosi, “Femminicidio: i rischi delle leggi-manifesto”, *Studi sulla questione criminale* 2 (2013), VIII, pp. 7-12.

[74](#) Ad esempio tra le strategie di intervento alternative a quella penale, sono previsti piani di assistenza organizzati dai servizi socio-assistenziali del territorio ed elaborati dal Ministero per le Pari Opportunità, al fine di favorire il recupero psico-sociale dei soggetti responsabili di atti di violenza nelle relazioni affettive e di limitare i casi di recidiva. Al termine di programmi specifici di riabilitazione per i detenuti per reati di violenza contro le donne, la magistratura di sorveglianza, valutando la frequenza e l’applicazione del detenuto, può acquisire elementi per decidere circa la concedibilità o meno di permessi penitenziari; invero la ricaduta nel reato sembra contrassegnare in maniera peculiare il “delinquente familiare” per la spiccata pericolosità che pare connotare l’autore degli atti di violenza contro le donne, così A. Merli, *op. cit.*, p. 27.

[75](#) P. Pittaro, “La legge sul femminicidio: le disposizioni penali di una complessa normativa”, *Fam. e dir.*, (2014), p. 725: “se togliamo quelle riferibili ai minori, troviamo una serie di aggravanti riferibili, da un lato, alla donna in stato di gravidanza come vittima del reato e, dall’altro lato, fattispecie che fanno riferimento alla violenza domestica nonché ad un rapporto affettivo presente o passato, legato o meno alla convivenza. Sinceramente: un po’ poco, specie se consideriamo che le circostanze aggravanti, anche quelle ad effetto speciale, sottostanno al principio di bilanciamento di cui all’art. 69 c.p. e che possono soccombere anche a fronte di una sola circostanza attenuante, perfino di quella generica di cui all’art. 62-bis c.p., posto che il legislatore non ha ritenuto di ritenerle come “privilegiate”, ossia non bilanciabili: un’ennesima, ulteriore discrezionalità attribuita al giudice”; G. Pavich, “Le novità del decreto legge sulla violenza di genere: cosa cambia per i reati con vittime vulnerabili”, *Diritto Pen. Contem.*, 24 settembre 2013, p. 20, considera che lo strumentario predisposto dalla normativa non appare, sul piano prognostico, di particolare incisività.

[76](#) F. Basile, “Violenza sulle donne: modi, e limiti, dell’intervento penale”, *ivi*, 11 dicembre 2013.

[77](#) Nei casi in cui alle forze dell’ordine sia segnalato, in forma non anonima, un fatto che

debba ritenersi riconducibili ai reati di cui agli art. 581 (Percosse), e 582, secondo comma (Lesione personale c.d. lieve), consumato o tentato, del codice penale, nell'ambito della violenza domestica, il questore, anche in assenza di querela, può procedere, assunte le informazioni necessarie da parte degli organi investigativi e sentite le persone informate dei fatti, all'ammonizione dell'autore del fatto, cfr. P. Pittaro, *op. cit.*, p. 722; G. Amato, "Con un atto di violenza grave scatta l'ammonizione", *Guida al dir.*, 2013, pp. 44-90.

[78](#) P. Lauro Copello, *op. cit.*, p. 35. La critica riguarda soprattutto quelle norme che impediscono alla donna di scegliere meccanismi di reazione alternativi al penale per risolvere la situazione di conflitto in cui si trovano (ad esempio l'applicazione obbligatoria della pena dell'allontanamento).

[79](#) Ivi, p. 31.

[80](#) P. Pittaro, *op. cit.*, pp. 725 ss. critica la possibilità del bilanciamento per le nuove aggravanti introdotte dalla l. 119/2013.

[81](#) Si veda nota 47.

