

## QUESITI

---

**DANIELA FALCINELLI**

**Il senso del diritto penale per la donna.  
Un itinerario dalla valorizzazione dell'identità femminile  
alla protezione penale della maternità**

Il fluire del concetto di identità consente all'interprete del diritto penale un contatto diretto con la mutevole realtà della violenza contro l'individualità femminile, e di riconsiderare il senso della c.d. violenza di genere al confronto con un ricercato diritto esclusivo della donna in quanto tale. L'uguaglianza di genere che si scorge nei tratti costitutivi delle più o meno nuove fattispecie penali presentate ed applicate come strumenti normativi adatti a garantirle una maggiore protezione, rivela i compromessi e le contraddizioni di una cultura sociale ancora fortemente maschilista, costretta oggi a confrontarsi con una ricodificazione penale scritta non solo come principio generale. L'introduzione nel corpo del codice dei delitti contro la maternità, una volta estratti dalla legislazione speciale i delitti di procurato aborto non consentito dalla donna, e di altre previsioni che aggravano l'offesa scagliata contro la donna in stato di gravidanza dimostrano infatti il lento percorso di costruzione di un nuovo bene giuridico: l'identità femminile di maternità.

*The sense of criminal law for women. An itinerary from the enhancement of female identity the criminal protection of maternity*

*The sense of criminal law for women. An itinerary from the enhancement of female identity to the criminal protection of maternity*

*The flow of the concept of identity allows the interpreter of criminal law to have direct contact with the changing reality of violence against female individuality, and to reconsider the meaning of the so-called gender violence in comparison with a sought after exclusive right of women as such. The gender equality that can be seen in the constitutive features of the more or less new criminal cases presented and applied as regulatory tools suitable for guaranteeing greater protection, reveals the compromises and contradictions of a still strongly male-dominated social culture, today forced to confront a written criminal recoding not only as a general principle. The introduction into the body of the code of crimes against motherhood, once the crimes of procured abortion not allowed by the woman have been extracted from the special legislation, and of other provisions that aggravate the offense hurled against the pregnant woman demonstrate the slow path of building a new juridical good: the female identity of maternity.*

**SOMMARIO:** 1. Il punto in cui il cammino è partito. La persona umana e la sua identità - 1 *bis*. Il punto in cui il discorso inizia. La donna e la sua identità femminile - 2. La violenza contro la donna: i *simboli* del diritto penale vivente - 2.1. La tutela *invisibile* dell'identità del genere femminile, *se la donna è una vittima tra le tante* - 2.2. Geografia esegetica dei "mondi penali" pensati al femminile: nuove visioni di vecchie ideologie - 3. I compromessi penali e le contraddizioni del liberal-femminismo - 4. La diversa identità (dignità) femminile nella forza della ricodificazione post-femminista - 4.1. Un punto fermo, e tanti punti da definire - 4.2. La maternità penale: oltre la tutela sociale della salute della donna, un diritto diverso - di diversità - della donna in gravidanza - 4.2. a) La tutela sociale della salute della donna - 4.2. b) Verso un diritto penale della donna in gravidanza - 4.2. c) Il bene giuridico di una identità femminile di maternità - 4.3. Il senso della maternità nel sistema del codice penale: il valore penale di una identità (materna) non uguale - 4.4. "Fisiognomica" dei delitti contro la maternità - 4.5. Il sistema dei reati contro la donna in stato di gravidanza - 4.5.1. La speciale offensività che investe la donna in stato di gravidanza - 4.5.2. Una chiosa sui delitti complessi aggravati dall'offesa all'identità della donna in maternità, alla conta delle tecniche di incriminazione - 5. Parole libere, non in libertà.

1. *Il punto in cui il cammino è partito. La persona umana e la sua identità.* La persona umana è tema solo in apparenza tradizionale per l'indagine penalistica: gli orizzonti entro i quali si è espanso nel tempo, in un succedersi a ben vedere tumultuoso di vicende legislative, giurisprudenziali, oltre che costituzionali e di matrice europea, lo hanno profondamente innovato - meglio diremmo, rivoluzionato - proiettandolo dentro un *humus* culturale, e di seguito giuridico, articolato, complesso, sempre più denso di dimensioni valutative.

In questa cornice - che è l'epoca contemporanea stessa - le corde del penalista sono toccate dal confronto con situazioni di realtà dai tratti originali, che aprono a nuove soluzioni ed alla espansione dei beni giuridici, seguendo la direttrice di una rilettura 'dignitaria' della tutela dell'individuo<sup>1</sup> che consente «all'interprete ... un più diretto e permanente canale di comunicazione tra il diritto e la vita»<sup>2</sup>. Al contatto con questa realtà scorrevole e mutante, si riconosce appartenere al campo semantico della dignità uno spazio di sostantivo capace di investire l'intera dimensione dell'individualità personale<sup>3</sup>, infine sostituito da un vocabolo addirittura più potente nella sua forza evocativa. Le parole di Primo Levi lo scolpiscono in quella pienezza che alla dignità rimane immanente: «*Per vivere occorre una identità, ossia una dignità*»<sup>4</sup>.

La (ri)scoperta della portata fondamentale/costituzionale (*ex art. 2 Cost.*) del valore culturale dell'identità dignitaria della persona, e con ciò la riflessione sui possibili riverberi nel territorio degli interessi penalmente protetti, muove da considerazioni moderne ed al contempo ancestrali, in cui argomenti tratti dalle neuroscienze si fondono con contributi forniti dalla biologia, dalla paleoantropologia, dalla filosofia e dalla scienza delle religioni, mostrando che quanto costituisce la forza più peculiare dell'essere umano, ovvero la capacità di avere un'identità e di costruire relazioni attraverso essa, è per ciò stesso anche l'oggetto di comportamenti di una profondità aggressiva tale da renderli, in senso non troppo lato, micidiali<sup>5</sup>. Il fattore relazionale gioca dunque un

<sup>1</sup> Citando BUSNELLI, *Per un'incursione civilistica: una rilettura 'dignitaria' della tutela della persona umana*, in *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà (per Francesco Palazzo)*. Atti del Convegno, Pisa, 12 ottobre 2018, a cura di De Francesco, Gargani, Notaro, Vallini, Torino, 2019, 13. *Amplius*, NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana*, Bologna, 2012, 41.

<sup>2</sup> V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, 27, 29. Cfr. anche LIPARI, *Personalità e dignità nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 868; PIEPOLI, *Tutela della dignità e ordinamento della società secolare europea*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 19.

<sup>3</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Milano, 2019, 287.

<sup>4</sup> LEVI, *I sommersi e i salvati*, Torino, 1986, 103.

<sup>5</sup> In tema, FABBRO, *Identità culturale e violenza. Neuropsicologia delle lingue e delle religioni*, Torino, 2018.

doppio ruolo nella partita identitaria, negativo per la capacità dei terzi di annientarla, affermativo per la necessità del contatto con terzi per costruirla<sup>6</sup>. Difatti, ciò che una persona è, è ciò che la persona narra riguardo se stessa<sup>7</sup>, in una prospettiva necessariamente dialogica<sup>8</sup>. Va di seguito che *l'identità personale porta in grembo l'esistenza dell'altro*<sup>9</sup>: l'identità di ogni individuo è il risultato della costruzione sociale che vede impegnati gli attori che abitano i suoi contesti di vita<sup>10</sup>.

La violenza scagliata contro l'identità dell'individuo, fatta di sessualità, di lingua, tradizioni, cultura, spiritualità, pensiero, è quindi violenza che aggredisce la consistenza e lo spessore della persona umana. È violenza di intolleranza e di odio, sferzata avverso *l'individuo nella sua totalità*, contro l'individuo *per ciò che è*, dunque, anche *per il solo fatto di essere donna*. Anche *per ciò che è nel suo essere con l'altro*, dunque, anche *per il solo fatto di essere donna in stato di gravidanza*.

*1-bis. Il punto in cui il discorso inizia. La donna e la sua identità femminile.* La neutralità di genere sessuale che ordinariamente qualifica l'attuale linguaggio giuridico è l'emblema di una storica *pretesa*: la costituzionalità di interventi di prevenzione e repressione attraverso norme generali ed astratte, applicabili senza distinzioni in nome del supremo principio di uguaglianza. Tale "dovere" si avverte scontrarsi drammaticamente con la specificità, dal punto di vista sociale ed individuale, della singola identità, la cui tutela è altrettanto *necessario* compito dello Stato, chiamato a *rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana*. Anche per questo tratto passa il *rispetto verso di essa*<sup>11</sup>.

Qual è il rispetto penale che merita la *donna*, nella sua *specificità*, diventa il punto in cui un discorso improntato all'introduzione di un neo-

<sup>6</sup> Sulla "socialità" dell'identità individuale cfr. BLUMER, *Symbolic Interactionism*, Prentice Hall, 1969; SALVINI, *Psicologia clinica*, 1998, Padova.

<sup>7</sup> BRUNER, *Life as narrative*, in *Social Research*, 1987, 54, 11-32; BIGAZZI, NENCINI, *How evaluations construct identities: the psycholinguistic model of evaluation*, in *Élmény, történetek, a történetek élménye*, a cura di Vincze, Bigazzi, Budapest, 2008.

<sup>8</sup> GERGEN, *An invitation to social construction*, London, 1999.

<sup>9</sup> GERGEN, *An invitation to social construction*, cit.

<sup>10</sup> Per una sintesi ricostruttiva di queste concezioni, si rinvia a NENCINI, *La costruzione dell'identità disabile*, in *Scienze dell'Interazione*, 2010, 1, 27 ss.

<sup>11</sup> Per una panoramica delle principali problematiche correlabili alla violenza (domestica) di genere a seguito delle misure emergenziali adottate dal governo italiano per affrontare l'emergenza sanitaria di Covid-19, v. FILICE, *La parità di genere alla prova del Covid 19*, in *DPU*, 2020, 4.

umanesimo penalistico si interseca con la costante attualità dell'irrisolto dibattito *a più voci* attorno alla semantica della c.d. violenza di genere, per diventare nel giro di breve un invito a riconsiderare la natura *uguale* dell'identità del genere femminile come metro "genetico" degli strumenti normativi adatti ad offrirle un *maggior* presidio penale.

2. *La violenza contro la donna: i simboli del diritto penale vivente*

2.1. *La tutela invisibile dell'identità del genere femminile, se la donna è una vittima tra le tante.* Il Mondo, l'Europa, ce lo chiedevano. Così, le vie (spesso) d'urgenza create dal Legislatore italiano ed i percorsi argomentativi della Giurisprudenza si sono incamminati dalla scorsa decade verso una considerazione dell'identità di genere come fusione di aspetti biologici e sociali, appartenente al nucleo costitutivo dello sviluppo della personalità individuale e sociale, come tale destinataria della protezione costituzionale riconosciuta dal tessuto connettivo degli articoli 2, 3, 29 e 32 della Costituzione<sup>12</sup>. Sì da aprire il campo ad una prospettiva di vera e radicale innovazione culturale, in cui l'identità singolare si osserva attraverso riassegnati "ruoli" di genere<sup>13</sup>.

I termini del linguaggio giuridico, che a tutt'oggi campeggiano, tuttavia non mentono: parlare di *genere*, non significa parlare di *donna*, senza che ciò comporti di per sé la negazione della garanzia della stessa copertura costituzionale anche ai diritti "della donna", con l'effetto della loro esclusione dalla compagine dei beni penalmente protetti. La scienza penale, davanti al bivio dei due lessemi, ha tuttavia preso un sentiero "originale", *creando la realtà* di una sovrapposizione tra le due nozioni silenziosamente adombrata nello strumentario penale nazionale, tanto di diritto sostanziale quanto processuale, sulla scorta della latitudine esegetica avallata dal panorama normativo sovranazionale.

Le S.U. della Corte di Cassazione Penale lo hanno "denunziato" davanti al quesito esegetico relativo alla riferibilità della locuzione «delitti commessi con violenza alla persona» (contenuta nell'art. 408, comma 3-*bis*, c.p.p.) anche alla fattispecie di atti persecutori prevista dall'art. 612-*bis* c.p. (c.d. *stalking*)<sup>14</sup>. L'inserimento della formula dimostra la volontà del legislatore di ampliare la

<sup>12</sup> V. Cass., Sez. I civ., 20 luglio 2015, n. 15138, in *Mass. Uff.*, n. 636001.

<sup>13</sup> Ai sensi dell'art. 3 lett. c) della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, siglata a Istanbul l'11 maggio 2011 e ratificata dall'Italia con la l. 27 giugno 2013, n. 7715: *c) con il termine «genere» ci si riferisce a ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini.*

<sup>14</sup> Cass., Sez. un., 29 gennaio 2016, n. 10959, in *Mass. Uff.*, n. 265893.

nozione della *‘violenza alla persona’* oltre i confini che il codice penale gli ha originariamente imposto, fino a raggiungere l’apertura adottata in ambito internazionale e comunitario, «sicuramente comprensiva di ogni forma di violenza di genere<sup>15</sup>, contro le donne e nell’ambito delle relazioni affettive, sia o meno attuata con violenza fisica o solo morale, tale da cagionare cioè una sofferenza anche solo psicologica alla vittima del reato»<sup>16</sup>. Ma è al contempo testimonianza della considerazione della *donna* solamente come *una tra le tante vittime* “emergenti”, portata a galla assieme ad altri soggetti vulnerabili assediati dalle forme di criminalità violenta (terrorismo, tratta di essere umani, sfruttamento di minori) che hanno via via suscitato i clamori dell’allarme sociale e le incursioni incriminatrici o di accrescimento punitivo del *diritto penale della seconda modernità*.

La Suprema Corte ne prende atto con tono disilluso, guardando alla Convenzione di Istanbul e ad un dettato dell’art. 3 che disegna il perimetro della “violenza nei confronti delle donne”<sup>17</sup> dentro i margini di «una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica, che nella vita privata»; e confrontando questa con l’ancor più ampia prospettiva interpretativa di violenza di genere derivata dalle premesse<sup>18</sup> della Direttiva 2012/29/UE<sup>19</sup>, presidiata dalla caratterizzazione di vulnerabilità delle relative vittime<sup>20</sup>, scolpita nella formula della «violenza diretta contro una persona a causa del suo genere, della sua identità di genere o della sua espressione di genere o che colpisce in modo sproporzionato le persone di un particolare genere [...]».

Perviene in definitiva – implicitamente – a constatare che nel nostro ordinamento la normativa sostanziale declinata in risposta alla necessità di un contrasto specifico al fenomeno della violenza sulle donne non è “nata” con l’introduzione di altrettante specifiche fattispecie di reato, ma è stata in un

<sup>15</sup> N.d.r. corsivo dell’autore.

<sup>16</sup> La dottrina penale non è concorde sui limiti semantici del termine “violenza”: alcuni Autori hanno proposto di delimitarla all’uso di forza fisica, v. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale. I. L’offesa mediante violenza*, Milano, 2002.

<sup>17</sup> Del Consiglio d’Europa dell’11 maggio 2011, cit.

<sup>18</sup> Premessa n. 17.

<sup>19</sup> Cui è stata data attuazione con il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212.

<sup>20</sup> Vi trovano equiparata considerazione le vittime del terrorismo, della criminalità organizzata, della tratta di essere umani, della violenza di genere, della violenza nelle relazioni strette, della violenza o dello sfruttamento sessuale o dei reati basati sull’odio e le vittime con disabilità.

primo momento trovata nella “sufficienza” della cornice delittuosa preesistente - dei maltrattamenti, della violenza nelle sue varie forme specie sessuali, via via aggravata con la previsione di aumenti edittali e specifiche ipotesi circostanziali. Poi, più recentemente, si è svelata in “nuovi” delitti pur sempre “uguali”, come quello di atti persecutori. Espressamente: «*Ciò ha consentito di dare una risposta [appunto] unitaria nei confronti di tutti gli autori di reato e di tutte le vittime, senza distinzione in ragione del sesso, come imposto dall'art. 3 della Costituzione, tenuto presente che la violenza di genere è suscettibile di colpire anche gli uomini nei confronti dei quali, ove assumano la posizione di vittima, devono valere gli stessi principi e le stesse norme che più sovente operano a protezione delle donne.*».

Il *re è nudo*, avrebbe detto il bambino della fiaba. La verità, senza filtri, è quella di un appiattimento della violenza nei confronti dei diritti umani della donna sul piano della *neutrale* violenza di genere. Che poi la si forzi, nel discorso sociale, politico e finanche giuridico, dentro l’etichetta di violenza contro il genere femminile, per sfoggiare il *simbolo* di una modernità penale ricercata dalle più avanzate riflessioni culturali, non muta l’eterogenea sostanza del concetto, né della categoria dei reati ad esso correlati.

**2.2. Geografia esegetica dei “mondi penali” pensati al femminile: nuove visioni di vecchie ideologie.** La consistenza eterea di questo “mondo apparente” neppure muta a dar séguito all’orientamento esegetico che ha contestualizzato la violenza di genere nella cornice culturale “cronica” della tradizione italiana, annodata ad una concezione prettamente maschile della società. Vi traspare come forma socialmente accettata di estrinsecazione del dominio del genere maschile nei confronti delle donne, alle quali è affidato - istituzionalmente - un ruolo caratterizzato da forti elementi di subalternità sociale ed economica. L’osservazione casistica del XXI secolo ha così guidato per mano l’interprete a rivalutare, di fatto, come “contemporanei” delitti contro il genere femminile ancora una volta i “classici” reati di maltrattamenti in famiglia, di atti persecutori, di violenza sessuale, fino a spingersi a convenire che i menzionati delitti (artt. 572, 612-*bis* e 609-*bis* e seguenti del codice penale), sebbene legislativamente correlati alla protezione di beni giuridici più ampi (esattamente e rispettivamente, l’assistenza familiare, la libertà morale, la libertà personale), in realtà abbiano voluto tutelare, sin dalla loro originaria introduzione, l’identità di genere della persona, e nella specie quella della donna. La violenza contro la sua (di lei) individualità si “semplifica” in espressione di violenza patriarcale o, comunque, di violenza della virilità maschile, qualifica-

ta da un aspetto di c.d. prossimità tratto sempre dalla attuale statistica delle cronache giudiziarie: è una violenza marcata da forme al contempo psicologiche e fisiche, vissuta in prevalenza nell'ambito di relazioni affettive, intime, di stretta vicinanza<sup>21</sup>.

