

## EDITORIALE

---

**ALBERTO DI MARTINO**

**Immagini e metodi del sistema penale di fronte ai delitti c.d. di genere (Fra sollecitazioni internazionali ed esperienza interna)**

Il contributo, a partire dalla più recente condanna dell'Italia da parte della Corte europea per la mancata protezione offerta a vittime di violenza 'domestica' e di genere, si sofferma sull'influenza che la prospettiva della tutela efficace dei diritti fondamentali dovrebbe dispiegare, e non ha ancora compiutamente dispiegato, nella concreta esperienza giuridica del sistema penale italiano.

*Gender-based Crimes, Domestic Violence and Italian Criminal Justice: A Need for New Attitudes and Methods*

*The contribution, starting with the most recent condemnation of Italy by the ECtHR for the lack of protection actually offered to victims of 'domestic' and gender-based violence, dwells on the influence that the principle of effective protection of fundamental rights enshrined in the European Convention should deploy, and has not yet fully deployed, in the concrete legal experience of the Italian criminal justice system.*

**Sommario:** 1. Dominazioni intime, ovvero una storia come tante. 2. Corte EDU: una condanna come altre, e altri orizzonti. 3. Effettività della protezione dei diritti e identità del sistema penale. 4. Dinamica procedurale e protezione. 4.1. Generalità. 4.2. Effettività e meccanismi operativi strumentali. 4.3. Vade retro psicologo? Effettività e rapporti fra saperi. 4.4. La mano destra non sa quel che fa la sinistra: effettività e rapporti fra giurisdizioni. 5. Diritto (impropriamente) sostanziale: in particolare, la 'dinamica della sussunzione'. 6. Sanzioni: tra tipologia, efficacia, proporzione (cenni).

1. *Dominazioni intime, ovvero una storia come tante.* Resoconto dei fatti dall'ultima condanna che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha pronunciato nei confronti dell'Italia, per aver violato l'obbligo di proteggere in modo efficace la donna (e i minori) dalle condotte di cosiddetta *domestic violence* commesse dall'uomo.

Madre di tre figli ancora minori, lei prende la decisione di separarsi dal marito. Da quel momento lui la fa oggetto di molestie e minacce, che la donna si risolve a denunciare dopo circa due anni. Contro l'uomo denunce ripetute scandiscono i successivi quattro anni, per comportamenti rilevanti, come si suol dire, a vario titolo: minacce di morte, percosse, lesioni, appostamenti, installazione di 'spie' per registrare le conversazioni di lei, interferenze nella vita privata, sottrazione di mail, omesso versamento dell'assegno di mantenimento, maltrattamenti nei confronti dei figli. Quadro d'insieme univocamen-

te chiaro? Non sembra, se il pubblico ministero non considera le varie denunce come sufficientemente dettagliate, né credibili, dunque le giudica prive di elementi sufficienti per sostenere l'accusa in giudizio. Resta un unico episodio, isolato, quasi come un masso erratico: un violento attacco con percussione del viso mediante un casco da motociclista. Per il resto, le vicende sono considerate nel quadro d'una «conflittualità acuta» interpretata come «tipica di certe separazioni coniugali»<sup>1</sup>. Inoltre, non sono ravvisati gli estremi della fattispecie di maltrattamenti, una delle fattispecie più direttamente e comunemente applicabili in astratto a vicende simili: ne sarebbe mancato l'elemento costitutivo più qualificante, rappresentato dalla reiterazione – l'abitudine, secondo le categorie del diritto penale sostanziale. La giurisdizione civile, dal canto suo, procede in parallelo: nella causa di separazione c'è aria di violenze tuttavia; i servizi sociali sono richiesti di un rapporto e lo rendono in effetti, sottolineando la situazione di disagio e stress specificamente correlati ai maltrattamenti da parte del padre ed alla scarsa protezione contro di essi da parte della madre. Il rapporto richiede che sia disposto di avviarli ad un regolare percorso terapeutico; s'intuisce fra le righe che la richiesta rimane lettera morta. Le due giurisdizioni sembrano ignorarsi. Protagonista è lo scorrere vuoto del tempo: la richiesta di rinvio a giudizio per l'unico episodio contestato, quello del casco, sta lì quasi inspiegabile perché si è perduta memoria legale del suo contesto.