[82](#) Cfr. A. Merli, *op. cit.*, p. 33, già in relazione all'aggravante prevista dal secondo comma dell'art. 612-bis c.p., che stabilisce un aumento di pena se il reato di atti persecutori è commesso da persona che sia o sia stata legata da una relazione affettiva (ancorché non formalizzata) alla persona offesa, "non sembra derivino ostacoli ad estendere l'aggravante nei confronti di una persona inserita in un contesto di coppia diversamente intesa ...quando i partner si trovino in una situazione di fatto, anche non implicante (o non più implicante) convivenza, paragonabile a quella dei partner di una coppia eterosessuale", precisando che "dato il tenore "neutro" della norma in questione, e della stessa espressione rapporti affettivi, che abbraccia tutte le relazioni sentimentali, siano esse etero od omosessuali, non si tratterebbe di una soluzione frutto di una interpretazione analogica vietata dall'ordinamento".

[83](#) Sulla nozione di reato culturalmente motivato, v. A. Bernardi, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 3 ss.; C. De Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, ETS, 2010, pp. 30 ss.; F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, II ed., Milano, Giuffrè, 2010, pp. 41 ss.; F. Parisi, *Cultura dell'altro e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 33 ss. Cfr. F. Basile, "Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)", *Riv. it. dir. proc. pen.*, (2007), p. 1298 che precisa che "una definizione "ufficiale" di cultura, ovviamente, non esiste (...). Almeno a livello orientativo, tuttavia, ai presenti fini può risultare utile richiamare il Preambolo della Dichiarazione universale sulla diversità culturale" (adottata dalla Conferenza Generale dell'UNESCO a Parigi il 2 novembre 2001; per il testo in lingua italiana, cfr. www.unesco.it/documenti/documenti/testi/dich_diversita.doc), secondo cui "la cultura dovrebbe essere considerata come un insieme dei distinti aspetti presenti nella società o in un gruppo sociale quali quelli spirituali, materiali, intellettuali ed emotivi, e che include sistemi di valori, tradizioni e credenze, insieme all'arte, alla letteratura e ai vari modi di vita".

[84](#) F. Piacenti, P. De Pasquale, *op. cit.*

[85](#) Sulla nozione etnicamente qualificata di "cultura", in base alla quale «cultura» è sinonimo di «nazione» o «popolo», e designa una comunità intergenerazionale, più o meno compiuta dal punto di vista istituzionale, che occupa un determinato territorio e condivide una lingua e una storia distinte, cfr. F. Basile, "Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)", *cit.*, p. 1298; Id., *Immigrazione e reati*, *cit.*, pp. 3 ss.; tale nozione risale a W. Kymlicka, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 35; A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, II ed., Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 7; C. DE MAGLIE, "Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense", in Scritti Marinucci, Milano, 2006, p. 227; A. Bernardi, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 60, nota 8; L. Monticelli, "«Cultural defense» (esimenti culturali) e i reati «culturalmente orientati». Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale", *Ind. pen.*, (2003), pp. 535 ss.

[86](#) W. Kymlicka, *La cittadinanza*, *cit.*, p. 22; F. Basile, *Società multiculturali*, *cit.*, p. 1303.

[87](#) F. Basile, *Società multiculturali*, *cit.*, p. 1299.

[88](#) C. De Maglie, *Multiculturalismo*, *cit.*, p. 197; EAD., *Società*, *cit.*, pp. 215 ss.

[89](#) F. Basile, *Società multiculturali*, *cit.*, p. 1299; Id., *Immigrazione e reati*, *cit.*, pp. 24 ss.; A. Bernardi, *Il "fattore culturale"*, *cit.*, pp. 9 ss.; B. Pastore, "Multiculturalismo e processo penale", *Cass. pen.*, (2006), p. 3030.

[90](#) F. Basile, *Società multiculturali*, *cit.*, p. 1318 e dottrina citata.