Pure procedendo lungo questo sentiero, alla fine dei conti, la donna arriva però ad essere identificata in una vittima senza nome, se non quello "semi-comune" di *vulnerabile*: in sostanza, privata del riconoscimento di diritti (beni giuridici) *suoi*, risultando parimenti protetta per gli stessi interessi costituzionalmente rilevanti riconosciuti nell'eguale bagaglio di ogni altro individuo, e presidiata - ragionevolmente - tramite le stesse misure sostanziali, procedurali e processuali. È una direttrice che troppo spazio lascia alla singolare sensibilità giudiziaria, libera di approdare alla "criminalizzazione" di una educazione maschile in fondo abituata alla coazione; ostacolo alla percezione della donna quale soggetto autonomo dalla sua potestà e dalla sua area di consenso; origine di forme patologiche di vita relazionale che possono tradursi in condotte dagli esiti estremi, come il "femminicidio"<sup>22</sup>. Oppure si assesta su una ancora diffusa accettazione sociale del concetto di genere "dominante", che riesce a trovare voce nelle aule di giustizia non solo attraverso le ragioni difensive dell'imputato, ma anche nelle motivazioni di un Giudice capaci di avvalorare ragioni di un trascorso "onore" maschile, facendo leva sull'"ambiguità" del comportamento della donna-vittima nei confronti dell'uomo-agente, oppure su reali o ipotetici o immaginati tradimenti della partner maltrattata, che valgano a legittimare parametri di deresponsabilizzazione<sup>23</sup> o ad accreditare la configurabilità di circostanze attenuanti "emotive"<sup>24</sup>. Ognuno dei percorsi battuti, qualunque ne sia il punto d'arrivo, non porta quindi a riflettere oltre le figure penali che la politica legislativa ha inteso stigmatizzare come simboli della lotta senza tregua ingaggiata a fronte dei fatti violenti contro la donna: manca una traiettoria in direzione della tutela penale dei *diritti fondamentali spettanti alla donna in quanto tale*; ci si adagia sull'opportunità di proteggere beni da garantire a tutte le persone.

<sup>21</sup> FILICE, *La violenza di genere*, Milano, 2019, 7 ss., 14 ss.

<sup>22</sup> Per questa conclusione chiosa FILICE, *Diritto penale e genere*, in *DPU*, 2019, 9, 17 ss., 24 ss.

<sup>23</sup> Cfr., a proposito della discussa "sentenza sui jeans", Cass., Sez. III, 6 novembre 1998, n. 1636, C., in *Riv. pen.*, 1999, 258.

<sup>24</sup> I richiami arrivano ai tempi più recenti. Con riferimento a casi mediaticamente noti come di "femminicidio", in cui risalta il riconoscimento di un valore attenuante allo stato emotivo instauratosi nell'autore del reato in reazione a comportamenti relazionali della vittima (il rifiuto nel primo caso, il tradimento nel secondo), si vedano rispettivamente: Corte Ass. App. Bologna, 14 novembre 2018, n. 29; Trib. Genova, 17 dicembre 2018, n. 1340, con commento critico di FILICE, *Femminicidi di Bologna e Genova: perché quelle sentenze potrebbero sbagliare*, in *Quest. giust. online*, 15 aprile 2019.

Dalla “caduta dei vecchi dei” a questo più moderno simbolismo non corre pertanto una distanza imponderabile. Di fondo c’è solamente una diversa “estetica” del diritto penale, “testardamente” convinto a riporre la donna in una riconosciuta, istituzionalizzata, condizione di particolare vulnerabilità, fisica e psicologica, infine inferiorità rispetto alla coazione di una forza superiore di fonte ordinariamente maschile<sup>25</sup>. La stessa assegnatale dal sistema penale coniato nell’epoca fascista<sup>26</sup> all’insegna di tante effigi: quella del delitto di adulterio (art. 559 c.p.), sperequato in senso negativo per la donna con riguardo alla disciplina dei diritti e dei doveri coniugali<sup>27</sup>; quella di una disciplina in materia di violenza “carnale” (519 ss. c.p.) calibrata a presidiare la morale pubblica ed il buon costume e volutamente lasciata “indifferente” alla protezione della libertà della persona-donna, così da legittimare la previsione di una “beffarda” causa di estinzione del reato a fronte dell’avvenuto (c.d.) matrimonio riparatore (544 c.p.)<sup>28</sup>; quella dell’interpretazione “adeguata” alla tolleranza sociale rispetto alle vicende di violenza sessuale perpetrate dal coniuge<sup>29</sup>; quella della liceità assegnata ai fatti di ingiuria, percosse, lesioni personali realizzati nei contesti intraconiugali col richiamo ad un “assodato” *ius corrigendi*<sup>30</sup>; quella della “benevolenza legislativa” legata ai delitti per causa d’onore<sup>31</sup>.

L’ombra degli anacronismi del *sessismo penalmente dominante*, formalmente scomparsi nel recente passato, si dimostra così rimanere ancora oggi ad oscurare la cultura etico-giuridica e gli spunti di un radicale cambiamento di prospettiva maturato nell’impianto legislativo penale, dimenticando come non raramente – specie tra le mura domestiche – la violenza, femminile dal punto

<sup>25</sup> PASCALI, *La riforma normativa sulla violenza sulle donne in relazione alla natura dei crimini perpetrati*, in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, 2015, 3, 75 ss.

<sup>26</sup> Per una efficace sintesi di questi aspetti si rinvia a BASILE, *Violenza sulle donne: modi, e limiti, dell’intervento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 11 dicembre 2013, 1 ss.; ID., *La tutela delle donne dalla violenza dell’uomo: dal Codice Rocco .... al Codice Rosso*, in *DPU*, 2019, 11, 1 ss.

<sup>27</sup> Si vedano in proposito gli interventi della Corte Costituzionale con la sentenza del 19 dicembre 1968, n. 126, e con la pronuncia del 3 dicembre 1969, n. 147, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>28</sup> Critica in proposito la dottrina del tempo, v. per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1979, 30.

<sup>29</sup> Sull’argomento, BERTOLINO, *Libertà sessuale e tutela penale*, Milano, 1993, 55 ss.; GOISIS, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici. Una storia di “genere”*, in *Dir. pen. cont.*, 31 ottobre 2012, 12 ss.; BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010.

<sup>30</sup> Cfr. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953, 724 ss.; BASILE, *La tutela delle donne dalla violenza dell’uomo*, cit., 4, con rispettivi richiami giurisprudenziali.

<sup>31</sup> Cfr., in tema, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Torino, 1972, 51. V. anche BASILE, *La tutela delle donne dalla violenza dell’uomo*, cit., 4.

di vista del soggetto passivo, si delinea come abuso di donne in rapporto ad altre donne, di donne in rapporto a bambine, di madri in rapporto alle proprie figlie<sup>32</sup>. Del resto, le dinamiche culturali contemporanee appaiono ostacolare il distacco da una mentalità così fondamentalmente patriarcale e misogina: anche il processo pervasivo e cumulativo di rappresentazione (se non di “costruzione”) mediale della violenza, si dimostra palesemente rafforzativo degli stessi pregiudizi legati al genere che ne sono retaggio<sup>33</sup>. Al panico morale<sup>34</sup>, così fomentato, segue facile un *diritto penale per la donna* piagato dall’urgenza, dall’eccesso di tipizzazione incriminatrice, dalla sproporzione dell’inasprimento sanzionatorio, con tutto un carico di forza punitiva che per lo più affronta “cieco” il soggetto abusante non meno del soggetto abusato.

3. *I compromessi penali e le contraddizioni del liberal-femminismo.* Approcciare alla tematica da un versante che non sia quello socialmente diffuso, ovvero “maschile”, permette di osservare dirittamente le norme. In primo luogo, le norme che compongono la pretesa categoria dei *reati di genere*, attualmente forzate a simbolo del baluardo penalistico eretto attorno al mondo femminile. Anche volendo non accorgersi che la lettera incriminatrice non misura col metro del genere sessuale né – tantomeno – del genere sessuale femminile gli abiti della persona offesa dal reato, appare certo più lineare da un punto di vista logico e sistematico inquadrare i valori protetti in quei diritti umani (dell’esistenza, dell’integrità personale, della libertà, dell’autodeterminazione, del pensiero) che si sogliono considerare *naturali* nel contesto delle società democratiche moderne, ove sono conosciuti ad accomunare ogni persona fisica. L’evenienza che di questi beni giuridici sia titolare la donna, ne giustifica – esattamente – la protezione penale in nome di una offensività costituzionalmente generale, priva di una declinazione al femminile. Si spiega d’altronde, lungo queste stesse coordinate di neutralità,

---

<sup>32</sup> Si veda sul punto BEL HOOKS, *Farla finita con la violenza*, in *Violenza di genere. Saperi contro*, a cura di Vaccaro, Milano, 2016, 79 ss.

<sup>33</sup> Puntuale la notazione dell’evidente peso dei *newsmedia* nella percezione diffusa di questa configurazione della vittima femminile, con la ficcante conclusione per cui «Il giornalismo non è solo pura *news* ma *messa in forma delle informazioni*, cioè produzione culturale; l’informazione nel descrivere la realtà la ricostruisce, selezionando gli eventi, i giornali non sono lo specchio fedele del reale ma offrono “capsule informative”, che estrapolano i fatti dai contesti reali e li ricontestualizzano all’interno di differenti prodotti», RIZZUTO, *Donne, delitti e show*, in *Violenza di genere. Saperi contro*, cit., 156. In argomento, in generale, v. anche BARTOLINI, *Violenza di prossimità. La vittima, il carnefice, lo spettatore e il grande occhio*, Milano, 2013.

<sup>34</sup> Cfr. GIOMI, TONELLO, *Moral Panic: the Issue of Women and Crime in Italian Evening News*, in *Sociologica. Italian Journal of Sociology on line*, 2013, 3.

pure il senso delle nuove fattispecie incriminatrici mediaticamente “comunicate” come risposta tutta moderna all’urgente bisogno di contrastare la coazione contro la donna: il pensiero corre in particolare ai neo conati reati di deformazione dell’aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso (art. 583-*quinquies* c.p.), di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti senza il consenso delle persone rappresentate (c.d. *Revenge porn*, inserito all’art. 612-*ter* c.p.), di costrizione o induzione al matrimonio (art. 558-*bis* c.p.). Pervicace, c’è lo scoglio di scelte terminologiche incuranti della tipizzazione del titolare del bene protetto. Se v’è un diritto alla propria identità di genere, o più plausibilmente un diritto alla incolumità, alla libertà, all’autodeterminazione e via discorrendo, è un bene giuridico di tutti, e la donna ha il diritto di averne – doverosamente – una protezione penale pari ed uguale.

Per quanto superficiale sia la prospettiva di disamina così avanzata, certamente non sfugge come la premessa di un mancato riferimento espresso alla dimensione della donna non valga per il reato di “pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili”<sup>35</sup>. Ciò nonostante, vale la medesima conclusione, nel senso che *l’interesse giuridico presidiato è un bene a chiunque spettante*: nel caso del *corpo femminile* esso conosce di una *modalità di violazione* “unica” per la presenza di parti genitali esteriori la cui alterazione fisica compromette la sessualità della sua persona<sup>36</sup>, sì da esigere una tutela *ad hoc* in considerazione della “esclusiva” variante fenomenologica di aggressione.

Emerge invero appieno, in questa disposizione, lo scontro moderno tra i ricorrenti sforzi di costruire disposizioni penalistiche a misura di donna<sup>37</sup> e le insopprimibili esigenze di ragionevolezza e di uguaglianza che spingono in

---

<sup>35</sup> Approfondisce l’esame della fattispecie BASILE, *Il reato di “pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili” alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell’art. 583 bis c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 23 luglio 2013. Per un commento a tale disposizione delittuosa, v., anche FORNASARI, *Mutilazioni genitali e pratiche rituali nel diritto penale*, in CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ, ZATTI, *Il governo del corpo*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà, Zatti, Milano, 2011, 715 ss.; PECORELLA, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 853 ss.; BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge*, in *Quad. cost.*, 2007, 3, 567-588.

<sup>36</sup> Segnatamente, «compromettendo il desiderio o la praticabilità dell’atto sessuale», così Corte App. Venezia, 23 novembre 2012, n. 1485, in *Dir. pen. cont.*, 23 luglio 2013.

<sup>37</sup> DI GIOVINE, *I recenti interventi legislativi in materia di violenza contro le donne (perché il “dilemma del femminismo” è anche il “dilemma del diritto penale”)*, in *Arch. pen. web*, 2017, 1, 1-23. Mostra una apertura, tra cautela e problematizzazione, rispetto all’introduzione di disposizioni positive di genere, CORN, *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia, comparazione, prospettive*, Napoli, 2017, in part. 222 ss.

senso opposto<sup>38</sup>. All'esito, si cesella una incriminazione speciale votata a perseguire l'interesse dell'integrità (salute) psico-fisica, della donna: un *medium* che avversa uno strumento paradigmatico dell'assoggettamento della sessualità femminile alla cultura maschilista<sup>39</sup>, rinnegato dalla legislazione penale italiana che sul campo procede a rime obbligate verso una parità di sapore femminista<sup>40</sup>. A fuoriuscirne è pertanto la definizione più classica del bene giuridico dell'identità di genere, «il senso della propria mascolinità o femminilità»<sup>41</sup>, che chiama necessariamente in causa la connotazione psicosessuale del Sé, concepito come corpo intrinsecamente sessuato<sup>42</sup>. La corporeità si dimostra invero il luogo della storia individuale, che delimita il singolo e nello stesso tempo lo mette in contatto con gli altri<sup>43</sup>, rappresentando pertanto una componente fondamentale della dimensione antropologica di ogni persona<sup>44</sup>: è un *diritto uguale*, che ugualmente spetta a ciascun individuo, e quindi anche ad ogni donna, giovane o adulta. In questo senso, universale, le MGF, con i loro gravi esiti a livello psico-sessuale e psico-fisico, rideterminano il “corpo femminile” e riscrivono in modo abnorme la vita della donna ridetandone la storia<sup>45</sup> e l'identità: *del corpo che ha e del corpo che è*<sup>46</sup>.

4. *La diversa identità (dignità) femminile nella forza della ricodificazione post-femminista*. L'identità umana, anche nello stesso momento, è molteplice e

<sup>38</sup> Per spunti critici sulla commistione tra il tema del multiculturalismo e quello della violenza sulle donne quale emerge dal delitto citato, v. DI GIOVINE, *Multiculturalismo e violenza contro le donne*, in *Arch. pen. web*, 2018, 1, in part. 17 ss.

<sup>39</sup> Cfr. RUGGIU, *La risoluzione ONU del 2012 per l'eliminazione delle mutilazioni genitali femminili. Una lettura problematica*, in *Studium Iuris*, 2014, 866 ss., in part. 872.

<sup>40</sup> Cfr. DI GIOVINE, *Multiculturalismo e violenza contro le donne*, cit., 22 ss. Favorevole ad una applicazione aperta al multiculturalismo, per il tramite dell'operatività dell'art. 50 c.p., SALCUNI, *Multiculturalismo e forme di democrazia: il fenomeno delle mutilazioni genitali femminili*, in *Cultura, culture e diritto penale*, a cura di Stortoni, Tordini Cagli 2012, Bologna, 119, cui si rinvia anche per una puntuale analisi delle diverse opzioni dogmatiche.

<sup>41</sup> STOLLER, *Male Childhood Transsexualism*, in *Journal of the American Academy of Child Psychiatry*, 1968, 2, 193.

<sup>42</sup> In questo elemento fisico si condensa l'unità dell'esperienza del soggetto, cioè il suo *modo-di-essere-nel-mondo* (AGAZZI, *Il corpo e il nostro “essere-nel-mondo”*, in CAVACIUTI, DENTONE, *Il corpo e le emozioni*, II, Bari, 2003): è il «crocevia tra interiorità ed esteriorità» ed è il «mezzo di comunicazione intersoggettiva», così ALES BELLO, *Il linguaggio del corpo vivente*, in CAVACIUTI, DENTONE, *Il corpo e le emozioni*, II, Bari, 2003, 97-113.

<sup>43</sup> MARTINI, *Sul corpo*, Milano, 2000.

<sup>44</sup> Nell'essere “con” l'altro e “per” l'altro, “con” e “nel” corpo, SEN, *Identity and Violence. The Illusion of Destiny*, New York - London, 2006, trad. it., *Identità e violenza*, Bari-Roma, 2008.

<sup>45</sup> CALLIERI, *Psicopatologia antropologica del vissuto corporeo*, in *Attualità in psicologia*, 1995, 2-3, 166.

<sup>46</sup> Per queste riflessioni, BARBIERI-LUZZAGO, *Il fenomeno delle mutilazioni genitali femminili fra cultura, sessualità e distruttività*, in *Rass. it. crim.*, 2011, 1, 26 s.

non è statica<sup>47</sup>; è necessariamente *uguale*, ed altrettanto necessariamente è *diseguale*. Anche l'identità femminile è tutto questo insieme. Ponendo la realtà identitaria femminile a "stella polare" di un itinerario di riflessione nel campo del diritto penale sostanziale, ci si accorge di poter seguire una direzione che spinge ad allontanarsi dalla vecchia prospettiva: quella che a gran voce chiede, trova o finge di aver trovato disposizioni ritagliate sui bisogni di protezione della donna rispetto agli atti di violenza plasticamente tesi ad assediare da parte dell'*altro genere*<sup>48</sup>. Ciò significa anche allontanarsi da un pensiero penale di ascendenza liberal femminista<sup>49</sup>, mossosi a combattere "l'argomento della natura", disarmato di fronte alla ineliminabile differenza biologica tra sessi<sup>50</sup>. Il discorso giuridico - s'è visto - viene di seguito costretto sul piano della decostruzione sociale e culturale del predominio maschile sulla persona femminile, limitato per questo a rivendicare l'uguaglianza *ad ogni costo* tra donne e uomini<sup>51</sup>, seguendo una visione contraddittoria<sup>52</sup> che offre garanzie di tutela penale alle donne sotto la copertura di una violenza di genere la cui formula non può che includere (tra le altre) anche la violenza sugli stessi uomini<sup>53</sup>, ed infine rappresentando la persona di sesso femminile - in quanto tale - nei tratti di soggetto "debole comunque", o per natura o per cultura, con ciò bisognoso di una tutela *rafforzata*<sup>54</sup>, veicolando alla fine esattamente quel messaggio retrogrado che di principio voleva avversare.

Viene in mente che *la strada per l'inferno è lastricata di buone intenzioni*<sup>55</sup>.

<sup>47</sup> SEN, *Identity and Violence*, cit.

<sup>48</sup> Si veda l'interessante quadro empirico fornito da DONATI, *I crimini contro le donne e la legge sul femminicidio*, in *Sociol. dir.*, 2015, 106 ss.

<sup>49</sup> Offre un arguto scorcio sulla densa problematica in richiamo, DI GIOVINE, *I recenti interventi legislativi in materia di violenza contro le donne*, cit., in part. 3 ss., e la ricca bibliografia sul tema ivi citata.

<sup>50</sup> Per tutti, BUTLER, *La disfatta del genere*, Roma, 2006; ID., *Questione di genere. Il femminismo e la sovversione dell'identità*, Roma, 2013.

<sup>51</sup> Si veda, con riferimento al panorama giusfilosofico italiano, GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di Facchi, Faralli, Pitch, Bologna, 2005.