Storie diverse esibiscono moduli analoghi, al di sotto delle singolarità irripetibili delle vicende individuali. Ne conosciamo da altri casi decisi dalla Corte EDU. La donna che sporge ripetute denunce (se del caso, come si formula nel gergo della prassi, denunce-querelle), ma poi le ritira, o ne ritratta i contenuti in elementi qualificanti<sup>2</sup>, ad esempio ed in particolare quelli relativi a fatti che costituirebbero reati perseguibili d'ufficio. La pubblica accusa interpreta a

---

<sup>1</sup> Corte EDU, De Giorgi v. Italy, n. 23735/19, judgment, 16.6.2022, § 22. La citazione si riferisce al provvedimento del giudice civile. Nel caso concreto erano state presentate querelle 'incrociate'. Cfr. in tema il rapporto del «Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence» (GREVIO): *Baseline Evaluation Report-Italy*, 2020, § 241 lett. f).

<sup>2</sup> Corte EDU, Landi v. Italy, n. 10929/19, judgment, 7.4.2022.

questo punto d'aver le mani legate; risulta però che una consulenza sottolineava la pericolosità sociale dell'uomo (nel caso di specie affetto da un disturbo bipolare, con sbalzi umorali, grave impulsività, irritabilità, comportamento estremamente violento), ne raccomandava l'avviamento ad un programma terapeutico regolare. Capita che dopo gli interventi delle forze di pubblica sicurezza l'aggressore resti libero<sup>3</sup>; libertà fatale alla vittima<sup>4</sup>.

2. *Corte EDU: una condanna come altre, e altri orizzonti.* La condanna più recente, i cui presupposti di fatto abbiamo riassunto, potrebbe forse stupire, considerato che - per un verso - il tema della violenza sulle donne è senz'altro riconosciuto come priorità politico-criminale e come tale ben attestato nell'agenda politica italiana<sup>5</sup>; e che - per altro verso - in questa materia, sulla quale il legislatore è intervenuto ancora in tempi recenti con provvedimenti anche oggetto di ampia divulgazione mediatica<sup>6</sup>, neppure la Corte europea riscontra deficienze sistemiche, cioè ragioni d'inidoneità strutturale dell'ordinamento ad affrontare le situazioni di 'violenza domestica'. La condanna potrebbe essere ascritta pertanto all'occasionale anche se deprecabile *défaillance* di un complesso di meccanismi e di organi e istituzioni di protezione altrimenti effettivo; una falla la cui natura contingente, per quanto da registrare per ragioni di documentazione 'archivistica', non solleciterebbe ulteriori questioni di carattere generale.

Tuttavia, sarebbe una valutazione affrettata. La sentenza della Corte, come altre che l'hanno preceduta in quest'ambito specifico (e le moltissime che hanno investito la materia penale nel suo complesso), fa emergere in realtà questioni fondamentali proprio *perché* riconosce, in linea di massima,

---

<sup>3</sup> Corte EDU, Landi v. Italy, cit., § 10.

<sup>4</sup> Per limitarsi a due sentenze rese nei confronti dell'Italia, cfr. Corte EDU, Landi v. Italy, cit.; Talpis v. Italy, n. 41237/14, judgment, 2.3.2017.

<sup>5</sup> Cfr. in particolare, di recente, il *Piano strategico nazionale sulla violenza sulle donne 2021-2023* (17.11.2021), a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento Pari Opportunità; sempre a cura della Presidenza, il decreto 14.4.2022 di «Costituzione dell'Osservatorio sul fenomeno della violenza nei confronti delle donne e sulla violenza domestica» (G.U. 13.5.2022 n. 111). Inoltre utile consultare i rapporti Istat: <https://www4.istat.it/it/violenza-sulle-donne/il-contesto/politiche>.