[91](#) Comunicazione COM(2005) 389; "Manifiesto sobre Diversidad Cultural y Política Criminal", sottoscritto nel marzo 1996 a Bilbao da un gruppo di penalisti spagnoli; S. Poulter,

“Ethnic Minority Customs, English Law, and Human Rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, 3 (1987), XXXVI, pp. 589 ss., e ID., *Ethnicity, Law and Human Rights: The English Experience*, Oxford, Oxford University Press, 1998; G. Quintero Olivares, “El Derecho penal ante la globalización”, in R. Zuniga, R. Mendez, D.S. Diego (a cura di), *El Derecho penal ante la globalización*, Madrid, Colex, pp. 13 ss.; A. Bernardi, *Modelli*, cit., p. 128.

[92](#) F. Basile, *Società multiculturali*, cit., pp. 1321-1322; F. Parisi, op. cit., p. 121.

[93](#) Cfr. J. VAN BROECK, “Cultural Defense”, cit., p. 3; A. BERNARDI *Modelli*, cit., p. 60; ; F. Basile, *Immigrazione e reati*, cit., pp. 45 ss.

[94](#) Cfr. C. Pecorella, “Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, (2011), p. 861, la quale evidenzia in relazione alla fattispecie di mutilazioni genitali femminili “la sua funzione di orientamento culturale nel lungo periodo; il messaggio univoco di illiceità, che trasmette quella incriminazione, può offrire tra l'altro alle donne, che a quelle pratiche vogliono sottrarre sé stesse o le proprie figlie, un valido argomento da contrapporre alla pretesa obbligatorietà della mutilazione, in base alle tradizioni del gruppo di appartenenza”.

[95](#) Cfr. *Court of Appeal*[2002] *EWCA Crim* 1607.

[96](#) Cfr. BGH 27 novembre 1979, *NfW*, 1980, 537; BGH 7 ottobre 1994, *id*, 1995, 602 ss; BGH 10 gennaio 2006, *id*, 2006, 1008 ss.

[97](#) Tribunale di Buckeburg, 25 gennaio 2006, *Imp. PUSCEDDU*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, 1441 con nota di Parisi.

[98](#) F. Parisi, op. cit., pp. 90 ss. Sulla giurisprudenza tedesca in materia.

[99](#) A. Philliaps, “When Cultures Means Gender: Issues of Cultural Defence in the British Courts”, *Modern Law Review*, (2003), LXVI, pp. 510 ss.

[100](#) F. Basile, *Società multiculturali*, cit., pp. 1334 ss. Sui timori in termini di prevenzione speciale del mancato riconoscimento del fattore culturale, cfr. A. Bernardi, *Il “fattore culturale”*, cit., pp. 33 ss.; F. Parisi, op. cit., p.86.

[101](#) Cass. 24 novembre 1999, Imputato Bajrami, CED 215158, in *Riv. pen.* 2000, 238; Cass. 8 gennaio 2003, Khouider, CED 223192, in *Dir. pen. proc.* 2003, 285; *Manchester Crown Court* [2002] condanna all'ergastolo un musulmano di origine pakistana, immigrato in Inghilterra nel 1965, il quale aveva ucciso la propria figlia di 24 anni dopo aver trovato il suo fidanzato (non musulmano) nella sua stanza da letto.

[102](#) Cass. pen., sez VI, 16 dicembre 2008, n. 46300.

[103](#) Cass., sez. VI, 19 marzo 2014, n. 19674,

[104](#) Cass. pen., sez VI, 2 dicembre 2009, n. 64. Merli, 29,

[105](#) A. Bernardi, *Il “fattore culturale”*, cit., p. 17; cfr. F. Parisi, op. cit., p. 88.

[106](#) Cass., Sez. I, 12 novembre 2009 (dep. 18 febbraio 2010), Saalem, in CED. 246309. Cfr. invece sulla mancata applicazione dell'aggravante dei motivi abietti e futili, laddove si agisce in base a motivazioni culturali F. Basile, “Motivi futili ad agire: ma futili per chi quando il reato è “culturalmente” motivato?”, nota a Cass., I Sez., 18 dicembre 2013, n. 51059, H.H.H., *Giur. It.* 2014, p. 980.