<sup>52</sup> In questo senso già DI GIOVINE, *I recenti interventi legislativi in materia di violenza contro le donne*, cit., 7 ss., che tuttavia procede verso conclusioni non condivise nel presente testo.

<sup>53</sup> MERLI, *Violenza di genere e femminicidio*, Napoli, 2015, 70 ss.; GUERRA, *La violenza di genere: l'attuale sistema di tutela penale alla luce dei più recenti interventi legislativi*, in *Cass. pen.*, 2015, 2118. In Italia, si veda la contrapposizione tra le posizioni di MANNA, *La donna nel diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2005, 860, che reclama una differenziazione di trattamento tra uomo e donna, e quella di RIONDATO, *Cornici di Famiglia*, Padova, 2014, 58 ss., il quale, pur condividendone le ragioni, esprime sul punto il dubbio della sua possibile incostituzionalità.

<sup>54</sup> Si vedano in proposito i contributi di BERTOLINO, *Violenza e famiglia: l'attualità di un fenomeno antico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1710 ss.; ROMANO, *Il contrasto penalistico alla violenza sulle donne*, in *Arch. pen.*, 2014, 1 ss.; nonché l'interessante quadro tracciato da MANNA, *La donna nel diritto penale*, cit., 851 ss.

<sup>55</sup> Si rinvia all'arguta allusione di Ombretta di Giovine ad una sorta di "dilemma del diritto penale fem-

Messe allora da parte ideologie interpretative che spaziano verso orizzonti affabulatori per sollecitare un cambiamento culturale, sembra piuttosto che la questione “seria” che primariamente spetta affrontare al giurista sia quella di promuovere un mutamento per l’appunto del paradigma giuridico attraverso cui analizzare il diritto punitivo positivo, quindi i profili strutturali e contenutistici della norma penale. L’osservazione ne acquista in nitidezza, dimenticando la tematica, la problematica e la parola stessa di “femminicidio”: la forza del neologismo soggettivizzante<sup>56</sup> si disperde nel più anodino linguaggio codicistico, che lascia con fermezza “costante” la previsione aggravatrice dell’omicidio del proprio coniuge (*ex art. 576 n. 2 c.p.*), ed apre alle evoluzioni sanzionatorie di reati che hanno a proprio scenario contesti di prossimità, come quelli implicati nei delitti di maltrattamenti in famiglia e di atti persecutori, sancite peraltro dalle leggi “di ispirazione femminile”<sup>57</sup>. Lo si potrà “accusare” di essere un mezzo meno espressivo e comunicativo, ma si dovrà pure ammettere che è linguaggio costituzionalmente proteso a fornire un doveroso spessore oggettivo alla maggiore offensività costituzionale che trasuda da fatti di violenza e di odio contro chi vincolato in rapporti di stretta relazionalità intersoggettiva. Lo si potrà anche criticare per l’uso di forme linguistiche che non sono in grado di punire con pari ed effettivo vigore la cultura dell’odio misogino, col poderoso carico di asperità probatoria che un simile movente si trae dietro. Ma si dovrà cedere di fronte all’argomentazione più ovvia: *ubi lex non voluit, non dixit*.

4.1. *Un punto fermo, e tanti punti da definire*. Il problema dell’uguaglianza, e quello dei diritti ad essa connessi, oggi si pone quindi in modo nuovo al centro del dibattito penale. La riflessione sul “femminile” gli ha aggiunto, rispetto agli approcci più classici, il punto di vista della diversità di genere, che ha permesso di pensare alla possibilità di rendere visibile la differenza, all’interno del diritto penale *in un senso nuovo*<sup>58</sup>. In quali forme realizzarlo, e a quali costi di sistema, comporta riaffrontare l’analisi del diritto penale “ses-

---

minista”, che ha preteso di formulare strumenti di protezione specifici e differenziati divenendo “consumatore” di quelle stesse logiche e degli stessi ragionamenti che rafforzano il predominio maschile. Cfr. DI GIOVINE, *I recenti interventi legislativi in materia di violenza contro le donne*, cit., 22.

<sup>56</sup> Termine (“*femicide*”) entrato a far parte del linguaggio comune a partire dai lavori della sociologa e criminologa statunitense Diana Russell, che lo usò per la prima volta nel 1992 nel suo saggio in RADFORD-RUSSEL, *Femicide: The Politics of Woman Killing*, New York 1992, 13-24, racchiudendone l’essenza nell’«uccisione di *femmine* per mano di uomini perché sono femmine [...]».

<sup>57</sup> V. *infra*.

<sup>58</sup> Riflette lungo queste direttrici, GRAZIOSI, *Infirmitas sexus. La donna nell’immaginario penalistico*, in *Democrazia e diritto*, 1993, 2, 99-143.

sualmente disuguale” *ri-sorto* nel secolo breve: l’introduzione della legge sull’aborto e la riscrittura del reato di infanticidio hanno determinato per la *madre criminale* una pena fondamentale benevola, e comunque nettamente diversificata, risultando in misura sensibilmente inferiore rispetto a quella prevista per gli eventuali correi<sup>59</sup>. A supporne menomate condizioni fisico-psichiche? Un diritto penale “al femminile”, che si prospetti ancora oggi come diritto “differenziato”, rischia difatti, pur sempre, di tratteggiare la diversità come minorazione, cadendo su di un piano insidioso, dalle possibili valenze regressive, rese da tempo oggetto di quella critica acuta ed attenta di cui si è fatta sintesi. Più feconda pare l’ipotesi di un nuovo “diritto penale di genere”, non come forma di tutela *diversamente uguale* - perché mirata a dare una protezione differente per rispettare l’uguaglianza - ma come garanzia di un *diritto di diversità*, legato al riconoscimento e alla protezione di fondamentali valori umani identitari che dall’appartenenza di genere traggono il loro *Sé*, e la loro portata normativa. Si avverte del resto l’inadeguatezza del diritto, quantomeno di quello penale, a tematizzare il concetto stesso di “genere” nella sua piena complessità. L’attribuzione di diritti ad un gruppo - o meglio a persone in quanto appartenenti ad un gruppo unito da comunanza culturale e interni vincoli normativi - al fine di garantirne l’identità differente, è un’operazione possibile, che può informarsi ai principi liberali dell’autonomia, della tolleranza: è il modello del pluralismo giuridico<sup>60</sup>, che il novello codificatore ha scritto sotto la innovativa sigla dei delitti contro l’uguaglianza, a dichiarare la parità dei “diritti penali” spettanti ad ogni gruppo etnico, razziale, religioso<sup>61</sup>. Ma le donne non sono un gruppo. Il genere non è legato ad identità culturale né cementato da vincoli normativi, al più da legami liberamente costruiti tra donne; né può essere paragonato ad altre forme di “identità differenti”, proprie invece di minoranze o di gruppi oppressi, che debbono essere giuridicamente rimosse, o superate, o compensate. La differenza di genere è irriducibile tanto quanto le donne sono irriducibilmente diverse dagli uomini e viceversa. Scriveva Wolgast: il principe può cambiarsi con il povero, ma non può cambiarsi con una donna, foss’anche una principessa<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Nel delitto di infanticidio anche se «hanno agito al solo scopo di favorire la madre». Cfr. C. FIORE, *Infanticidio*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano 1971, 391-402.

<sup>60</sup> Cfr. CORSALE, *Pluralismo giuridico*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1983, 1003-1026.

<sup>61</sup> Di estremo rilievo è stata difatti l’inclusione, ad opera del d.lgs. n. 21 del 2018, nell’ambito del Capo III del titolo XII (delitti contro la persona), della nuova Sezione I-*bis* dedicata ai “delitti contro l’uguaglianza”, con l’introduzione degli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p. V. anche *infra*.

<sup>62</sup> WOLGAST, *Equality and the Rights of Women*, Ithaca, 1980, 14.

Sembra questo lo scorcio esatto: l'essenza più vera del "diritto di genere" riconosce donne e uomini come individui portatori di diritti fondamentali sessuali<sup>63</sup>, per ciò stesso *diritti diversi*. La semplicità di declinare i diritti a seconda del sesso non rischia per questo d'infrangere il principio di uguaglianza costringendo l'ordinamento alla regressione, di contro, è proprio l'uguaglianza tra generi che non può essere realizzata se non superando la logica della mera tutela del diritto differentemente uguale, a partire da un orizzonte di natura<sup>64</sup>. Una tutela "artificiale" infatti, finisce sempre per ricalcare non già il paradigma della differenza-diversità, ma quello della differenza-inferiorità, in una (non-)logica della minorità biologica di triste memoria<sup>65</sup>. Ecco che lo sguardo, al seguito di questa traiettoria, centra altre disposizioni, appartenenti alla stessa generazione dei delitti di violenza di genere, in cui sta in chiaro una sensibilità giuridica che alla donna riconosce non un diritto "uguale", tra generi valutati e trattati come uguali, ma - all'opposto - un diritto "diverso", che è diritto ad essere diversa da ogni uomo e da "altre" donne.

4.2. *La maternità penale: oltre la tutela sociale della salute della donna, un diritto diverso - di diversità - della donna in gravidanza.* Si arriva al cuore dell'identità-dignità differente della donna, il suo diritto di essere "diversa" normato nella dimensione penale, determinato da una unicità di genere che inevitabilmente supera ogni ulteriore considerazione rispetto alla natura socio-biopsicologica e alla sensibilità relazionale dell'individuo-lei: è un diritto *suo in quanto tale*<sup>66</sup>. La storia moderna e contemporanea del diritto penale sostanziale descrive infatti un arco evolutivo che procede nel valorizzare come bene protetto quanto da sempre ne segna il naturale distinguo rispetto all'uomo. Da ostacolo all'indipendenza del suo Sé, vissuta come dovere che la relegava in una "gabbia" sociale, la maternità trova oggi la sua più moderna sanzione istituzionale nei tratti di valore umano fondamentale della *donna (appunto) perché tale*: non presidiarlo con la *extrema ratio* della misura pena-

<sup>63</sup> Cfr., per questa conclusione, GRAZIOSI, *Infirmas sexus*, cit.

<sup>64</sup> Cfr. CIGARINI, *Sopra la legge*, in *Via Dogana*, 5, 5 giugno 1992, 3 s. Si veda anche, contro la ricomparsa nel diritto moderno della differenza sessuale come oggetto di tutela e non come fonte di misura autonoma, DOMINIJANNI, *Donne si nasce, differenti si diventa. L'eguaglianza e il percorso femminista*, in *Il Bimestrale*, 1, gennaio 1989, 74-78. Cfr. inoltre BOCCIA, *L'eguaglianza impermeabile. Il corpo femminile ridisegna l'orizzonte dei diritti uguali*, in *Il Bimestrale*, 1, gennaio 1989, 81-86.

<sup>65</sup> V. GRAZIOSI, *Infirmas sexus*, cit.

<sup>66</sup> Usando le parole di Kristeva, l'identità-dignità femminile così espressa è «la realizzazione individuale di ciascuna donna, della sua personalità, irriducibile al comune denominatore di un gruppo o di un'identità sessuale», con cui rivendica «perché sono io, proprio io», *perché sono io-donna*. V. KRISTEVA, *Il genio femminile*, I, *Hannah Arendt*, Roma, 2010, 7 s.

le, varrebbe a scrivere una normativa discriminatoria “per difetto”, in contraddizione con i principi costituzionali, comunitari, europei, internazionali. L’approccio sistematico alle norme incriminatrici collocate a difenderlo le rivela dirette verso questo obiettivo definitorio, volutamente rese di fonte codicistica, a creare nel corpo attuale del codice penale una sfera esclusiva di tutela della sua persona, cui le disposizioni in considerazione fanno espresso o implicito riferimento in quanto unico essere umano biologicamente in grado di dare la vita ad un altro essere umano. Di “donna”, infatti, si parla, in ognuna comparando comunque, a tratto costitutivo, lo «stato di gravidanza» o l’«interruzione di gravidanza» o il termine «parto», che fanno pur sempre puntuale riferimento alla sola individualità femminile, disambiguando il soggetto offeso e imponendo una riflessione sul valore giuridico che quelle norme accomuna, quale bene *proprio esclusivo della donna*.

*Diventa naturale introdurre l’inusuale concetto di Maternità.* Un sostantivo certo non estraneo alle politiche ed alle ideologie del Novecento e del nuovo Millennio. Il femminismo primonovecentesco muoveva proprio da una concezione della differenza come valore col quale la maternità veniva esaltava in quanto luogo di virtù e competenze femminili le quali, se confinate nell’ambito domestico erano fonte di schiavitù, ma trasferite in ambito pubblico potevano essere la base per il riconoscimento della dignità sociale delle donne e la valorizzazione del genere<sup>67</sup>. È in questo momento che le attiviste dei movimenti di liberazione femminile affermano la maternità come diritto e non più come dovere familiare e verso la nazione, mentre si discute della stirpe italica e del dovere della procreazione, lasciando che in materia di sessualità domini la “didattica del silenzio”<sup>68</sup>. Un quadro femminile e familiare che doveva cambiare non troppo profondamente nel corso del Novecento: lungi dall’essere “il secolo delle donne” - ha osservato Rose-Marie Lagrave - esso ne ha perpetuato o riformulato sottili forme di segregazione ed esclusione, sia nell’ambito della formazione che in quello lavorativo e professionale<sup>69</sup>. Vero è, tuttavia, che si tratta di un termine molto trascurato a tutt’oggi non

<sup>67</sup> Emerge in questi anni una nuova concezione della maternità come lavoro sociale, che entra a far parte della più ampia battaglia contro la svalutazione del lavoro femminile extradomestico. In tema v. SCATTIGNO, *La figura materna tra emancipazione e femminismo*, in *Storia della maternità*, a cura di D’Amelia, Roma-Bari, 1997, 271-299, in part. 274.

<sup>68</sup> Ancora nell’Italia postunitaria alle donne erano difatti negati i diritti politici e molti diritti civili, mentre la maternità dipendeva dal padre-marito o, in caso di sua morte, dal consiglio di famiglia e dai fratelli o figli adulti, v. BRAVO, *La Nuova Italia: madri tra oppressione ed emancipazione*, in *Storia della maternità*, cit., 148 s.

<sup>69</sup> LAGRAVE, *Un’emancipazione sotto tutela. Educazione e lavoro delle donne nel XX secolo*, in DUBY, PERROT, *Storia delle donne in occidente. Il Novecento*, Roma-Bari, 1992, 484-530.

solo nel dibattito penale in generale ma inaspettatamente anche quando ad oggetto di discussione venga posta proprio la donna. Eppure è un lessema nel cui campo semantico sono protagonisti tanto lei quanto l'umanità del diritto, così doverosamente apprezzata nei tempi della modernità, e nell'epoca della violenza di genere. A rigore, poi, l'umanità tocca qui il suo culmine, coinvolgendo una duplice dimensione esistenziale: non si può pensare alla maternità senza una madre ed un figlio, anche se in fase di gestazione, e non si può pensare di tutelare la maternità senza salvaguardare entrambi questi centri di interesse. Nello stato di gravidanza la donna diventa un essere umano che è anche Altro, meritando una *protezione speciale*<sup>70</sup>.

Della specialità il legislatore penale se ne era già avvisto, a partire dalla rinnovazione sociale ed istituzionale degli anni '70: l'attenzione a quel tempo prestatagli aveva tuttavia seguito una vocazione esattamente "opposta" a quella odiernamente palesatasi, pesata tra le righe costitutive della "nuova" criminalità femminile. I delitti di aborto illegittimo consentito dalla donna e di infanticidio in condizioni di abbandono morale e materiale, tipizzavano così il valore attenuante percepito dall'ordinamento davanti alla "diversa" situazione vissuta dalla donna nella fase della gestazione, in cui la si riconosceva *costretta a rifare i conti con sé stessa* (con le sue condizioni di vita, materiali e morali), con chi era, chi è, chi sarà. Questa considerazione l'aveva convinto a rappresentare la donna in stato di gravidanza-partoriente rispettivamente nelle figure di un soggetto attivo "minore" (punito con pene bagatellari rispetto al correo) e di un soggetto attivo propriamente "esclusivo". A lei ci si riferiva, per lettera e *ratio* di incriminazione, nell'ordine quale madre di parto potenziale e madre di parto reale; a lei si guardava, scegliendo con questo taglio normativo di superare la mole di questioni filosofiche, morali, etiche legate alla "vita" del concepito, che il diritto penale ha il potere e il dovere di risolvere nel momento in cui è chiamato dal Costituente a fornire un quadro frammentato

---

<sup>70</sup> La stessa le è peraltro dedicata nell'ambito del diritto del lavoro. In questo senso, di diritto "speciale" piuttosto che di imposta griglia sociale di maggiore responsabilizzazione genitoriale della donna, può leggersi la patente disparità dei moduli di congedo tra madre e padre: il congedo di paternità, istituito dall'art. 4, comma 24, lettera a), della l. 28 giugno 2012, n. 92, conta, con l'ultima modifica operata dalla l. 27 dicembre 2019, n. 160 (legge di bilancio 2020), solamente sette giorni di congedo obbligatorio e un giorno di congedo facoltativo. Le uniche ipotesi di congedo di paternità "esteso" sono quelle di cui all'art. 28 del d.lgs. n. 151 del 2001, e riguardano il congedo in sostituzione a quello di maternità nelle sole ipotesi di morte o grave infermità della madre, abbandono del figlio da parte della madre, affidamento esclusivo del figlio al padre o di rinuncia totale o parziale della madre lavoratrice al congedo di maternità alla stessa spettante in caso di adozione o affidamento di minori. Vi è dunque sancita la prioritaria fruizione da parte della madre, la quale resta comunque "privilegiata" - e con ciò è vero, anche onerata in via prioritaria - della gestione e cura della prole nel primo anno di vita.

dell'offesa criminale. La protezione esistenziale dell'individuo umano, così, si stabilisce iniziare nel mondo penale al momento del parto: l'art. 578 c.p. nuovo conio<sup>71</sup>, per senso di sistema, lo segna a momento biologico conclusivo della gestazione cui naturalmente perviene il "gestito" in quanto maturo per la vita extracorporea, a decorrere dall'inizio del travaglio o dell'operazione artificiale. Solo allora comincia l'Altro, l'uomo nascente (feto durante il parto), l'uomo nato (neonato)<sup>72</sup>, e solo allora appare un soggetto passivo titolare del diritto ad una esistenza che è negata. Prima, l'ordinamento riconosce l'identità di *una sola persona*, l'autore del fatto di reato: nello spazio selezionato da questi pensieri, vede solo la *donna in maternità*.