<sup>6</sup> Il c.d. Codice rosso: l. 19.7.2019, n. 69.

l' idoneità strutturale dell'ordinamento, addirittura la «panoplia»<sup>7</sup> di soluzioni a disposizione delle autorità pubbliche per gestire il fenomeno; ma ne assume al contempo l'ineffettività. È lessico nuovo: 'gestire', 'fenomeno', 'effettività' sarebbero, di per sé, parole estranee al dizionario corrente del diritto penale come disciplina; e tuttavia sembrano essere concetti imprescindibili ad una visione integrata del sistema penale, soprattutto nell'ottica del *rule of law* convenzionale, che si esprime nel controllo da parte del sistema internazionale sull'ordinamento statale (in cui la legalità penale nazionale si iscrive) ed in particolare, anche se non esclusivamente, da parte dell'autorità giudiziaria che lo applica. Il sindacato sulla tutela dei diritti fondamentali alla stregua di una legalità «effettuale»<sup>8</sup> – che si affianca, ma non sostituisce per ciò stesso la legalità interna – ha un carattere indubbiamente innovativo, se non proprio rivoluzionario: modifica un'immagine del diritto o meglio del sistema penale come complesso di principi e di regole 'sostanziali' e 'processuali', di interpretazioni e di prassi relative a quelle regole: immagine che non è soltanto genericamente familiare, ma rappresenta la ben marcata linea di orizzonte culturale all'interno del quale si sviluppa la vita concreta del sistema come «esperienza giuridica»<sup>9</sup>.

3. *Effettività della protezione dei diritti e identità del sistema penale.* Il sistema non vive più soltanto dei suoi principi fondanti e delle regole da esso dedotte, né dell'ulteriore momento del controllo sulla conformità delle regole ai principi, soprattutto costituzionali. Nella prospettiva che qui rileva – la vita del

<sup>7</sup> Il termine è utilizzato dalla stessa Corte: De Giorgi v. Italy, cit., § 71.

<sup>8</sup> Ho utilizzato altrove quest'espressione, chiarendone i contenuti concettuali e spiegando la differenza con la legalità nazionale intesa come regola della selezione primaria dei comportamenti da incriminare; si tratta di legalità funzionalmente distinte: DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2014, 91 ss. e spec. 115 ss.

<sup>9</sup> Riprendo l'espressione da Giuseppe CAPOGRASSI: *Studi sull'esperienza giuridica*, in *Opere di G.C.*, II, Milano, 1959, 211 ss.; cfr. anche ID., *Il problema della scienza del diritto*, *ibid.*, spec. 500-508 e 554-570. Per un inquadramento del pensiero dell'A., cfr. ZACCARIA, *Esperienza giuridica, dialettica e storia in Giuseppe Capograssi. Contributo allo studio del rapporto tra Capograssi e l'idealismo*, Padova, 1976, spec. il cap. II (sul concetto di esperienza giuridica).

diritto statale nella cornice internazionale di tutela dei diritti umani –<sup>10</sup> il sistema in tanto è legittimo in quanto non soltanto formalmente valido alla stregua dei parametri innanzi tutto interni, ma anche ‘efficace’ nella tutela dei diritti fondamentali. Si tratta di una modifica che investe non soltanto questo o quel principio fondamentale (in primo luogo, quello di legalità), questa o quella categoria dottrinale, questa o quella divisione accademica delle discipline penalistiche, ma la stessa consistenza complessiva del sistema penale e, correlativamente, anche l’‘immagine’ del diritto penale come *body of law* che esiste non soltanto all’interno dell’ordinamento giuridico ma opera come strumento sociale.

Saranno qui schematicamente considerati, prendendo spunto dal settore specifico dei delitti di ‘dominazione intima’ dell’uomo sulla donna (e sui figli minori)<sup>11</sup>, i punti di emersione che riteniamo più significativi, dal punto di vista metodologico, di questo cambio di fisionomia del sistema, le ripercussioni profonde nel modo in cui devono essere intesi i meccanismi di lavoro degli attori del sistema penale. Questo perché soltanto comprendendo in quali termini e quanto in profondità sia cambiato l’impianto del sistema di navigazione, la rotta potrà essere orientata sempre più precisamente secondo i suoi veri punti cardinali.

Sottolineo l’aspetto metodologico in ragione di un’avvertenza. Questo breve scritto, ovviamente, non intende passare in rassegna il tema generale dei rapporti fra diritto penale nazionale e sistema della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, o riprodurre una tassonomia dei reciproci rapporti, ancor

---

<sup>10</sup> Per ragioni di mera pertinenza e limiti espositivi, qui è considerata soltanto la dimensione regionale del Consiglio d’Europa. Ma per riferimenti comparatistici nella materia specifica cfr. MACRÌ, *Femicidio e tutela penale di genere*, Torino, 2017 (l’intero capitolo II).