**4.2. a) La tutela sociale della salute della donna.** Dipinta con arguzia come il «capolavoro della "slealtà legislativa"»<sup>73</sup>, la l. 25 maggio 1978, n. 194, ha nascosto in effetti, sotto la parvenza lessicale della liberalizzazione del solo aborto terapeutico, la realtà della sua liberalizzazione *tout court*. Col richiedere per l'aborto entro i primi 90 giorni della gravidanza la sussistenza di un *serio pericolo per la salute fisica o psichica della donna con la prosecuzione della gravidanza* stessa, e per l'aborto trascorso tale termine la sussistenza di un *grave pericolo per la vita della medesima* (artt. 4 e 6), ha convocato a dare rilevanza per l'esistenza di quel pericolo sia a cause patologiche proprie dell'aborto terapeutico sia a cause non patologiche, esterne, che nel primo caso insistono sulle condizioni economiche, sociali e familiari della donna e sulle circostanze in cui il concepimento è avvenuto (per stupro, per incesto), nella seconda ipotesi su rilevanti anomalie e malformazioni del concepito, con ampio spazio per l'autodeterminazione della gestante e quindi per la valutazione e la volontà soggettiva della stessa.

<sup>71</sup> Per una trattazione generale della fattispecie si vedano: PATALANO, *I delitti contro la vita*, Padova, 1984, 167; CONCAS, *L'art. 578 c.p.: una norma inutile?*, in *Riv. giur. sarda*, 1987, 149; GRASSO, *Problemi ermeneutico-applicativi della nuova normativa sull'infanticidio*, in *Dir. fam.*, 1988, 1707; MERZAGORA, *Infanticidio*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 392; SPINA, *Considerazioni sull'infanticidio*, in *Giust. pen.*, 1986, I, 22; CARACCIOLI, *Commento alla l. 5 agosto 1981, n. 442*, in *Leg. pen.*, 1982, 21; DEZI, *L'art. 578 c.p. tra perplessità interpretative e incertezze applicative*, in *Giust. pen.*, 2001, II, 147. Per un inquadramento storico, SELMINI, *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, Milano, 1987. Sotto il profilo criminologico, CATANESI-TROCCOLI, *La madre omicida*, in *Rass. it. crim.*, 1994, 167; AMBROSETTI, *L'infanticidio e la legge penale*, Padova, 1992.

<sup>72</sup> L'uno, «prodotto del proprio concepimento e gestazione, pervenuto alla fase del parto, *vivente* e maturo per la vita extracorporea, anche se non necessariamente vitale, e sia esso normale o deforme»; l'altro, «il prodotto della gestazione uscito dal ventre materno, *vivente* e maturo per la vita extracorporea, anche se non necessariamente vitale e normale o deforme», F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 123.

<sup>73</sup> Così F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 124.

Si apre ad un aborto libero di fatto e burocratizzato di diritto, che nella vita reale si trasforma da mezzo per la salvaguardia della vita e della salute della donna a *diritto di scelta di non essere madre* “protetto” da regole che la *collettività giuridicamente organizzata determina per garantirne un esercizio libero e consapevole*. Un *diritto della donna*<sup>74</sup> avvertito anche dal Giudice delle Leggi, che anzitempo aveva dichiarato incostituzionale la punizione dell’aborto volontario, a tutela della sanità e dell’integrità della stirpe, effettuato a tutela non solo della vita ma anche della salute fisica o psichica della donna<sup>75</sup>: poiché «non esiste equivalenza fra il diritto ... di chi è già persona, e la salvaguardia dell’embrione che persona deve ancora diventare». E che in evoluzione, con la sentenza n. 35 del 1997, ha riconosciuto limitabile la tutela del concepito per il prevalere, genericamente, della salute della madre. A lei si consente infine di decidere *da sola*<sup>76</sup>, entro i primi novanta giorni della gravidanza, se mantenere in quel momento la propria identità femminile non materna<sup>77</sup>, pur con l’imposto contorno di un supporto assistenziale (artt. 4 e 5) che le fornisce - formalmente - i mezzi “pubblicistici” per una scelta che sia pienamente e liberamente Sua. A confermarlo ancora la Corte Costituzionale, ritenendo non in contrasto con la Carta pure una eventuale totale “liberalizzazione” legislativa dell’aborto, che rimetta per intero ed esclusivamente

---

<sup>74</sup> Sebbene non sia questa la sede per approfondire l’analisi di un c.d. diritto all’aborto, nemmeno può tacersi della significativa evoluzione che questo “interesse della donna” ha maturato nel secondo millennio. La risoluzione adottata il 21 settembre 2012 dal Consiglio dei Diritti dell’Uomo presso le Nazioni Unite, intitolata «Mortalità e morbilità materna prevenibile e i diritti umani» apre l’ingresso al “pensiero” dell’aborto come «diritto» delle donne, incluso tra le «buone pratiche» che implicano «obblighi di diritti umani», anche quelli di «garantire i diritti alla salute sessuale e riproduttiva» e «affrontare l’aborto non sicuro». È quanto si legge nella *Technical guidance*, le linee guida sulla prevenzione della mortalità materna varate nel luglio dello stesso anno dall’Alto Commissariato Onu per i diritti umani e di seguito fatte proprie dalla risoluzione adottata a Ginevra, con l’invito per gli Stati membri a «diffonderle» e «applicarle» quando si «progettano, implementano e rivedono le politiche e si valutano i programmi per ridurre la mortalità e morbilità materna». Nello stesso documento tecnico si dispone che in ogni «piano nazionale» sia «realmente assicurato l’accesso universale» a «interventi essenziali per migliorare la salute materna» come «servizi di pianificazione familiare», «gestione delle gravidanze inattese, includendo l’accesso a servizi di aborto sicuro, dov’è legale, e cura post-aborto». L’«approccio» alla salute materna «basato sui diritti umani» - prosegue il documento Onu - pone precise «responsabilità allo Stato per assicurare servizi disponibili, accessibili, accettabili e di qualità».

<sup>75</sup> Corte Cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 573.

<sup>76</sup> Alla richiesta di autorizzazione ad abortire la donna accede per propria scelta: il padre del concepito può partecipare alle consultazioni prescritte solo se essa lo consente; la minore deve avere il consenso di chi esercita la responsabilità genitoriale o la tutela su di essa, ma il giudice può stabilire che costui non venga avvertito o può autorizzare l’aborto nel caso in cui non dia il suo consenso (art. 12).

<sup>77</sup> Anche se i soggetti consultati non ritenessero l’aborto necessario, la donna può far interrompere la gravidanza dopo un termine dilatorio di sette giorni dal momento in cui i soggetti suddetti abbiano espresso il loro giudizio (art. 5), senza con ciò incorrere in alcuna sanzione.

alla donna il potere di decidere non solo circa l'interruzione della gravidanza, ma anche circa i suoi tempi e le sue modalità<sup>78</sup>.

Poi, la narrazione della maternità è cambiata di nuovo. Il 1978 aveva significato abbandonare il "linguaggio della natura" fino a lì utilizzato dalla società riguardo al tema della transizione alla maternità, secondo il quale le donne non hanno altra scelta che diventare madri, come sembra dettare il loro destino biologico: l'abbandono è espresso con l'innovazione sistematica dei delitti di aborto illegittimo e dei crimini di procurato aborto a danno di donna non consenziente, sganciati tutti dalla dimensione pubblicistica "assoluta" della tutela della stirpe integra e sana<sup>79</sup>. Aveva anche significato passare ad un linguaggio neoliberale, capitalista, postfemminista, che fotografa una realtà in cui le donne hanno al proposito un margine ben più ampio di scelta, e in cui il fatto che facciano figli è razionale dimostrazione che il passaggio alla condizione della maternità è per loro espressione di libera volontà<sup>80</sup>.

Ora il linguaggio è ancora *diversø*: costruisce il racconto di una coscienza civile e giuridica che la maternità personalizza "su misura" di donna, espressione non semplicemente della sua volontà, ma della sua nuova, diversa identità.

**4.2. b) Verso un diritto penale della donna in gravidanza.** Dall'attuale persistenza dei titoli delittuosi di aborto illegittimo e di infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale si potrebbe trarre l'idea di una implicita categoria di *reati di maternità*, sparsi nell'ordinamento penale a tutelare distintamente la "vita" del concepito<sup>81</sup> e la vita del "primo" essere umano.

Evidentemente un mondo parallelo rispetto ai *delitti contro la maternità*, oggi assunti nel seno del Codice penale senza essere in senso stretto nuove ipotesi incriminatrici. Nondimeno, se ne narra come di un ingresso "rivoluzionario". Raccontare della *maternità* nell'ordito dello scritto codicistico non è difatti mera biografia di una modifica di fonte legislativa, ma è il principio di un originale capitolo della teoria dei beni giuridici penalmente protetti, datato al tempo del rinnovato principio della "riserva di codice". Al seguito di questa scelta organizzativo-ideologica del sistema penale, attuata con l'art. 3-*bis* c.p. del d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, i delitti a tutela della maternità entrano conte-

<sup>78</sup> Corte cost., 10 febbraio 1981, n. 26, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>79</sup> Abrogando l'intero Titolo X del Libro II del Codice penale con l'art. 22, l. 22 maggio 1978, n. 194, e seco i delitti di aborto di donna consenziente e di aborto procuratosi dalla donna agli artt. 546 e 547 c.p.

<sup>80</sup> Cfr. DONATH, *Pentirsi di essere madri*, Torino, 2017, 47 ss.

<sup>81</sup> Al proposito, si rinvia per tutti a FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, II, t. I, Bologna, 2018, 49.

stualmente alla categorizzazione dei ricordati delitti contro l'uguaglianza, ad offrire - in potente contrapposizione - una sponda di protezione penale rispetto ad un diritto umano *diverso*, nel senso di diritto ad una *diversità identitaria*: un diritto di genere esclusivo della sessualità femminile.

Si introduce nel titolo dedicato ai delitti contro la persona, un nuovo Capo I-*bis*, appositamente rubricato "Dei delitti contro la maternità"<sup>82</sup>; al suo interno, i "nuovi" artt. 593-*bis* (*Interruzione colposa di gravidanza*) e 593-*ter* (*Interruzione di gravidanza non consensuale*) del codice penale riproducono letteralmente le disposizioni già precedentemente contenute negli artt. 17 e 18 della legge 22 maggio 1978, n. 194<sup>83</sup>, contestualmente abrogati, ma non le rimanenti fattispecie penali, mantenute nella legge sull'aborto, e in particolare il delitto di interruzione volontaria della gravidanza di cui all'art. 19, che include tra i propri soggetti attivi la stessa donna della cui gravidanza si tratti. La base concettuale di questo scarto è accennata dal legislatore delegato, che la configura come «preordinata a rafforzare la salvaguardia di soggetti deboli, quando vi sia un'offesa alla donna, e in particolare alla sua integrità fisica e al suo progetto di maternità, nonché al nascituro, prendendo in considerazione un disvalore del tutto eterogeneo rispetto a quello sotteso alle fattispecie criminose di aborto consensuale ma illecito, meritevole invece di rimanere nel corpo della legge speciale»<sup>84</sup>.

Le parole della Relazione governativa cedono così il passo all'interpretazione scientifica, alla ricerca del senso profondo della scelta di politico-criminale, da estrarre con un metodo esegetico che contrapponga le norme codicistiche alle norme della legislazione tecnica complementare, cui spetta la tutela di valori

<sup>82</sup> Con l'art. 2, comma 1, lett. e) del citato d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21.

<sup>83</sup> Dei delitti contro la maternità. Art. 593-*bis* (Interruzione colposa di gravidanza): «1. Chiunque cagiona a una donna per colpa l'interruzione della gravidanza è punito con la reclusione da tre mesi a due anni. 2. Chiunque cagiona a una donna per colpa un parto prematuro è punito con la pena prevista dal primo comma, diminuita fino alla metà. 3. Nei casi previsti dal primo e dal secondo comma, se il fatto è commesso con la violazione delle norme poste a tutela del lavoro la pena è aumentata». Art. 593-*ter* (Interruzione di gravidanza non consensuale): «1. Chiunque cagiona l'interruzione della gravidanza senza il consenso della donna è punito con la reclusione da quattro a otto anni. Si considera come non prestato il consenso estorto con violenza o minaccia ovvero carpito con l'inganno. 2. La stessa pena si applica a chiunque provochi l'interruzione della gravidanza con azioni dirette a provocare lesioni alla donna. 3. Detta pena è diminuita fino alla metà se da tali lesioni deriva l'acceleramento del parto. 4. Se dai fatti previsti dal primo e dal secondo comma deriva la morte della donna si applica la reclusione da otto a sedici anni; se ne deriva una lesione personale gravissima si applica la reclusione da sei a dodici anni; se la lesione personale è grave quest'ultima pena è diminuita. 5. Le pene stabilite dai commi precedenti sono aumentate se la donna è minore degli anni diciotto».

<sup>84</sup> Cfr. Relazione illustrativa al decreto in [https://giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_2\\_1.page?contentId=SAN49591&previousPage=mg\\_1\\_2\\_1](https://giustizia.it/giustizia/it/mg_1_2_1.page?contentId=SAN49591&previousPage=mg_1_2_1), 5. N.d.r., corsivi dell'autore.

dichiaratamente diversi da quelli della persona umana (nonché - per quanto possa venire qui in rilievo - dai beni della salute, individuale e collettiva). Fin troppo noto, difatti, che «il legislatore non può scrivere il *ius*, anche se ne produce una parte essenziale. E anche quando motiva le leggi non può farlo mai compiutamente»<sup>85</sup>. In buona sostanza, da un lato, non ci si può illudere che le parole della Relazione abbiano “detto tutto” sulla portata del *novum*, né che lo abbiano detto chiaramente; dall’altro, vi trapela la consapevolezza di non poter definire esattamente i contorni del disvalore lì appena sagomato.

Però un tratto è chiaro. La migrazione spiega appieno il suo senso in una autonoma tipicità riconosciuta ai suddetti reati, che è tale non semplicemente perché prescinde dal procedimento tecnicamente dettato dalla legge 194 per l’interruzione lecita della gravidanza<sup>86</sup>. È così che ha destato più di una perplessità di fondo il ritorno dei reati di aborto all’interno del codice: per la possibile assimilazione tra il bene giuridico vita/integrità fisica tutelato nel Capo I e quello facente capo alla donna in gravidanza e al “prodotto del concepimento” che dentro di lei cresce; per lo scardinamento dei reati in questione da un complesso normativo che aveva segnato una svolta liberalizzatrice con la quale si relegavano in una posizione marginale le residue ipotesi di illecito penale in materia di interruzione della gravidanza. «Da lì [...] portati in un contesto ambientale totalmente illecito, quello dei reati contro la vita e l’incolumità, i reati degli artt. 593 bis e ter potrebbero colorarsi di un disvalore assai più intenso e grave rispetto al disegno originario del legislatore del 1978»<sup>87</sup>.

La legge si affida infine al diritto: quella congiunzione “nonché” - testualmente riportata dal Legislatore della Relazione - pare aggiungere *leziosamente* una ragione di tutela dopo averla tuttavia già suggellata nell’offesa alla madre e al suo progetto di maternità, come ad annotare qualcosa di irrisolto; tant’è che poi la si lascia generica, a dirigersi verso “il nascituro”, scollegata da un preciso riferimento rispetto ad un suo particolare valore umano da preservare. Consapevole che nella maternità non può non esserci pure una vita in diveni-

<sup>85</sup> Così DONINI, *Iura et Leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, in *Il Pensiero. Rivista di filosofia*, 2019, 2, 45 s. L’Autore efficacemente compendia lo *ius* nel *contenuto ‘vigente’ della forma lex*. Vale a dire: le leggi non cominciano a vivere senza il diritto, che per lo più codificano senza esaurirlo; le stesse devono essere interpretate, inserirsi in un ordine normativo di riferimento, obbedire a principi superiori.

<sup>86</sup> In questo senso invece PAPA, *Dal codice penale “scheumorfico” alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 5, 136 ss., in part. 146, secondo il quale «Sono, quelle dei nuovi artt. 593 bis e ter, condotte lesive indipendenti dall’osservanza delle procedure tramite cui si accede all’interruzione lecita della gravidanza».

<sup>87</sup> PAPA, *Dal codice penale “scheumorfico” alle playlist*, cit., 147.

re (o in essere), il Legislatore è altrettanto conscio che il modello di incriminazione di base, a suo tempo scelto e ancora oggi avallato, non mira in questo “frammento di realtà” a presidiare una o due integrità fisiche, né una o due esistenze, né qualcosa *anche* di più. Affiora la sensibilità per un aspetto dell’umanità personale assolutamente diverso. La descrizione della vicenda di base trascura difatti di inquadrare la causazione degli eventi di lesione e di morte – rispettivamente della madre e del concepito - che già nelle precedenti norme del titolo trovano in apposito Capo un compiuto regolamento punitivo, per incentrarsi piuttosto su di un comportamento *in qualsiasi modo determinante* il risultato dell’interruzione della gravidanza o del parto prematuro: fatti distinti, non solo linguisticamente.

**4.2. c) Il bene giuridico di una identità femminile di maternità.** Il senso del diritto penale per la donna in stato di maternità si è raffinato dentro un sistema penale che ha iniziato a ripensare quello che era diventato dopo avere a lungo sostato nell’era irrazionale della decodificazione e delle legislazioni speciali, quando si è posto l’obiettivo di governare la società spesso rinunciando a tutelare i beni, e si è fatto terra di leggi compromissorie, dalla formulazione indeterminata e valutativa<sup>88</sup>. Se è vero che un simile disordine giuridico equivale all’insicurezza del diritto lasciato all’*arbitrium* del giudice, e che nel disordine non tardano a riaffiorare concezioni torbide e regressive del mondo<sup>89</sup>, si intuisce quanto questo ambiente abbia potuto influire proprio sulla tematizzazione e sulla regolamentazione della violenza di genere, e sulle logiche alla stessa sottese. Ma se veramente la riscoperta della ricodificazione, sancita con il dettato dell’art. 3-*bis* c.p.<sup>90</sup>, significa il ritorno alla civiltà dell’ordine, allora deve trovare un segno tangibile nell’innovazione apportata rispetto a due opzioni di fondo, che giocano un ruolo fondamentale per percepire il “senso” della maternità: rispetto al contenuto del codice penale, con riferimento ai sistemi di valori da tutelare, e rispetto alla tecnica legislativa di formulazione di nuovi modelli di tutela, ovvero di incriminazione.

In questo futuro virtuoso, che si immagina già iniziato con il d.lgs. 1 marzo 2018, n. 18<sup>91</sup>, sta al centro la finalità di garantire una *migliore conoscibilità e*

<sup>88</sup> Leggi «vuote, simboliche, magiche, volte soltanto a declamare la sollecitudine nella lotta contro certe forme di criminalità»; «tecnicamente sciatte», ispirate allo «spreco delle fattispecie», secondo il potente affresco reso sul tema da F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., XVIII ss.

<sup>89</sup> V. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., XIX.

<sup>90</sup> «Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell’ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia».