<sup>11</sup> Intendo fare riferimento al generale fenomeno della violenza dell’uomo sulla donna e contro tutti gli altri soggetti vulnerabili – essenzialmente i minori – nell’ambito delle relazioni familiari, o comunque di relazioni interpersonali private non necessariamente familiari (evoco la terminologia di PADOVANI, *I delitti nelle relazioni private*, in *Storia d’Italia. La criminalità*, a cura di Violante, Torino, 1997, 219 ss.): condotte espressive di un rapporto di ‘dominazione’ intima che il maschio pretende di instaurare o conservare nei confronti di quei soggetti. Dal punto di vista della vittima, la sua posizione può essere espressa con il concetto di vulnerabilità (per un cenno a questo aspetto MORGANTE, *Criminal Law and Gender Perspective. Beyond Victimisation Towards a New Legal Agency*, in *Iride*, 31, 84, 2018, 332).

meno se considerati rispetto a specifici ambiti materiali; correlativamente, non indugerà sugli specifici problemi normativi settoriali, peraltro segnalati in dettaglio da rapporti di organismi internazionali<sup>12</sup>. Intende invece sottolineare la portata in parte già dispiegatasi, in parte ancora non del tutto percepita, del cambio culturale imposto da quei rapporti, espressivi di un aspetto così particolare dell'internazionalizzazione del sistema penale.

Quando il diritto o, detto in termini più generali ed in realtà più appropriati, il 'sistema' penale interno diventa oggetto di un controllo in termini di effettività nel proteggere i diritti fondamentali - e, come tale, cioè come strumento di protezione, deve essere efficiente ed efficace - si produce una prima fondamentale mutazione nella sua identità. Il sistema penale dev'essere considerato come parte di una più complessa strategia di governo di fenomeni sociali, che aspira a perseguire risultati efficaci alla luce di una scelta di valore prioritaria, anche se non preclusiva di bilanciamenti: la più ampia tutela dei diritti fondamentali. Sulla base di questo riconoscimento, ci si deve chiedere in quale rapporto stia questa prospettiva culturale con quella tradizionalmente espressa da un postulato cardine del diritto penale liberale come è stato recepito almeno nell'area continentale, non foss'altro come 'ideologia' se non come pratica reale: quello secondo il quale il diritto penale esprime il limite invalicabile della politica criminale, cioè il limite che il diritto oppone alla pretesa punitiva del potere politico.

A prima vista, la logica dell'effettività della tutela potrebbe essere assimilata a quella prospettiva strumentale, spesso stigmatizzata come caratteristica del cosiddetto diritto penale europeo, secondo la quale il diritto penale è strumento di 'lotta' contro fenomeni, piuttosto che mezzo per allocare responsabilità per fatti concreti individualizzabili.

A ben vedere, tuttavia, quest'assimilazione è ingannevole e la tensione fra queste due prospettive è soltanto apparente: la funzione di garanzia effettiva dei diritti fondamentali introduce un elemento di distintività (*distinctiveness*)

---

<sup>12</sup> Il Rapporto del GREVIO, cit., «urges the Italian authorities to amend their legislation to make it conform with the rules regarding ex parte and ex officio prosecution set out in Article 55, paragraph 1, of the Istanbul Convention, as regards in particular the offences of physical and sexual violence» (n. 245).

del diritto convenzionale rispetto al diritto nazionale (e sovranazionale). Innanzitutto, fra strumentalità alle politiche e strumentalità ai diritti corre una differenza ontologica che la somiglianza linguistica può velare, ma che non può esser revocata in dubbio. Inoltre, la strumentalità dell'ordinamento alla protezione dei diritti fondamentali richiesta dal sistema della Convenzione europea, rende irrilevante, alla stregua di quel sistema, la formale qualificazione dei mezzi con i quali, in qualsivoglia ambito delle relazioni umane, l'ordinamento statale persegua le proprie politiche. L'ambito politico, o – se si vuole – il campo di materia è indifferente dal punto di vista del controllo sulle scelte dell'ordinamento statale; tanto indifferente, che è anche irrilevante la formale appartenenza delle previsioni normative oggetto di sindacato 'convenzionale' ad un ambito disciplinare o ad un altro, purché siano rispettati i diritti e le garanzie dovuti sulla base di come le cose sono in realtà. La discussione sul concetto convenzionale di materia penale è troppo nota perché abbia senso indugiare in questa sede.

In questa prospettiva, la stessa idea-guida del diritto penale come limite opera in modo nuovo, quasi in una situazione ribaltata. In altri termini, non è di per se stesso un limite alla politica ciò che appartiene formalmente al diritto penale, ciò che (solo) formalmente è costruito come diritto penale; è invece un limite al 'politico' – inteso non solo come fonte di possibili violazioni dirette, ma anche come titolare di un dovere di protezione contro violazioni da parte di terzi – tutto ciò che è funzionale alla garanzia effettiva dei diritti fondamentali, contribuendovi sia come diritto scritto (sostanziale o processuale, penale, civile o quant'altro interessi) sia come prassi di organi o istituzioni. Ecco perché oggetto del sindacato giurisdizionale della Corte europea non è solo il diritto di fonte legale, ma anche la giurisprudenza e tutte quelle prassi, atti, comportamenti che impegnano la responsabilità dello Stato<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> EMMERSON-ASHWORTH, (A. McDONALD) (eds.), *Human Rights and Criminal Justice*<sup>3</sup>, London, 2012; W. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, 2015, 88-91.

Questa fondamentale fisionomia del controllo di effettività genera un diverso modo di considerare il diritto<sup>14</sup>, sia come realtà di ‘esperienza giuridica’, sia come diritto del caso concreto. In questa prospettiva, l’esperienza giuridica non è composta esclusivamente di regole; è comportamenti e prassi di attori reali: autori, vittime, agenzie del controllo sociale, organi della giurisdizione, istituzioni pubbliche, organizzazioni della società civile. Lo sguardo dell’effettività abbraccia questa realtà brulicante e la avvolge con una pretesa fondamentale, quella che l’ordinamento faccia sì che tutti gli attori dell’esperienza giuridica esprimano ‘dedizione’ alla maggior garanzia dei diritti. Vi si potrebbe rintracciare l’eco di voci antiche e quasi dimenticate: aprendo una parentesi, ricordo cursoriamente la voce di Hans von Hentig, padre della vittimologia, il quale – pur nel particolarissimo ma per lui imprescindibile contesto del confronto diretto con la realtà del singolo autore del singolo fatto – chiosava, introducendo i suoi studenti ad una «law clinic» *ante litteram*, finalizzata ad educare con l’ausilio delle scienze e tecniche psicologiche un «nuovo tipo di giudice», innanzi tutto sensibile all’ascolto, che:

«The fact that the law threatens or does not threaten with a specific penalty plays an alarmingly insignificant rôle. We see the criminal law dethroned from the heights where it alone ruled—it has become a single, comparatively not so very significant causal factor within a sum of centripetal etiological forces<sup>15</sup>»

E quella di Jerome Michael e Herbert Wechsler, i quali nello stesso torno di tempo, negli Stati Uniti, compilavano il loro innovativo libro di testo<sup>16</sup> con l’intento non d’insegnare mere abilità tecniche ma di formare, come com-

---

<sup>14</sup> Insiste con forza su questo aspetto, ad es., VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2.11.2016.

<sup>15</sup> H. VON HENTIG, *The Clinical Method in Teaching Criminal Law*, in *Journ. of Crim. Law and Criminology*, 24, issue 6 (1934), 1081 ss. (1084).

<sup>16</sup> Dopo le ‘dispense’ del 1935, l’edizione strutturata: *Criminal Law and Its Administration*, Chicago, 1940.

menta un importante studioso americano, Sanford H. Kadish, un «good, sensitive, aware, socially conscious citizen»<sup>17</sup>.

Un ulteriore rilievo. Il controllo di effettività non esprime una pretesa astratta, rivolta all'ordinamento statuale in via generale, ma nasce sempre da un caso concreto, dalla necessità di deciderlo secondo giustizia.

La pretesa di effettività della tutela, si ribadisce, si rivolge a tutti gli attori e a tutti i livelli ordinamentali; ed è a molteplici livelli che si producono gli effetti di questo cambio di prospettiva.

Molta parte degli studi giuridico-penali (mi riferisco qui essenzialmente ai cultori del diritto sostanziale), invero, si è concentrata sul tema delle scelte di criminalizzazione, sulla loro titolarità e sul ruolo della giurisprudenza, sulla crisi del monopolio parlamentare e sulle categorie funzionali a garantire la certezza del diritto intesa come «base legale» per orientare e, se del caso, punire le condotte dei consociati. Tuttavia, non è forse il livello legislativo, quello della traduzione della legalità penale in 'fattispecie incriminatrici', che più immediatamente è investito dal fronte d'onda della prospettiva effettuale. Per quanto quest'affermazione possa apparire in qualche misura forzata, essa può rivelarsi meno bizzarra quando si consideri che la base legale per l'azione dello Stato, parametro della sua valutazione, è bensì presupposto necessario, ma largamente insufficiente nell'ottica della Corte EDU.