<sup>91</sup> DE FLAMMINEIS, *L’età della (apparente) codificazione. Brevi riflessioni sul d.lgs. 1° marzo 2018 n. 21*,

*comprensibilità dei precetti penali*<sup>92</sup>, per accrescere l'effettività della tutela dei valori costituzionali e della funzione rieducativa della pena, con «l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana»<sup>93</sup>.

L'esplicito riferimento - ancora nella Relazione governativa - alla migliore comprensione dei precetti diventa infine centrale nel discorso attorno alla maternità, e al *diritto umano della donna di avere una identità diversa*, degna di "estrema" protezione. Se ne desume l'esclusione di una mera operazione di taglio dei delitti di aborto non consentito dalla donna dal testo normativo speciale per una immediata loro ricucitura sul tessuto codicistico, a volerne garantire una migliore conoscibilità formale; sostituita piuttosto da una più ampia prospettiva di sostanziale miglioramento della cognizione reale dell'effettivo precetto. Ciò include la riflessione che già è avanzata attraverso queste righe, circa le conseguenze interpretative rispetto alle fattispecie in esame sulla scorta della loro (ri)collocazione. Nel rispetto della delega ricevuta, il legislatore *in parte qua* non è difatti intervenuto sulla struttura delle fattispecie, ma le ha "posizionate" operando sul rispettivo contenuto, mediante una scelta allocativa che al contempo: le ha chiaramente spostate tra le forme criminali a tutela dei valori "esistenziali" della persona umana; le ha vistosamente distinte dai delitti contro la vita e l'incolumità personale; le ha rese inevitabili strumenti interpretativi di altre norme collocate nello stesso titolo nonché di fattispecie che da quello stanno fuori, sia codicistiche che extracodicistiche cui a rigore è deputata una sfera di tutela esterna ai beni propri della persona umana.

Sono le solide regole dell'interpretazione sistematica, rivitalizzata anch'essa - dopo essere stata inaugurata dalle codificazioni del Novecento e fatta propria anche dal codice Rocco<sup>94</sup> - dall'operazione di politica criminale descritta mediante il ricordato principio di "riserva di codice"<sup>95</sup>. Una volta positivizzato

---

in *Dir. pen. cont.*, 2018, 6, 27 ss.

<sup>92</sup> Così si esprime la Relazione illustrativa del Governo, consultabile in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2018.

<sup>93</sup> V. art. 1, comma 85, lett. q) della legge delega n. 103 del 23 giugno 2017.

<sup>94</sup> Si vedano in particolare, per questa scelta di politica criminale di codificazione sostanziale, VON LISZT, *Kriminalpolitische*, I, Berlin, 1970, 291; HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Reinbek bei Hamburg, 1974, 142; ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 1986; BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico*, in *La questione criminale*, 1975, 221.

<sup>95</sup> Sul neo-introdotta principio di riserva di codice, v. DONINI, *L'art. 3bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 429 ss.; PAPA, *Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist*, cit., 136 ss. In generale, sul tema della codificazione nel diritto penale, si

che la scrittura di una nuova previsione incriminatrice presuppone una modifica del medesimo codice, se ne fissa all'interno una logica interpretativa "unitaria" che pretende una valutazione di equilibrio e compatibilità sostanziale di ciascuna delle fattispecie inserite al suo interno. In definitiva, nemmeno la novella classificazione dei delitti contro la maternità, al pari di quelle degli anni trenta, può intendersi espressione di uno statico e sterile nozionismo<sup>96</sup>.

Riprende di seguito buon piglio la discussione mai cessata sull'affermazione per cui l'embrione «persona deve ancora diventare», disgregandosi la consistenza della tesi che considera la sua integrità (e quella del feto) quale oggetto di tutela penale del delitto *ex art. 19 l. n. 194/1978*, che punisce gli interventi commessi in violazione di quanto previsto dalla apposita regolamentazione di liceità del fatto tipico<sup>97</sup>. A trovare nuovo tono è la qualificazione della fattispecie come norma sanzionatoria della normativa tecnica extrapenale, in cui i confini della tipicità si precisano<sup>98</sup>.

Da qui, si contano i passi che portano sulla strada per la declinazione di un bene giuridico *della donna*, che è un valore penale *differente, speciale*. La progressione descritta nella struttura oggettiva delle ipotesi (c.d.) preterintenzionali *ex art. 593-ter*, commi 2 e 3, c.p. mette bene in evidenza come il precepto non vieti la voluta lesione dell'integrità psico-fisica della gestante, sanzionando solo quanto vada oltre questo limite eppure possa anche prescindere da una lesione grave, gravissima o dalla morte della donna stessa. A sua

---

vedano, tra gli altri, FERRAJOLI, *Crisi della legalità penale e giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, in *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*, Padova, 2001, 27 ss.; FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 142; GROSSO, *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in AA.VV., *Diritto penale minimo*, a cura di Curi, Palombarini, Roma, 2002, 99 ss.

<sup>96</sup> Ma il portato di un metodo positivo in cui la politica criminale è sorretta anche da elaborazioni dogmatiche, in aderenza tanto ad una metodologia scientifica moderna quanto ai principi costituzionali, cfr. DE FLAMMINEIS, *L'età della (apparente) codificazione*, cit., 33 s., e bibliografia ivi citata.

<sup>97</sup> L'inettemperanza ai quali opera sul piano dell'antigiuridicità del fatto tipico secondo MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dottrinarie e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1201; conforme ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione della gravidanza. Commentario sistematico alla legge 22 maggio 1978 n. 194*, Padova, 1992, 52. Cfr. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1282 ss.

<sup>98</sup> PALAZZO, *Persona (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 315; NUVOLONE-LANZI, *Gravidanza (interruzione della)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 28, 35; PADOVANI, *Sub art. 19, in Commentario alla Legge 22 maggio 1978, n. 194. Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione della gravidanza*, a cura di Bianca, Busnelli, in *Nuove leggi civili comm.*, 1978, 986; PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1982, 215; SPAGNOLO, *Studio sull'interruzione della gravidanza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1275.

volta, la diminuzione della pena «fino alla metà», prevista nel caso in cui l'evento si identifichi nel parto prematuro piuttosto che nell'interruzione della gravidanza, ammettendo una riduzione finanche "insensibile" della pena a fronte di una nascita accelerata invece che inesorabilmente negata, pare dare ragione di una offensività da ricercare altrove piuttosto che nell'incolumità fisica del nascente<sup>99</sup>. Ancora: la vieppiù criticata scelta, per l'ipotesi aggravata dal verificarsi della morte della donna, di una misura sanzionatoria inferiore a quella prevista nell'omicidio preterintenzionale, nonostante al contempo si abbia pure l'aborto o il parto prematuro in quanto eventi conaturali al primo, fa spazio a considerazioni sempre più "centrifughe" rispetto al baricentro segnato dai tradizionali beni psico-fisici della persona. Infine, la previsione di una circostanza letteralmente aggravante per il fatto commesso a danno della madre-donna *minore* di anni diciotto, se non intende essere il segno di una discriminatoria considerazione del maggior valore dell'uguale bene-vita o dell'uguale bene-integrità fisica di una donna minore rispetto ad una adulta, accompagna al traguardo di un bene penale di diversità femminile che nulla però ha a che fare con la "maternità sociale" salvaguardata - e per lo più regolamentata - dalla l. 194/1978.

Il senso della maternità che lì traspariva era propriamente un interesse culturale ancora radicato su un bene di stampo collettivo: una "funzione di governo sociale" della scelta di maternità della donna, non solo quella - anche se in primo luogo - *di non essere madre*. La decisione (positiva) *di essere madre* rimaneva infatti a sua volta protetta tramite previsioni incriminatrici allora inquadrata come modelli di tutela individual-strumentale del «diritto alla procreazione cosciente e responsabile» e della «vita umana dal suo inizio» (art. 1)<sup>100</sup>.

Il senso della maternità garantito dalla attuale codificazione penale traspare, invece, nelle vesti di un *valore diverso*.

**4.3. Il senso della maternità nel sistema del codice penale: il valore penale di una identità (materna) non uguale.** Proiettata in questo nuovo contesto, la *maternità penale* si conquista un posto tra i diritti e le libertà della persona umana, "riapparendo" nella semplice chiarezza-determinatezza della normazione sintetica espressa attraverso i contenuti normativi delle parole "donna/persona in stato di gravidanza"<sup>101</sup>. Vi si colgono pieni i tratti del personali-

<sup>99</sup> In senso contrario F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 217.

<sup>100</sup> Esclusa una "gestione utilitaristica" della gravidanza finalizzata al controllo delle nascite.

<sup>101</sup> V. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., XXXIII e XXXIX.

simo costituzionale, che segna il primato della persona umana come valore-fine in sé, punto di incontro del pensiero religioso e laico<sup>102</sup>, non singolo nella sua nuda individualità ma nella trama della sua vita reale e nell'insieme dei diritti fondamentali che gli spettano in quanto soggetto segnato da capacità spirituale<sup>103</sup>. Il personalismo della maternità penale, in questo senso, potrebbe anche dirsi egocentrico ed egoistico, perché esiste senza doversi richiamare a diritti "altrui", quelli del concepito, quelli del nascituro, meritevoli di altra e diversa tutela, che incontra le direttrici penali della *persona umana* solo al limite minimo della tipicità dell'infanticidio. Il bene giuridico protetto si colora di sfumature del tutto originali: è il valore individuale di "una donna", e non necessariamente di altre, quindi non di tutte le persone di sesso femminile (chiaramente non è intitolabile prima della fase della pubertà) eppure esclusivamente ad esse riferibile. Vero: ad una riflessione sulla maternità non può che prendere parte anche il concetto di nascita dell'essere umano. Ciò che al proposito appariva già chiaro dal dettato legislativo è che il diritto penale lo data al distacco dal corpo della madre del nuovo essere, tale perché vivo da sé<sup>104</sup>. Quanto poi può apparire chiaro all'esito di una rafforzata interpretazione sistematica della disciplina codicistica dei delitti contro la maternità, è che nei panni della persona offesa dei reati di procurato aborto non consentito, così come di altre fattispecie tipizzate coi tratti dell'aggressione alla persona in stato di gravidanza, è la donna, soltanto lei, nella sua dignità/identità di essere umano che è anche Altro<sup>105</sup>.

Nelle condizioni psico-sociali del mondo contemporaneo - non semplicisticamente sulla spinta del calo demografico imperante - si apprezza del resto come la stessa donna sia chiamata a prendere coscienza del valore della sua maternità come affermazione della propria dignità personale, anche nel senso di capacità e accettazione dell'espansione di sé in nuove vite<sup>106</sup>. Nelle condizioni giuridiche del diritto penale dell'epoca liberale post-femminista, così, a

<sup>102</sup> V. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., XLI.

<sup>103</sup> Cfr., per un pensiero in parte divergente, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 3.

<sup>104</sup> Così, l'art. 578 c.p. parifica il "feto durante il parto" al "neonato immediatamente dopo il parto" quale soggetto passivo del delitto di infanticidio in quanto individuo singolo, *vivo da sé*, cui singolarmente spetta la tutela fondamentale dei beni esistenziali della persona umana. Per tutti FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 5.

<sup>105</sup> *Contra*, nel senso che bene giuridico protetto nella fattispecie di aborto non consensuale è *quello costituzionalizzato della maternità ai sensi del nuovo capo I bis comprendente il diritto della gestante ad avere figli ed il diritto del concepito alla vita stante l'inscindibile legame tra madre e figlio*, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 216, che - segnatamente - poi individua ad oggetto giuridico il bene dell'incolumità del concepito-feto capace di vita autonoma, 217.

<sup>106</sup> Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Mulieris dignitatem*, 18.

quel valore si riconosce la dignità di un bene fondamentale, che è la sua *diversa identità femminile* in stato di gravidanza. È contenuta nella *scelta* libera e consapevole *di essere madre*, contrapposta alla *scelta* libera e consapevole *di non esserlo* (decisione di aborto “non *estorta*” vuole la lettera dell’art. 593-ter, comma 1, c.p.), che l’ordinamento in effetti tutela senza tuttavia riservarle una apposita sede di garanzia penale: la *coscienza giuridica* non trova quella stessa *identità diversa* da proteggere.

L’empirismo scientifico - di ascendenza medica, psicologica, antropologica - ne ha fornito ampie argomentazioni, irrobustitesi con gli studi del XXI secolo, dimostrando come durante la gravidanza la donna viva una vita diversa, costruendosi - *rectius*, dovendosi ricostruire - una identità che non aveva prima e che non avrà più, destinata com’è a ritrasformarsi di nuovo una volta terminata la fase di gestazione con il parto del proprio figlio. Non si tratta di un mero meccanismo biologico involontario, sebbene spesso non sia pienamente consapevole: da quando la donna viene a sapere di essere incinta, i suoi vissuti in gravidanza agiscono non solo sulla modulazione psicosomatica, sul sistema immunitario, sui livelli ormonali e sull’asse ipotalamo-ipofisurrene<sup>107</sup>. Si apre un periodo fonte di un intenso lavoro emotivo, con un preciso compito adattivo della donna, quello di prendere atto della presenza tangibile di un bambino dentro di lei come essere autonomo, separato, con il quale si concretizza la possibilità di iniziare ad instaurare una relazione.

La madre può vivere questa fase dentro di lei in modi diversi: percependola come del tutto normale oppure come un fattore pericoloso ed eccessivo, innescandosi in quest’ultimo caso un senso d’ansia e d’allarme<sup>108</sup>. In ogni caso, *durante la gravidanza nasce e si sviluppa nella donna un attaccamento prenatale che ne riperimetra per intero l’identità umana, sia nei profili strettamente individualistici che in quelli più latamente sociali*<sup>109</sup>. Più ampiamente, gli studi psicologici in materia rappresentano in generale la gravidanza come un periodo di profondi cambiamenti, dal quale scaturiscono complesse emozioni ed

<sup>107</sup> V. FLORE, *Comunicazione e relazione madre feto. Lo sviluppo dell’attaccamento prenatale*, in *Psicoterapia Analitica Reichiana*, 2019, 1.

<sup>108</sup> RIGHETTI, *Le Emozioni e gli stati dell’Io prenatale*, Atti del III Congresso Internazionale OMAEP: Fondamenti biologici e psicologici dell’educazione prenatale - Comunicazione, Roma, 1998; RIGHETTI-SETTE, *Non c’è due senza tre*, Torino, 2000.

<sup>109</sup> Fu Winnicott per primo a parlare di “preoccupazione materna primaria”, ossia dell’investimento affettivo della madre verso il feto, un coinvolgimento esclusivo ed intenso che arriva anche ad escludere il resto delle cose, perché l’attenzione, i pensieri (positivi o negativi) sono totalmente rivolti al bambino che sta arrivando: WINNICOTT, *Dalla pediatria alla psicoanalisi*, Firenze, 1958. In tema cfr. MIRAGLIA, *Per una cultura del nascere*, Soveria Mammelli, 2005; VELDMAN, *Haptonomie. Science de l’affectivité*, Paris, 2015.

articolati vissuti psicologici associati all'evento della nascita di un bambino<sup>110</sup>. Definita come un evento psicosomatico che genera modificazioni sia fisiologiche che psicologiche<sup>111</sup>, oppure concepita come un processo in cui si riattivano conflitti legati al periodo infantile e si riattualizzano processi di identificazione inconsci con la figura materna, la gravidanza dà comunque conto di una "crisi maturativa" della donna<sup>112</sup>. In questo periodo di svolta i conflitti infantili trovano una risoluzione attraverso un processo di rielaborazione delle proprie esperienze ed il raggiungimento di un maturato livello di integrazione con esse. Ciò comporta che in questa fase del ciclo vitale le neo-mamme pervengano ad una ridefinizione della propria identità femminile, dopo aver rivissuto il processo di separazione-individuazione rispetto alla propria madre e sperimentato una duplice identificazione sia con la stessa che con il proprio feto: sono allo stesso tempo figlie delle loro madri e madri dei loro figli<sup>113</sup>. A mutare, anzitutto, è la propria immagine corporea, coniugata alla possibile difficoltà di accettare l'aumento di peso, l'estensione del ventre e le relative difficoltà fisiche nello svolgere le attività quotidiane, soprattutto negli ultimi mesi. La gravidanza comporta altresì una ridefinizione dell'esistente (eventualmente) rapporto di coppia, dovendosi includere sia a livello immaginario che reale un terzo che tende a turbare l'equilibrio familiare creatosi. Per estensione, non si sbaglia a considerare che *comporta il dover rimodulare in generale tutti i rapporti sociali, in cui il terzo nondimeno si inserisce*<sup>114</sup>. L'identità della donna, infine, ne fuoriesce alterata, e rideterminata esattamente dal *cambiamento fisico e della concezione di sé*<sup>115</sup>, dalla sensazione di

<sup>110</sup> Per una sintesi delle posizioni di seguito citate, si veda PALERMO, *I vissuti psicologici e psicopatologici della maternità*, in *State of Mind*, 27 aprile 2015.

<sup>111</sup> BENEDEK, *Toward the biology of the depressive constellation*, in *Journal of the American Psychoanalytic Association*, 1956, 4, 389-427.

<sup>112</sup> BIBRING, *Some considerations of the psychological processes in pregnancy*, in *The psychoanalytic study of the child*, 1959, 14, 113-121.

<sup>113</sup> Così secondo PINES, *The relevance of early psychic development in pregnancy and abortion*, in *International Journal of Psychoanalysis*, 1982, 63, 311-320.

<sup>114</sup> BASTIANONI-TAURINO, *Famiglie e genitorialità oggi: nuovi significati e prospettive*, Milano, 2009; BELSKY-ROVINE, *Patterns of marital change across the transition to parenthood: pregnancy to three years postpartum*, in *Journal of Marriage and the Family*, 1990, 52, 5-19; BRAMANTI, *Coniugalità e genitorialità: i legami familiari nella società complessa. Atti del Primo Seminario Internazionale del Redif*, Milano, 1999. Per una analisi delle fattezze patologiche di questa alterazione della propria identità nella forma della depressione "post-partum", si vedano in particolare COOPER-MURRAY, *Postnatal depression*, in *Clinical Review*, 1998, 316, 1884-1886; BELLANTUONO-MIGLIARESE-MAGGIONI-IMPERATORE, *L'impiego dei farmaci antidepressivi nel puerperio*, in *Recenti progressi in medicina*, 2007, 98 (1), 29-42; CAROTTI-FONZI-BERSANI, *Modelli neurobiologici nei disturbi dell'umore post-partum*, in *Rivista di psichiatria*, 2007, 42 (6), 366-376.

<sup>115</sup> Con il conforto della letteratura medica la neonatologia spiega che il "dialogo embrio-materno" è

*perdita della libertà e della propria originaria identità*<sup>116</sup>.