La prospettiva effettuale, e la correlata apparente (solo apparente) detronizzazione della legalità formale, non è certo una *quantité négligéable*, ma quella prospettiva porta in primo piano gli strumenti della sua realizzazione, cosicché è da questi che conviene prendere le mosse. Il primo, centrale strumento di realizzazione della tutela penale è il processo, qui inteso in senso lato come procedura necessaria all'accertamento della violazione penalmente rilevante. Il volto del sistema nella sua dinamica visibile, come icasticamente scritto da Tulio Padovani, è il procedere: il diritto penale si manifesta esclusivamente nella patologia, cioè quando le regole sono violate; a partire dal momento in

---

<sup>17</sup> Cfr. WALKER, *Commentary Symposium-Criminal Law, Casebooks, and Legal Education: The Anti-Case Method: Herbert Wechsler and the Political History of the Criminal Law Course*, in 7 *Ohio St. J. Crim. L.* 217, dove la citazione di Kadish (245 nt. 198 in rel. nt. 6).

cui questa violazione è segnalata alle autorità competenti a procedere inizia dunque ad operare il sistema (§ 4).

In stretta correlazione con la dinamica processuale sarà poi considerata la rilevanza della fattispecie sostanziale e, in particolare, del procedimento di susunzione (§ 5).

4. *Dinamica procedurale e protezione.* 4.1. *Generalità.* La prospettiva effettuale inserisce pretese valutative sulla dinamica del processo orientate allo specifico contesto nel quale i diritti fondamentali devono essere fatti valere. Nel caso della violenza ‘di genere’ e in famiglia, l’esigenza di protezione è chiaramente prioritaria. Come si è detto, le pretese valutative riguardano sia gli strumenti normativi, sia le condotte degli attori con particolare riferimento alle condizioni di uso reale di quegli strumenti.

Poiché, come pure si è visto, non è in questione la strutturale idoneità del livello normativo, è importante considerare che dal punto di vista dell’effettività sono proprio le condotte degli attori e la dinamica reale della protezione, i suoi meccanismi operativi, ad essere oggetto di censura. Talvolta ricorrono parole forti da parte delle istituzioni europee, in relazione a specifiche vicende<sup>18</sup>; ma deve essere sottolineato che le criticità operative sono a loro volta strutturali: lo si riconosce anche in ambito nazionale; non le esclude l’assenza di difetti altrettanto strutturali nel sistema *in the books*. Su questo aspetto, val la pena ribadire che le istituzioni statuali non possono davvero tranquillizzare la propria coscienza ordinamentale cullandosi nella convinzione che, aggiornata la carta delle regole, tutto funzioni, come se le modifiche al codice della strada possano (ri)mettere in efficienza una vettura in panne.

In quest’ottica, non vengono in considerazione le esigenze teleologiche sostanziali della legalità e certezza della pena, quanto piuttosto la prontezza nel rispondere alla domanda di protezione, la costanza ed attualità nella valutazione dei rischi, nonché l’uniforme applicazione dei saperi non giuridici che

---

<sup>18</sup> Come la Corte EDU nel caso Landi v. Italy: «blatant disregard» (*mépris flagrant* nel testo ufficiale francese) delle misure a disposizione (§ 92); «little diligence» nel prevenire la violenza contro i bambini.

dovrebbero sorreggere o almeno accompagnare le strategie di salvaguardia. Funzionale al primo aspetto (prontezza nel valutare i rischi ed attivare i meccanismi di protezione) è il valutare, in particolare, l'organizzazione degli uffici giudiziari e l'elemento fondamentale della specializzazione (§ 4.2). Quanto al secondo (uniformità ed efficienza basate sulla valorizzazione di saperi extra-giuridici), la valutazione mira a diffondere standard di *best practice* che non sono ancora moneta corrente nella cultura almeno giudiziaria nostrana (§ 4.3). Le brevi considerazioni che seguono sono dedicate a questi aspetti; ancora una volta, tralasciando i dettagli, si cercherà di mostrare come questioni apparentemente solo operative, se adeguatamente tematizzate e criticamente discusse, possono aprire scenari che portano lo sguardo davvero lontano.