**4.4. “Fisiognomica” dei delitti contro la maternità.** Se si entra nell’ottica dell’avvenuta metabolizzazione giuridica dello speciale spessore umano che acquista questo segmento della vita della donna, si giustifica poi appieno la scelta del diritto penale scritta al Capo I *bis*: la struttura delle fattispecie delittuose che lo compongono risalta con uno spessore dapprima non visibile, coincidente con il disvalore che dai fatti umani narrati impatta sul “travaglio” identitario ed infine sulla identità diversa che la gestante si costruisce sulla base del *volutò* “esserci” dell’Altro. La maternità si può riassumere in questa dignità di madre, quale identità “esistenziale” esclusiva (per sesso) e singolare (per individuo), sofferta, complessa, transitoria, *diversa*, che esiste nel presente perché proiettata al futuro del parto, che rende la madre *in fieri* unica persona offesa dal danno colposo o doloso arrecatole con la privazione definitiva e violenta - costretta - di questo suo Sé. Ciò accade con due soluzioni di continuità, che danno forma a due diversi tipi di offesa, implicati nelle differenti coordinate fenomeniche degli eventi di aborto e di acceleramento del parto<sup>117</sup>. Il più grave, l’interruzione della *gravidanza*, infrange quella identità, non solo impedendo in termini assoluti alla donna di crearsi di seguito un’altra Sé-donna-madre che si sviluppi come evoluzione naturale della “realizzazione” del progetto di maternità che aveva in grembo, ma costringendola in una

---

anche dialogo della madre con se stessa e con la propria nuova identità. Si tratta di qualcosa di assolutamente precoce: «*il bambino annidato nell’utero comunica ed interagisce con la madre, ne modifica il ritmo e le abitudini di vita, ne influenza i gusti*». Nella gestante v’è ben più che *un aumento vertiginoso della sua sensibilità affettiva: quello che la natura fa*, tramite le alterazioni vissute dal suo corpo e dalla sua psiche, «*è spostare il baricentro della donna, come avviene fisicamente con la sua pancia, per cui la donna perde la posizione eretta e precipita nell’orbita del bambino ...*». Così FLAMIGNI, *Avere un bambino. Come inizia una vita: dal concepimento alla gravidanza*, Milano, 2002, citato da AGNOLI, *L’unità psico fisica e la relazione triadica, in gravidanza*, in *Libertà e persona*, 31 marzo 2016.

<sup>116</sup> In argomento si vedano DELLA VEDOVA-CABRASSI- DUCCESCHI-CENA-LOJACONO-VITALI-DE FRANCESCO-GUANA-BIANCHI-IMBASCATI, *Parto e puerperio: i vissuti delle donne in un’ottica di ricerca multidisciplinare*, in *Syrio online*, Retrieved August, 2008.

<sup>117</sup> Sul significato da attribuire all’espressione “interruzione della gravidanza”, la maggiore opinione è concorde nel limitarlo all’aborto, con esclusione del parto prematuro, v. SPAGNOLO, *Studio sull’interruzione della gravidanza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1288; ZANCHETTI, *La legge sull’interruzione della gravidanza*, cit., 81, 332 s.; NUVOLONE-LANZI, *Gravidanza (interruzione della)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 25; Cass., Sez. I, 11 gennaio 1978, in *Cass. pen.*, 1979, 517 ss. Considera invece che nell’espressione si intendano compresi tanto l’aborto quanto il parto prematuro, per la contraddizione di altrimenti ritenere non punita la causazione dolosa di parto prematuro su donna non consenziente, PADOVANI, *Sub art. 17, in Commentario alla Legge 22 maggio 1978, n. 194. Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione della gravidanza*, a cura di Bianca, Busnelli, cit., 1682 ss.

identità esistenziale per sempre segnata da quella perdita. Il meno grave, il parto prematuro, spezza quella *diversa identità di gravidanza*, forzandola a ridefinirsi in altro<sup>118</sup>.

Viene di conseguenza a delinearci un sensibile contenimento della dimensione cautelare che fa lo zoccolo comportamentale della colpa punita *ex art. 593-bis* c.p., agganciata alle praticate modalità di governo della pericolosità di una condotta che metta l'agente - come persona comune, come automobilista, come medico, come datore di lavoro, e così via - in relazione con una donna del cui stato di gravidanza abbia segnali di riconoscibilità (per esperienza sociale o cognizione professionale)<sup>119</sup>. Connessa, v'è la "stretta" della speciale ipotesi aggravante, ove il fatto sia commesso mediante violazione delle "norme poste a tutela del lavoro", attorno alla inottemperanza della specifica regolamentazione appositamente dettata per la protezione della salute della donna in gravidanza<sup>120</sup>, senza ammetterne la sproporzionata estensione addirittura al di là delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro<sup>121</sup> o il generale riferimento ad ogni norma posta a tutela della salute della donna<sup>122</sup>.

Si stempera soprattutto la critica che fin dal suo apparire ha travolto l'ipotesi delittuosa "maggiore" *ex art. 593-ter* c.p., rispetto ad una dosimetria sanzionatoria altrimenti innegabile segno - *ancora* - di schizofrenia penale: che punisce la dolosa causazione dell'interruzione della gravidanza ma non del parto prematuro, punibile solo se causato per colpa e per preterintenzione; che sanziona in pari grado l'aborto doloso e quello preterintenzionale<sup>123</sup>; che assegna la stessa pena all'aborto e all'acceleramento del parto quali esiti colposi di azioni lesive dolose; che fa meritare una pena maggiore al colpevole di omi-

<sup>118</sup> Ritiene invece che il parto prematuro colposo rappresenti un'ipotesi attenuata di interruzione della gravidanza, speciale, rispetto a quella prevista dal comma 1, PADOVANI, *Sub art. 17*, cit., 1682 ss.; ID., *Procreazione (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 988; PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1982, 988.

<sup>119</sup> Non pacifica è l'addebitabilità dell'interruzione di gravidanza all'autore che non era a conoscenza dell'esistenza di questa. In particolare, ritiene riconducibile l'aborto alla concretizzazione del rischio che la regola cautelare mirava a prevenire ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione della gravidanza*, cit., 335; *contra* PADOVANI, *Sub art. 17*, cit., 1691.

<sup>120</sup> Cfr. le norme poste a tutela della salute e sicurezza delle lavoratrici in stato di maternità *ex artt. 7* ss., 14, 16 ss., d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151.

<sup>121</sup> Così invece ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione della gravidanza*, cit., 541 s.; NUVOLONE-LANZI, *Gravidanza*, cit., 39; PADOVANI, *Sub art. 17*, cit., 1691; SPAGNOLO, *Studio sull'interruzione della gravidanza*, cit., 1289.

<sup>122</sup> In termini, PADOVANI, *Procreazione*, cit., 988.

<sup>123</sup> Su questi punti è stata ampiamente segnalata la violazione del canone di ragionevolezza rispetto sia all'uguaglianza che all'offensività, per punirsi ugualmente l'aborto preterintenzionale e doloso e non il parto prematuro: così PADOVANI, *Sub art. 17*, cit., 1685; ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione della gravidanza*, cit., 347 ss.

cidio preterintenzionale piuttosto che all'autore dell'uccisione di una donna resa volutamente vittima della lesione della sua maternità<sup>124</sup>.

Seguendo questa corrente interpretativa nulla osta a considerare tutti questi profili non "patologie", ma connotazioni fisiologiche del sistema, per quanto macchiate dall'originaria carenza di tecnica legislativa che proprio nella legislazione complementare - testualmente oggi riprodotta nelle norme codicistiche - ha sovente trovato il suo culmine. Emerge la ragionevolezza di altre soluzioni interpretative. Una prima. Non vera preterintenzione, quella del primo e secondo capoverso, ma dolo "comune", che muove la "comune" condotta *lesiva* a porsi quale veicolo dell'odio contro la donna "perché" in stato di gravidanza, strumento per giungere a quella disgregazione della sua speciale identità di maternità che prende corpo nell'elemento fenomenico dell'aborto/parto accelerato. Non pare priva di una ragione di sistema una riflessione che sposti completamente la prospettiva tanto dalla struttura esplicitamente preterintenzionale degli «atti diretti a commettere il delitto di cui all'art. 582 c.p.», quanto da quella omologa, ed implicita, delle figure speciali dei delitti dolosi aggravati dal verificarsi di un evento non voluto. L'esatta individuazione del fatto di base che tutti li connota si scontra vistosamente con la latitudine dell'espressione «azioni dirette a cagionare lesioni» alla donna. La percezione più immediata per l'interprete penale dell'epoca della violenza di genere è quella del richiamo per esteso alle sue varie, poliedriche ed inscindibili forme, che la rendono fenomeno complesso, e potenzialmente durevole, di condotta prevaricatrice. Le lesioni di cui v'è menzione si prestano così a riferirsi ad aggressioni fisiche o psicologiche, quest'ultime componenti presenti pure in ogni contatto fisico e verbale finalizzato a minacciare l'aggressione, e a rendere la vittima soggetta al controllo dell'autore: esempi di *azioni lesive* diventano così spingere, stratonare, impedire alla donna di muoversi trattendola, minacciare con un'arma o altri oggetti; assumere atteggiamenti intimidatori, vessatori e/o denigratori, isolare, mortificare, privare di mezzi economici sufficienti a soddisfare i bisogni di sussistenza propri e del futuro figlio.

Rapporti sanitari nazionali ed internazionali da decenni hanno invero fatto emergere complicanze ginecologiche di vario rilievo tra le conseguenze della

---

<sup>124</sup> Per questa critica, si rinvia per tutti a F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 220; PADOVANI, Sub art. 18, in *Commentario alla Legge 22 maggio 1978, n. 194, Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione della gravidanza*, a cura di Bianca Busnelli, cit., 1699. Per le numerose questioni di legittimità costituzionale sollevate con riguardo ai commi 2 e 4, tutte disattese, in quanto ritenute manifestamente infondate v. Corte cost., 30 luglio 1981, n. 162, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 146 ss.

violenza contro le donne. In generale la si associa a traumi e stress psichici, a stati di paura e di perdita di controllo della propria vita, nonché a danni fisici, quali fattori che determinano sia un più frequente ricorso all'interruzione "volontaria" della gravidanza sia un rischio più elevato per diversi problemi sessuali e di salute riproduttiva, con conseguenze immediate e a lungo termine: in particolare, tra le conseguenze sessuali riproduttive si contano proprio le complicazioni della gravidanza, l'aborto spontaneo, l'aborto in condizioni di rischio (aborto indotto), la sterilità<sup>125</sup>. Accanto, sta l'obiettivo raggiunto da recenti studi, di aver verificato un incremento della frequenza a richiedere l'interruzione (apparentemente) "volontaria" della gravidanza proprio da parte di donne vittime di violenza "di prossimità" (*domestica*), espressasi nella fenomenologia lesiva riassunta<sup>126</sup>. A dare corpo a quel «consenso non prestato» che il tenore della disposizione incriminatrice ravvede anche nel «consenso estorto con violenza o minaccia ovvero carpito con l'inganno».

Appare dunque al capoverso un elemento soggettivo doloso - non preterintenzionale - che si distingue da quello dipinto nel primo comma della disposizione solo per la diversa fenomenologia comportamentale in cui si oggettivizza. In questo caso la condotta si dimostra capace di dirigersi all'evento abortivo senza transitare per una (*altra*) lesione psico/fisica, in quanto tale comportante un apprezzabile peggioramento dello stato di salute, come è nell'ipotesi della somministrazione di appositi farmaci che lo provochino o di specifici trattamenti chirurgici parimenti finalizzati (aspirazione, raschiamento, ed altri). Del resto, va considerato come a questa tipologia di condotta tipica non possa che aver fatto primo ed immediato riferimento la fattispecie delittuosa, nata in un sistema speciale complementare che nelle disposizioni precedenti agli abrogati articoli 17 e 18 ha regolamentato le ipotesi di aborto legittimo, in buona parte dei casi eseguito esattamente con le menzionate metodologie "terapeutiche". Con il passaggio dal primo al secondo comma si rende dunque visibile la sagoma di una identità tra modo (condotta)

<sup>125</sup> V. [www.istat.it/violenzadati.istat.it/DCCV\\_VIOLENZADONNE](http://www.istat.it/violenzadati.istat.it/DCCV_VIOLENZADONNE); *Violenza e salute nel mondo. Rapporto dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, (Parte prima)*, in *Quaderni di sanità pubblica*, 2002; *National Intimate Partner and Sexual Violence Survey*, 2010, Summary Report, Atlanta, 2011, in [cdc.gov/violenceprevention/pdf/nisvs\\_report2010](http://cdc.gov/violenceprevention/pdf/nisvs_report2010); WHO-*Violence against women: Global Picture Health Response*, 2010, in [www.west-info.eu/it/donne-in-pericolo-nel-mondo-intero/vaw\\_infographic/](http://www.west-info.eu/it/donne-in-pericolo-nel-mondo-intero/vaw_infographic/); Osservatorio ONDA, *Donne e violenza domestica: diamo voce al silenzio. Raccomandazioni sulla violenza sulle donne (Intimate partner violence) per operatori sanitari*, 2012, in [www.ondaosservatorio.it](http://www.ondaosservatorio.it).

<sup>126</sup> WOKOMA-JAMPALA-BEXHELL-GUTHRIE-LINDOW, *A comparative study of the prevalence of domestic violence in women requesting a termination of pregnancy and those attending the antenatal clinic*, in *BJOG*, 2014, 121 (5), 627-33.

dell'offesa e pena per l'offesa, sicché poi con legittima parsimonia il dettato prosegue a figurare direttamente “un” mezzo comportamentale come causa dell'acceleramento del parto doloso, meno grave forma dolosa di offesa, implicando che a pari pena soggiaccia anche lo stesso esito cagionato tramite la condotta che assuma la prima configurazione. Non stupisce, di seguito, che il distinguo tra i modi causali non compaia nella fattispecie colposa, dove è già implicato nella eterogeneità delle regole cautelari violabili/violate.

Al seguito di questa contestualizzazione della dimensione offensiva, una differente soluzione interpretativa può investire la formulazione dei reati aggravati dall'evento contenuta al comma 4 dell'art. 593-ter c.p., ove si giustifica la considerazione per cui ad emergere sia la prospettiva di figure autonome di tipicità offensiva rispetto allo stesso bene della *diversa identità di madre*. Al fianco di ciascuno dei descritti tipi d'offesa, oggettivamente differenziati nell'interfaccia materiale - rispettivamente - dell'interruzione della gravidanza e del parto prematuro, il verificarsi della perdita della vita, così come della lesione gravissima o grave della donna, quali derivazioni di una dolosa interruzione non consentita della sua gestazione, diventano *diversamente* intellegibili a mò di autonome forme tipiche del medesimo disvalore punito dal delitto contro la maternità, piuttosto che come riferimento empirico agli eventi di cui agli artt. 589 e 590 c.p.<sup>127</sup>, *specialmente aggravate* dalla modalità di condotta. V'è (*sic*, vi sarebbe, a spiegarla con questi toni) il timbro dell'*altra* scelta di fondo che s'è detta competere ad una “vera” ricodificazione sostanziale: insieme al nuovo valore umano elevato al presidio penale, si traccia *per iscritto* una nuova tecnica di incriminazione. In sostanza, autonome previsioni delittuose pur sempre declinate a contrastare la *violenza* e l'*odio* proiettato *contro la donna-materna in quanto tale*. Calato in questo quadro assiologico, l'evento fenomenico della morte si riconosce a privare la donna, in senso assoluto, della *diversa identità esistenziale di madre*; nel caso di lesioni gravi o gravissime, si scorge piuttosto la concreta configurabilità di un serio pericolo rispetto ad una siffatta dannosità, in quanto probabile esito di una malattia psicofisica, scaturita da quell'aggressione, che ridondi nella umana capacità della

---

<sup>127</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 220, rimarca invece trattarsi di autonomi delitti aggravanti dall'evento, colposo della morte o delle lesioni gravissime o gravi, dal momento che l'aborto implica comunque il realizzarsi di lesioni. Considerano questi reati aggravati dal verificarsi della morte o delle lesioni come fattispecie autonome di reato di struttura preterintenzionale (con riferimento alla morte) già PADOVANI, *Sub art. 17*, cit., 1699; NUVOLONE-LANZI, *Gravidanza*, cit., 38. Altro orientamento inquadra invece le previsioni in commento come circostanze aggravanti (Corte cost., 30 luglio 1981, n. 162, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 146 ss.) assoggettabili a giudizio di bilanciamento; così, se l'evento è la lesione, anche NUVOLONE-LANZI, *Gravidanza*, cit., 38.

donna (non solo e non tanto in senso prettamente organico-biologico) di assumere ancora *l'identità* diversa che lei stessa si plasma in stato di gravidanza. Davanti al proposto orizzonte d'interpretazione, se non si avvede alcun ostacolo ad accogliere la prospettività di un concorso formale tra le menzionate fattispecie di aborto doloso ed i delitti di omicidio o lesioni colpose, finisce per trovarsi la legittimazione pure della soluzione per cui, ove si riscontri la volontà dell'evento più grave come conseguenza della stessa condotta che ha integrato gli estremi delle fattispecie di cui al primo e secondo comma dell'art. 593-ter c.p., debba disconoscersi l'applicabilità del solo comma 4 del disposto a favore del concorso formale di reati *ex art.* 81, comma 1, c.p.<sup>128</sup>, unica di fatto la condotta ma diversi in diritto gli eventi e le aree di offesa attivate dalla consapevole decisione dell'agente (rispettivamente riconducibili ai delitti di cui agli artt. 575, ovvero 582 s., e 593-ter; comma 4, c.p.). Si tratta d'altronde di ipotesi, quest'ultima, che non si dimostra confondibile con quella conteggiata nel disposto circostanziale aggravante di cui all'art. 61 n. 11-*quinquies* c.p., ove è il delitto doloso (ora in considerazione) di omicidio o di lesioni a prevedersi realizzato con la piena consapevolezza o con la colpevole prevedibilità del dirigersi a danno di persona (donna) in stato di gravidanza: il soggetto si muove volutamente ad aggredire la vita/l'integrità fisico-psichica della "vittima donna", consapevole del suo stato di gestante o piuttosto incurante di muoversi ad apprezzarne la riscontrabile, speciale, condizione (v. *amplius infra*). Ma non vi si coglie l'aspetto di offensività criminale che più si avvicina alla opinabile filosofia del "diritto penale del genere femminile", al contempo ridettandone i termini: ovvero, l'attacco all'identità della donna in maternità in quanto tale. Con la sensibile divergenza della modalità tecnica di incriminazione e della misura della punizione che ne segna il tangibile discrimine, e con il particolare aggravio probatorio che si impone all'organo giudicante nella verifica dei dettagli in cui si è contestualizzata la vicenda, dal lato delle dinamiche oggettive come da quello dei percorsi di vita e psicologici che identifichino l'autore del fatto come colpevole di questa specifica *violenza contro la donna madre*.

Infine, affiora il margine di ragionevolezza della previsione aggravatrice che compare solo all'ultimo comma dell'art. 593 *ter* c.p., quando soggetto passivo dei reati ivi previsti sia una donna minore di età. La "lucidità" della circostanza puntella la sua contestabilità attorno ad una connotazione soggettiva di necessaria consapevolezza e volontà dell'età della vittima, posta l'esclusione del-

---

<sup>128</sup> Per questa soluzione si veda Cass., Sez. I, 18 marzo 1993, n. 7249, in *Riv. pen.*, 1994, 1262 ss.

la previsione nella parallela ipotesi colposa; nonché attorno alla speciale personalizzazione della vita vissuta dalla donna in gravidanza, la cui diversa identità di madre minorenni risalta per la sua peculiare fragilità, formandosi nel mentre in cui ancora la giovane non ha compiutamente costruito una prima identità di donna in Sé. La sua è una diversa identità materna, più vulnerabile di altre.

**4.5. Il sistema dei reati contro la donna in stato di gravidanza.** La corrente cronistoria della normativa penale a contrasto della violenza di genere conta la moltiplicazione delle fattispecie criminose e degli inasprimenti sanzionatori iniziando sin dalla legge del 1996 sui delitti sessuali, a sua volta seguita da ampliamenti ed innalzamenti edittali ad opera di una serie di leggi successive<sup>129</sup>. La fa poi comunemente continuare con la legge del 2009 (e successive modifiche) introduttiva del delitto di atti persecutori, e con il più volte citato decreto legge n. 93/2013 (conv. in l. n. 119/2013). A chiuderla, per ora, sta la legge n. 69 del 19 luglio 2019, enfaticamente ricordata come “codice rosso” per il suo effetto processuale di introduzione di una corsia prioritaria ed accelerata relativamente alla trattazione dei reati di “violenza contro il sesso femminile” anche contestualmente conati, emersi come tali in corrispondenza ad un preciso ed identificabile sostrato criminologico<sup>130</sup>.

In questo corpo normativo della “legislazione di genere” - in particolare nell’ultima novella - stanno anche una serie di disposizioni correntemente esiliate in un lembo di attenzione scientifica, e che pure dovrebbero sollecitare non poco la “curiosità” del moderno interprete penale così attento a rintracciare strumenti a tutela della donna: quantomeno per l’inusuale quantità e per la loro compresenza sia nella parte generale sia nella parte speciale del codice. Tutte contengono una analoga locuzione, riferendosi al *fatto commesso su donna in stato di gravidanza*, ovvero *a danno* o *in offesa* della stessa; e tutte comportano un analogo effetto “aggravante” dell’ipotesi delittuosa cui fanno riferimento. Solo a scorrere il c.d. “codice rosso” vi si leggono: l’aggravante speciale del delitto di maltrattamenti contro familiari o conviventi (al nuovo comma 2 dell’art. 572 c.p.) e dell’introdotta delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (al comma 4 dell’art. 612-ter c.p.), assieme alla modifica operata in senso di maggior rigore sull’aumento sanzionatorio già stabilito per la violenza sessuale realizzata su donna in stato di gra-

<sup>129</sup> F. MANTOVANI, *La violenza di genere sotto il profilo criminologico e penale*, in *Criminalia*, 2013, 59 ss., in part. 63 ss.

<sup>130</sup> V. PECORELLA, *Violenza di genere e sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1183.

vidanza (nel primo capoverso dell'art. 609-ter c.p., al n. 5 ter).

Da esse trae spunto un percorso a ritroso nella ricostruzione dell'attuale sistemazione delle previsioni penali chiamate a presidiare *altre forme di offesa all'identità della donna in gravidanza*, oltre i confini dei delitti contro la maternità. I primi segni di questa "categoria" si datano al 2009, quando - lo si è detto - viene codificato il neo-nato delitto di atti persecutori (art. 612-bis), stabilendosi al comma 3 aumentata la pena nel caso di «fatto commesso a danno ... di una donna in stato di gravidanza ...»<sup>131</sup>. È la prima volta che nel codice penale ricompare il termine «donna» dopo la "revisione" del 1978, e fa capolino proprio in una figura delittuosa che, tra le altre, immediatamente evoca scenari e fenomenologie di violenza contro il genere femminile. Eppure, alla donna vi si fa espresso riferimento nella sola declinazione dello stato di *maternità*, a figurare un fatto tipico aggravato che sta distante dal fatto "comune", "neutrale", già di per sé sanzionato. Di seguito, nel 2013, esattamente alla normativa penale al secolo conosciuta come legge sul "femminicidio", è spettato l'onere - e l'onore - di inaugurare la stagione di vera espansione della tutela penale del *valore della donna in maternità*, ricamando tra le circostanze aggravanti comuni, all'interno dell'art. 61 n. 11-*quinquies* c.p., il canmeo più noto sotto la riduttiva formula della "violenza assistita", valso a maggiorare la pena dei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale, contro la libertà personale, nonché del delitto di maltrattamenti, ove commessi: in presenza o in danno di minore di anni diciotto; o *in danno di donna in stato di gravidanza*<sup>132</sup>.

La selezionata dottrina spesasi a commento della parte letteralmente relativa alla «persona in stato di gravidanza»<sup>133</sup>, ha lasciato sul campo brevi notazioni che hanno esaltato la contraddittorietà verso cui si apre l'espressione una volta immersa nella tradizionale cultura giuridica del genere. Da una parte, vi ha icasticamente osservato una particolare "sensibilità" del legislatore, che ha in-

<sup>131</sup> Fattispecie introdotta dall'art. 7, d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. con modif. in l. 23 aprile 2009, n. 38.

<sup>132</sup> Il n. 11-*quinquies*) dell'art. 61 c.p. è stato aggiunto, in sede di conversione, dall'art. 1, comma 1, d.l. 14 agosto 2013, n. 93, conv. con modif. in l. 15 ottobre 2013, n. 119, e da ultimo modificato ad opera dell'art. 9, comma 1, l. 19 luglio 2019, n. 69. A seguito della disposizione aggrava il reato: «l'aver, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale e contro la libertà personale, commesso il fatto in presenza o in danno di un minore di anni diciotto ovvero in danno di persona in stato di gravidanza».

<sup>133</sup> Annotano il disposto sotto questo specifico profilo di aggravamento, invece, DI GIOVINE, *I recenti interventi legislativi in materia di violenza contro le donne*, cit., 12 ss.; F. MANTOVANI, *La violenza di genere sotto il profilo criminologico e penale*, cit., 64.

teso sganciare la nuova circostanza (semi-comune)<sup>134</sup> da quella, già esistente, della minorata difesa (art. 61, n. 5 c.p.), potenzialmente in grado di ricomprenderla<sup>135</sup>; dall'altra, vi ha scorto una razionalità autonoma, particolarmente "ricca", somma della *tutela rafforzata rispetto alla donna in stato di gravidanza, contro il pericolo di aborto e di danni psicofisici al concepito, e del maggior disvalore della mancanza dell'elementare rispetto verso la donna in tale stato*<sup>136</sup>. Se poi per un verso è stata criticata la restrizione operativa prescelta per la nuova aggravante "comune", per una analogia di *ratio* sottesa alla commissione quantomeno dei delitti contro il patrimonio mediante violenza (furto con strappo, rapina, ecc.), non contemplati nella (versione finale della) disposizione (ed invece previsti, sebbene altrove, nel testo del decreto legge<sup>137</sup>)<sup>138</sup>; in direzione opposta si è contestata l'ingiustificata ampiezza del campo applicativo dell'aggravante, suscettibile di comprendere reati che appaiono estranei alla logica di fondo, quali l'omissione di soccorso (art. 583 c.p.) e le fattispecie di arresto illegale e dintorni (artt. 606-609 c.p.)<sup>139</sup>.

Coralmente, se ne sono rilevati i "consueti" limiti sul piano dell'elemento soggettivo, dettati dall'art. 59 c.p., essendo chiaro che - per indurre l'effetto dell'aggravamento sanzionatorio - lo stato di gravidanza deve essere noto all'autore del reato (in particolare perché marito, convivente, fidanzato) o quantomeno da costui conoscibile (come nel caso in cui sia avanzato e quindi evidente *ictu oculi*)<sup>140</sup>. Soprattutto, non era sfuggita la conseguenza paradossale dello scoordinamento normativo, frutto di una (non rara) distrazione legislati-

<sup>134</sup> La definisce così RUSSO, *Femminicidio (d.l. 14 agosto 2013, n. 93)*, in *Il penalista, Speciale riforma*, 2013, 10; conforme PERRONE, *Art. 1, Nuovi sviluppi nella lotta alla "violenza domestica": ipotesi circostanziali e modulazione della pena*, in *Leg. pen.*, 2014, 51.

<sup>135</sup> V. DI GIOVINE, *I recenti interventi*, cit., 14. Così riteneva la Suprema Corte: Cass., Sez. V, 23 febbraio 2005, n. 14995, in *Cass. pen.*, 2006, 2480; in dottrina C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2016, 504. Critico sul punto PITTARO, *La legge sul femminicidio: le disposizioni penali di una complessa normativa*, in *Fam. dir.*, 2014, 725, il quale, dall'accostamento con i minori desume, che la donna sia stata tutelata in quanto soggetto debole e quindi in modo incongruo. Ha ritenuto invece l'aggravante compatibile con quella della minorata difesa ancorché quest'ultima riguardi, in tutto o in parte, lo stato di gravidanza della vittima, Cass., Sez. VII, 10 dicembre 2015, n. 350, in *Mass. Uff.*, n. 265420.

<sup>136</sup> F. MANTOVANI, *La violenza di genere*, cit., 64.

<sup>137</sup> V. *Relazione del Massimario della Corte di cassazione*. Prima lettura del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93 (disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province), redatta da PISTORELLI, in *Dir. pen. cont.*, 18 ottobre 2013.

<sup>138</sup> MACRÌ, *Le nuove norme penali sostanziali di contrasto al fenomeno della violenza di genere*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 14.

<sup>139</sup> PITTARO, *La legge sul femminicidio*, cit., 717.

<sup>140</sup> PITTARO, *La legge sul femminicidio*, cit., 718; F. MANTOVANI, *La violenza di genere*, cit., 2013, 64.

va, che permetteva al disposto di produrre una “settoriale” (e pur lieve) attenuazione della pena piuttosto che il suo inasprimento. La nuova circostanza determinava infatti l’aumento della sanzione fino a un terzo, mentre la circostanza contemporaneamente introdotta nel primo capoverso dell’art. 609-ter, n. 5-ter c.p.<sup>141</sup> disponeva un aumento più blando (reclusione da sei a dodici anni) nel caso del realizzarsi di una violenza sessuale su donna in stato di gravidanza, e prevaleva in quanto speciale sebbene sovrapponibile alla previsione comune, che la contiene richiamando i delitti non colposi contro la libertà personale<sup>142</sup>. Solo con la legislazione “contro la violenza di genere” sopravvenuta nel 2019 si è infine aggiustato il tiro: per effetto della modifica apportata dall’art. 13, comma 2, l. 19 luglio 2019 n. 69, l’originaria disposizione aggravante i delitti sessuali *ex art. 609-bis* è stata sostituita dalla previsione dell’aumento di un terzo. Contemporaneamente, intervenendo ancora su questo assetto normativo, la stessa legge ha modificato tanto la formulazione dell’aggravante prevista all’art. 61, n. 11-*quinqües* c.p. quanto quella dell’art. 572 c.p., inserendovi un comma 2 votato tra l’altro ad aumentare fino alla metà la cornice edittale del fatto commesso a danno di donna in stato di gravidanza<sup>143</sup>, allineandolo a quanto già contemplato per l’ipotesi aggravata di atti persecutori stabilita al secondo capoverso dell’art. 612-*bis*<sup>144</sup>.

**4.5.1. La speciale offensività che investe la donna in stato di gravidanza.** A scendere nel dettaglio, la struttura del capoverso introdotto nell’art. 572 c.p. consente di sviluppare un ragionamento sulla sua funzione nel sistema quale mezzo di espansione della protezione della dignità identitaria della donna nella fase vitale della maternità. Spendendo argomenti di coerenza e di apagogia<sup>145</sup>, si vede difatti scorrere parallela la specialità dell’offesa in cui si trovano

<sup>141</sup> Numero inserito dall’art. 1, comma 2, d.l. 14 agosto 2013, n. 93, conv. con modif. in l. 15 ottobre 2013, n. 119.

<sup>142</sup> MACRÌ, *Le nuove norme penali*, cit., 15; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 467 s.

<sup>143</sup> Esattamente, l’art. 9, comma 2b, l. 19 luglio 2019, n. 69 ha aggiunto un secondo comma che dispone l’aumento della pena «fino alla metà se il fatto è commesso in presenza o in danno di persona minore, di donna in stato di gravidanza o di persona con disabilità di cui all’articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero se il fatto è commesso con armi».

<sup>144</sup> Per un commento all’art. 9, l. n. 69 del 2019, v. BELLOTTI, *Dei reati in generale*, in *Il codice rosso. Commento organico alla legge 19 luglio 2019, n. 69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, a cura di Conz, Levita, Roma, 2019, 125 ss.; ALGHERI, *Il c.d. codice rosso: tempi rapidi per la tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1363 ss.; SCHIRO, *Le modifiche agli articoli 61, 572 e 612-bis del codice penale, nonché al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione*, in *Commento alla L. 19 luglio 2019, n. 69 in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, a cura di B. Romano, Marandola, Pisa, 2020, 91 ss.

<sup>145</sup> In tema si rinvia per tutti gli approfondimenti monografici a TARELLO, *L’interpretazione della legge*,

coinvolti il minore, la donna in gravidanza, chi disabile, *ovvero* determinata dall'uso di armi. Così, la norma distingue e al contempo rende equivalenti in termini grammaticalmente "forti" una forma di manifestazione grave dell'illecito rivelata dall'indice comportamentale dell'utilizzo di armi, ad espressione del pericolo ulteriore che ne deriva per i beni vita ed incolumità fisica della vittima del reato, ed una forma di manifestazione dell'illecito che la sua gravità deriva dallo scagliarsi contro i nominati soggetti. In entrambe le forme di aggravamento si assiste pertanto ad un fattore indicato non semplicemente ad approfondire l'offesa già implicata nel delitto di base, ma ad aggiungere una ulteriore<sup>146</sup>, facendo assumere alla fattispecie una configurazione plurioffensiva, in cui si inserisce al seguito l'offesa prodotta alla diversa oggettività giuridica dell'identità femminile in gravidanza. Il fattore, a ben vedere non propriamente accessorio, tipizza appositamente in tal modo il più grave significato offensivo complessivo del fatto, valendo ad attribuire specifica rilevanza ad un interesse che altrimenti in quel frangente non ne avrebbe avuta<sup>147</sup>. E questo, essenzialmente, per ragioni di prevenzione generale<sup>148</sup>, le stesse che spiegano l'aumento della forbice edittale in connessione con l'appesantimento, ritenuto significativo, dell'offensività complessiva del fatto<sup>149</sup>, in cui ponderare ogni elemento circostanziale del caso. Questo significa ricallibrare la portata della fattispecie alla luce della teorica che vuole l'elemento circostanziale variamente funzionale ad incidere, modificandoli, su aspetti essenziali del reato base, senza esserne semplicemente un fattore periferico estrinseco, limitato ad aggiungere un elemento esterno influente sulla pena da comminare<sup>150</sup>. Segnatamente, l'aggravante *de quo* si distingue risultando un reato diversamente tipico rispetto al reato base *ex art. 572*, comma 1, c.p., per esserne arricchita l'offensività<sup>151</sup>, ivi cogliendosi la complessità espressa dal

---

Milano, 1980; DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999; VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002; GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004.

<sup>146</sup> Si tratta quindi «di circostanze aggravanti, che tutelano beni diversi da quelli protetti mediante la norma incriminatrice», così MALINVERNI, *Circostanze del reato*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1961, 71.

<sup>147</sup> Cfr. SPENA, *Accidentalia delicti? Le circostanze nella struttura del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 667 ss.

<sup>148</sup> Circa la possibilità di attribuire alle circostanze funzioni general-preventive, v. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971, 55, 80, 99. *Contra* PROSDICIMI, *Note su alcuni criteri di classificazione delle circostanze del reato*, in *Ind. pen.*, 1983, 279 ss.

<sup>149</sup> SPENA, *Accidentalia delicti?*, cit., 641.

<sup>150</sup> SPENA, *Accidentalia delicti?*, cit., 640 s.

<sup>151</sup> *Contra* ZUCCALÀ, *Pre artt. 59-70 c.p.*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di Crespi, Forti, Zuccalà, Padova, 2008, 224/4, 7; PROSDICIMI, *Note*, cit., 276.

compendio di disvalori. L'uno generale, riferito al *vulnus* rispetto all'interesse "fiduciario" spettante ad ogni membro - *uno qualsiasi* - del gruppo/relazione nominalmente protetto, l'altro "speciale", arrecato ad una delle identità "esclusive" dei soggetti selettivamente menzionati. L'uno è offesa alla personalità individuale di colui che è parte di una relazione intersoggettiva "di affidamento" sull'altro/sugli altri, ovvero la tutela dell'interesse di ciascuna persona umana a poter formare, esprimere, sviluppare la propria personalità in uno spazio interrelazionale continuativo e qualificato, protetto in quanto situazione stabile e potenzialmente duratura di condivisione effettiva di affetti o comunque di vincoli solidaristici, morali, economici, che ben possono germinare in plurime forme di convivenza. In primo piano viene difatti posto il *diritto penale* del membro (di ciascun membro) della famiglia/situazione di prossimità a che la propria personalità non venga minata in conseguenza dell'annientamento della fiducia nel corretto andamento dello specifico rapporto o fascia di rapporti che quella relazione (*lato sensu*) familiare avrebbe dovuto vivificare. In sostanza, ad essere oggetto di tutela è un aspetto della personalità individuale - di affidamento sull'altro - che è proprio dell'uomo. Non *uti singulus*: per questo concettualmente e topograficamente scisso dai beni formalmente contemplati nella categoria - altrettanto formale - dei reati contro la persona. Ma proprio dell'individuo se ed in quanto parte del "gruppo familiare", la cui tipologia ed ampiezza è stata selezionata positivamente dalle scelte legislative che hanno nominato i rapporti di affidamento protetti agli esatti sensi dell'art. 572 c.p.<sup>152</sup>.

L'altro è l'offesa cagionata all'identità "diversa", che distintamente viene considerata, e differentemente risulta connotata, a seconda che si tratti di minore, di donna in gravidanza, di soggetto portatore di disabilità ai sensi dell'art. 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104<sup>153</sup>. Ad accomunarli sta invero la negazione di una identità "altra", socialmente, scientificamente ed istituzionalmente valutata come meno indifesa, più "resistente" e resiliente. Diventa infatti difficile contestare la logica "semplice" che lega ad una peculiare, speciale protezione positiva all'interno dell'ordinamento giuridico il minore perché non adulto; la donna in gravidanza perché non 'donna non incinta'; il disabile perché non

<sup>152</sup> Cfr. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 233; ID., *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, 1979, 252 ss.

<sup>153</sup> Ai sensi dell'art. 3, comma 1, l. 5 febbraio 1992, n. 104, «È persona handicappata colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione».

persona priva di deficit<sup>154</sup>. Tutte sono pur sempre “definizioni”, ed in quanto tali stereotipate: definire una persona, nell’infinito prisma delle qualità che effettivamente o potenzialmente le sono attribuibili, significa apporre uno stigma identitario nell’intento di selezionarne a priori una dimensione come principale, pervasiva e preponderante<sup>155</sup>. È pertanto un atto linguistico orientato a delineare i confini relazionali dell’identità individuale, a principale uso e consumo dell’interlocutore, qui ad uso e consumo dell’interprete penale, chiamato ad andare accanto a queste identità, ed osservare l’offesa “in più” che gli si scaglia contro.

Va da sé che, col dire “minore”, si dice del disvalore arrecato alla sua identità individuale di persona in formazione, il cui percorso di sviluppo merita la garanzia da *ferite esistenziali*, su cui ha ampiamente argomentato ben più dotta letteratura scientifica<sup>156</sup>, con ciò attestandosi l’integrarsi della fattispecie circostanziata aggravata ove si riscontri il ricorrere di esiti negativi, verificabili, nei processi di crescita morale e sociale della prole interessata, ovvero quando si attesti un *complesso di ricadute di tipo comportamentale, psicologico, fisico, sociale e cognitivo, nel breve e lungo termine, sul minore costretto ad assistere ad episodi di violenza, soprattutto a quelli di cui è vittima la madre*<sup>157</sup>.

Indicando “disabile”, si indica il disvalore prodotto alla costruzione di una sua, personale, identità disabile, che non soffra quindi dell’aspetto sociale etichettante più comune, evidente e potenzialmente nocivo della situazione di

<sup>154</sup> Seguendo la nomenclatura utilizzata dall’OMS, risalente al 1980, il termine disabilità è storicamente associato a quello di deficit, quale esito corporeo, strutturale e funzionale di una malattia, di un trauma o di un evento biologico che danneggia o modifica negativamente le strutture e le funzionalità corporee della persona.

<sup>155</sup> «Esse consentono un accesso rapido e semplificato alla totalità dell’identità in questione, attribuendole tutte le qualità (e gli atteggiamenti) che quella particolare identità si porta dietro», in questi termini NENCINI, *La costruzione dell’identità disabile*, cit., 29. Ciò risponde ad una diffusa necessità di dar senso alla diversità e all’alterità, assimilandola a qualcosa di conosciuto e comprensibile. Si tratta di processi descritti dalla Teoria delle rappresentazioni sociali, v. in particolare MOSCOVICI, *Le rappresentazioni sociali*, in *La costruzione della conoscenza: l’approccio europeo alla cognizione del sociale*, a cura di Ugazio, Milano, 1988. Parla in proposito di identità stereotipiche semplificate, ovvero identità tipizzate, SALVINI, *Psicologia clinica*, Padova, 1998.

<sup>156</sup> In particolare, v. *amplius* BERTOLINO, *Il minore vittima di reato*, Torino, 2010; AA.VV., *La tutela penale della vittima minorile. Aspetti sostanziali e processuali*, a cura di Flora, Padova, 2010; PICOTTI, *La tutela penale del minore vittima di reato: profili sistematici e spunti critici*, in *AIAF*, 2012, 2, 12 ss.; PANEBIANCO, *Il sistema penale minorile: imputabilità, pericolosità ed esigenze educative*, Torino, 2012; BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile. La tutela dell’immagine sessuale del minore fra esigenze di protezione e istanze di autonomia*, Torino, 2019.

<sup>157</sup> Seguendo l’esegesi maturata in ordine al significato da ascrivere all’ipotesi delineata dalla circostanza di parte generale, v. Cass., Sez. III, 17 maggio 2016, n. 45403, Kuldip, in *Dir. pen. cont.*, 7 dicembre 2016.

handicap, ovvero quell'insieme di emarginazione, svantaggio esistenziale, esclusione e discriminazione a cui è spesso sottoposta la persona disabile nei diversi contesti di vita, frutto dell'intreccio di fattori culturali, sociali, economici ed istituzionali<sup>158</sup>. Tale senso comune, non sconfessato dal crudo apparato normativo, avalla la persistenza di una forma di ipersemplicificazione, che essicca l'individualità fino a banalizzarla, riducendo il disabile ad una maggiore semplicità - di pensiero, di volontà, di affetti, di bisogni, di emozioni - rispetto ai "normali", e portando a concludere che le dimensioni esplicative della vita di una persona disabile siano, in numero ed in complessità, minori rispetto a quelle riferibili alle altre persone. Tutelarne l'identità diversa acquista il senso giuridicamente doveroso di non negare le differenze in funzione di un'uguaglianza generalizzata, che rischia di favorire un rifiuto per indifferenziazione e di promuovere forme ingenuie di (falso) egualitarismo<sup>159</sup>, né segnalarla con una incondizionata e radicalizzata particolarità e distintività, con effetti ontologizzanti e irrigidenti sull'identità disabile. L'intermezzo tra queste due posizioni estreme appare nello spazio di tutela offerto dalla struttura tipica e contenutistica del delitto di maltrattamenti aggravati<sup>160</sup> - come da quella già propria della fattispecie di atti persecutori aggravati - garantendo la persona disabile da relazioni non adatte alla costruzione di una interazione adeguata, volutamente rese contrarie alle richieste ed ai bisogni della sua realtà esistenziale<sup>161</sup>.

A dar forza a questa lettura di identità dignitaria anche nello scorcio della disabilità soccorre del resto una grammatica penale che nella varietà delle espressioni generali in cui rende inquadrabile la persona disabile "perché affetta da una patologia psico-fisica", questo profilo personale prettamente fisiopsicologico già espressamente protegge nel contenuto di gravità della distinta disposizione aggravante (considerata circostanza comune) della disabilità (art. 36 della legge 5 febbraio 1992, n. 104)<sup>162</sup>. Non a caso, proprio nello stesso an-

<sup>158</sup> Per cui, chiosa NENCINI, *La costruzione dell'identità disabile*, cit., 29, «Senza di essi la situazione di handicap non esisterebbe affatto».

<sup>159</sup> V. GARDOU, *Diversità, vulnerabilità e handicap*, Trento, 2005; NENCINI, *La costruzione dell'identità disabile*, cit., 29 s.

<sup>160</sup> In generale, sul tema del rilievo della disabilità nel diritto penale v. BERNARDINI, *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari tra filosofia del diritto e Disability Studies*, Torino, 2016; DODARO, *L'attribuzione di capacità come pratica di riconoscimento della persona con disabilità quale 'soggetto di diritto penale'*, in *Dir. & quest. pubbl.*, 2020, 1, 63-87, in part. 66 ss.

<sup>161</sup> In tema, CANEVARO-GOUSSOT, *La difficile storia degli handicappati*, Roma, 2000; SORRENTIN, *Figli disabili*, Milano, 2006.

<sup>162</sup> Il cui ambito di applicazione si è negli anni ampliato a seguito di successive riforme fino ad assumere, con la l. 15 luglio 2009, n. 95, l'attuale configurazione: «Quando i reati di cui all'articolo 527 del codice

no, nel codice penale veniva inserito il delitto di atti persecutori e con esso la distinta (per forma e sostanza) previsione di un aumento di pena fino alla metà (comma 3) e la procedibilità d'ufficio (comma 4) nelle ipotesi in cui il fatto sia commesso a danno di «una persona con disabilità di cui all'art. 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104».

Da qua il ragionamento torna naturalmente sul versante della donna in gravidanza, e sulla protezione della sua diversa identità femminile, verso la quale si è intrapreso un cammino più deciso proprio attraverso le riforme apportate al sistema penale dal codice rosso: per tutti i menzionati contesti illeciti l'offesa alla nuova identità della donna in gravidanza si salda con i ricordati studi scientifici attestanti i riverberi negativi che una qualsiasi forma di violenza, fisica o morale, mossale contro promuove pure rispetto al suo diverso "Essere in relazione con l'Altro"<sup>163</sup>. Si pensi alla peculiarità con cui lo intacca la diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti che la rappresentino in quel "nuovo" corpo, e, con ciò, al significato che nella stessa norma incriminatrice *ex art. 612-ter* acquista la previsione di una apposita forma aggravata che espressamente separa il mondo concettuale della persona in condizione di inferiorità fisica o psichica e quello della donna in stato di gravidanza.

**4.5.2. Una chiosa sui delitti complessi aggravati dall'offesa all'identità della donna in maternità, alla conta delle tecniche di incriminazione.** Infine. Al bilancio della "ricodificazione" e della ristrutturazione sia dei delitti contro la maternità sia del delitto di maltrattamenti contro familiari o conviventi, la realtà dell'aggravante, di parte generale come speciale, ben può uscirne ripensata, dimostrandosi capace di abbracciare in una più ampia prospettiva la specifica gravità del (generale) "danno penale" che si stima ponderabile nell'evenienza singolare<sup>164</sup>, concretamente marcata dall'emergere di un particolare assetto

---

penale, i delitti non colposi di cui ai titoli XII e XIII del libro II del codice penale, nonché i reati di cui alla legge 20 febbraio 1958, n. 75, sono commessi *in danno di persona portatrice di minorazione fisica, psichica o sensoriale*, la pena è aumentata da un terzo alla metà». N.d.r., corsivo dell'autore.

<sup>163</sup> Con riguardo agli effetti negativi, fisici e psichici, della violenza sulla donna in gravidanza, la bibliografia in argomento è particolarmente ampia, v. per tutti TALAMANCA, *La violenza contro le donne*, in GEDDES, *La salute in Italia*, rapporto 1999, Ediesse, 1999, 113; SAUNDERS, *Screening for Domestic Violence during Pregnancy*, in *Intern. Journ. Trauma Nurs.*, 2000, 6, 44-7; SHARPS, *Health Care Providers Missed Opportunity for Preventing Femicide*, in *Prev. med.*, 2001, 33, 373-380; CAMPBELL, *Health consequences of intimate partner violence*, *Lancet*, 2002, 359, 1331-36; JANSSEN, *Intimate partner violence and adverse pregnancy outcomes: a population-based study*, in *Am. Journ. Obstet. Gynecol.*, 2003, 188, 5, 1341-47.

<sup>164</sup> Si vedano le analisi in proposito svolte, ad es., da STILE, *Il giudizio di prevalenza e di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971, 52 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 632 s. Sulla correlazione tra disvalore giuridico del fatto tipico e forbice editale, v. diffusa-

della dannosità criminale riferita al medesimo titolare di quell'interesse penalmente rilevante (della vita, dell'integrità psico-fisica, della libertà di movimento, della libertà sessuale, della libertà morale e via dicendo) che all'offesa dà il primo nome (di omicidio, di lesione personale, di sequestro di persona, di violenza sessuale, di atti persecutori<sup>165</sup>, e così via), nondimeno maggiorato nell'eventualità - ben diversa da quella pur magari concorrente della minorata difesa - in cui a riscontrarsi contestualmente sia un *vulnus* all'"identità diversa", per quanto di interesse, della donna in gravidanza.

La portata *limitata* (dal potente regime del giudizio di bilanciamento delle circostanze eterogenee prescritto dall'art. 69 c.p.) che acquista il fattore in indagine una volta calato nel ruolo - impostogli *ex lege* - di circostanza del reato, lo smarca del resto dall'elemento costitutivo-strutturale dell'illecito penale per "posizione" e per disciplina<sup>166</sup>, ma non per essenza, rigorosamente ancorata al principio costituzionale di offensività oggettiva, misura di ogni reato in quanto operativo tanto rispetto alla fattispecie base tanto rispetto alla fattispecie circostanziata<sup>167</sup>. Una natura e struttura questa - di reato non complesso nel senso proprio di cui all'art. 84 c.p. - che del resto si dimostra *a fortiori* e per coerenza sulla scorta della esistente sovrapposibilità tra la previsione generale e quella speciale definita al n. 5 *ter* nel primo capoverso dell'art. 609-*ter* c.p.: entrambe mantenute indubitabilmente circostanziali pur nello scorrere delle modifiche che le hanno investite.

All'indomani della espressa classificazione della maternità come valore penale sessualmente fondato, ed autonomamente protetto nel sistema penale<sup>168</sup>, al novero delle disposizioni codicistiche che compongono la categoria in menzione può difatti riconoscersi competere una *funzione diversamente orientata* in forza del canone dell'interpretazione sistematica, ad ulteriore *modus* di protezione, per l'appunto, dell'identità dignitaria, esistenziale, della donna in stato di gravidanza: tecniche legislative di formulazione di nuovi modelli di

---

mente ARDIZZONE, *Reati aggravati dall'evento. Profili di teoria generale*, Milano, 1984, 91 ss.

<sup>165</sup> Per il dibattito sulla natura di reato di danno o di pericolo del delitto di stalking, si rinvia per tutti a COCO, *La tutela della libertà individuale nel nuovo sistema "anti-stalking"*, Napoli, 2012, 117 ss.; MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010, 153 ss.

<sup>166</sup> Per una approfondita disamina degli effetti che la previsione di un elemento in veste di circostanza produce nella disciplina complessiva del reato, si rinvia a BASILE, *L'enorme potere delle circostanze sul reato; l'enorme potere dei giudici sulle circostanze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1743.

<sup>167</sup> V. Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); Corte cost., 5 novembre 2012, n. 251, *ivi*; Corte cost., 18 aprile 2014, n. 105, *ivi*.

<sup>168</sup> Per gli altri possibili, *ulteriori*, soggetti passivi/beni giuridici ivi indicati, il riferimento agli autonomi luoghi di tutela penale può correre esemplificativamente ai delitti di prostituzione o pornografia minorile, ai delitti di abbandono di persone incapaci e di omissione di soccorso.

tutela, ovvero di incriminazione, della gravità che contorna la “violenza alla diversa identità materna”. Lette all’interno del corpo normativo codicistico, rafforzato dalla regola generale dell’art. 3-*bis* c.p., simili norme penali si prestano così ad una lettura che ad esse assegna il ruolo di *altri* testimoni dell’*altra* scelta che vale a segnare i lineamenti di un reale progetto di ricodificazione sostanziale del sistema penale: in nome del “pieno” personalismo umano.

Al seguito di questa direzione, coerente si legittima pure una delimitazione dei reati di base dipinti dal *dictum* dell’art. 61 n. 11-*quinquies* c.p. ben diversa da quella comunemente assegnatagli facendo leva sulla partizione nominale delle sezioni in cui si frammentano i delitti contro la persona, col conferire piuttosto alla locuzione dei *delitti non colposi contro la libertà personale* uno spazio non perimetrabile nella stretta unità di misura degli artt. 605-609 *duodecies* c.p. Convinti dalla stessa visione costituzionale che il bene della “libertà della persona umana”, al pari di quello della vita e dell’integrità personale, sia esso stesso un bene fine, primario, della persona umana, nulla osta ad intenderne il contenuto assiologico nel senso più latamente comune, come generale possibilità di determinare il proprio agire secondo la propria volontà: è «anche e innanzitutto «autonomia» di volontà e di condotte umane. Tanto da venire talora privilegiata nella sua conquista, riconquista o difesa da parte dei singoli soggetti, allo stesso bene della propria vita»<sup>169</sup>. Il sistema penale “personocentrico” che all’interno dell’ordinamento socio-giuridico costituzionalizzato si è lentamente e progressivamente composto ha smarcato difatti la locuzione dal primo ed immediato riferimento fisico-corporale col quale l’aveva stigmatizzata il legislatore dell’epoca fascista, lasciandola logicamente aperta ad investire la persona umana nella sua unitarietà e completezza di dimensioni. Il significato della libertà personale, infine, ben si comprende nel più vasto significato di *patrimonio di diritti di libertà dell’uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità*<sup>170</sup>. Ciò non comporta che quella libertà poi non si intenda giuridicizzata, e con ciò specificamente protetta in ciascuno dei suoi singoli profili contenutistici positivi, presidiati dalle singole fattispecie incriminatrici dedicate alla persona disperse

<sup>169</sup> Frammenti, che tutti si ricompongono nella portata generale della norma della violenza privata, con cui l’ordinamento presidia tramite l’*extrema ratio* la libertà umana in tutti i casi in cui non si attesti l’offesa ad un suo specifico aspetto, e nondimeno essa si lasci apprezzare come bene offeso nella sua essenza per l’appunto generale, così parafrasando F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 283.

<sup>170</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 284.

nell'impianto penale<sup>171</sup>.

Nelle sue fila si scorge anche quella *libertà di essere* che ben si ricataloga nel bene giuridico dell'identità/dignità dell'essere umano, accanto a quelli dell'integrità morale, della personalità individuale, della riservatezza<sup>172</sup>.

**5. Parole libere, non in libertà.** Sono pensieri radicalmente *estranei* ad una qualsiasi velleità di legittimare la riduzione della donna al proprio corpo materno, invece robustamente *intranei* alla realtà differenziata, propria, di quelle donne che vivono l'unicità della maternità biologica. Sono calati in un ordinamento giuridico penale che è destinato a fare i conti con la contemporanea cornice sociale - invero non solo nazionale - in cui, l'esperienza della maternità si fa sempre più rara, e di conseguenza più preziosa. D'altro canto, quell'esperienza si "pluralizza": si diviene madre nella maternità biologica naturale e "assistita", nella maternità biologica e adottiva, legittima e affidataria, biologica e sociale<sup>173</sup>.

Il superamento delle più dolorose polemiche sull'aborto, datate agli anni settanta, ha consentito in effetti di cogliere senza enfasi la verità della maternità come forma di disponibilità totale e di lavoro relazionale, mostrando così, tra le altre sfaccettature, quella di uno scenario vitale che rimane distinto sul piano sociologico e penalistico dal diritto del bambino di poter contare su di una tale disponibilità. Si è maturata la consapevolezza che non sempre è possibile per la donna in gravidanza diventare madre; e si è presa coscienza del fatto che quella donna è capace di generatività, non semplicemente di riproduzione, solo quando non ha più bisogno di difendere i propri confini individuali<sup>174</sup>. Da se stessa, o da terzi.

---

<sup>171</sup> Il codice penale del 1930 li frammenta e li disperde partendo dalla premessa statualistica della libertà come creazione politica tutelata nella misura concessa dall'ordinamento giuridico positivo, con lo scorporo da essa di tutti quei reati all'epoca ritenuti offensivi non solo della libertà individuale ma anche di interessi superindividuali prevalenti. In proposito, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 284.

<sup>172</sup> Per diverse considerazioni, v. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 287 ss.

<sup>173</sup> V. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 122.

<sup>174</sup> *Amplius*, SARACENO, *Pluralità e mutamento. Riflessioni sull'identità femminile*, Milano, 1992.