4.2. *Effettività e meccanismi operativi strumentali.* Pochi rilievi sulla prima questione, cioè quella delle criticità strutturali di carattere non normativo. È istruttivo, su questo aspetto, il rapporto della Commissione parlamentare di inchiesta sulla violenza di genere<sup>19</sup>. Complessivamente, vi si legge, «emerge...una insufficiente consapevolezza della complessità della materia», che esigerebbe l'assegnazione dei procedimenti a magistrati specializzati nella materia della violenza di genere e domestica; la criticità è qui ravvisata dalla Commissione nel fatto che, almeno per quanto riguarda le Procure, «non necessariamente i magistrati specializzati si occupano soltanto della materia della violenza di genere e domestica e, viceversa, non necessariamente detti procedimenti sono sempre assegnati a magistrati specializzati. Inoltre, la situazione risulta molto variabile tra i diversi uffici»<sup>20</sup>. Preso atto di una realtà organizzativa a macchia di leopardo, se ne conclude che «i responsabili dell'organizzazione degli uffici giudiziari non hanno ancora raggiunto una adeguata consapevolezza della complessità che una adeguata trattazione della

---

<sup>19</sup> COMMISSIONE PARLAMENTARE DI INCHIESTA SUL FEMMINICIDIO, NONCHÉ SU OGNI FORMA DI VIOLENZA DI GENERE, *Rapporto sulla violenza domestica e di genere nella realtà giudiziaria*, approvata il 17 giugno 2021, in *Senato della Repubblica-Atti parlamentari*, XVIII legisl., *Disegni di legge e relazioni, Documenti*, Doc. XXII-bis n. 4.

<sup>20</sup> COMMISSIONE PARLAMENTARE, *cit.*, 6.

materia della violenza di genere e domestica richiede, tanto che il 62 per cento delle procure dichiara di equipararla alle altre materie nella distribuzione dei carichi di lavoro tra i magistrati»<sup>21</sup>. Le conclusioni sono perentorie:

«Emerge infatti un ampio numero di uffici nei quali occorre investire risorse sia di personale che di mezzi-per consentire alle procure di raggiungere migliori standard operativi, così che possano assumere un importante ruolo propulsivo per gli altri uffici giudiziari con effetti anche nei successivi gradi di giudizio. È fondamentale rimarcare l'esigenza che sia effettiva la perequazione dei carichi di lavoro e che le migliori modalità operative sperimentate dagli uffici di procura più virtuosi non restino loro patrimonio esclusivo, né rimangano una esperienza locale e occasionale, strettamente connessa all'attenzione e alla sensibilità dei singoli uffici, ma diventino strutturali e condivise».

Il discorso vale anche, anzi in uno scenario più critico, per i magistrati giudicanti<sup>22</sup>.

Istruttivo ed utilissimo sul piano dei dati, nel rapporto non tutto è oro colato quanto ad interpretazione, diagnosi, e proposte operative. Un'approfondita discussione nel merito degli specifici problemi illustrati - un «quadro complessivo di evidenti difficoltà e resistenze»<sup>23</sup> - fuoriesce dai limiti di questo lavoro; due aspetti di metodo meritano invece d'essere presi in rapido esame: quello relativo alla richiesta specializzazione dei magistrati (*a*), e quello del rapporto fra quell'esigenza ed il contesto ordinamentale all'interno della quale essa è fatta valere (*b*).

---

<sup>21</sup> COMMISSIONE PARLAMENTARE, *cit.*, 8.

<sup>22</sup> COMMISSIONE PARLAMENTARE, *cit.*, 24: «la situazione ... evidenzia complessivamente uno stato in cui gli aspetti critici sono senz'altro prevalenti, fatte salve pochissime eccezioni. Preoccupa il fatto che non sia possibile rilevare quali e quante siano le cause in cui emergono situazioni familiari nelle quale si agisce la violenza, così come la mancanza di qualsiasi garanzia che nelle nomine del CTU siano assicurate sempre la professionalità e la specializzazione necessarie, come pure appare critica la tipologia delle indagini delegate da alcuni giudici».

<sup>23</sup> COMMISSIONE PARLAMENTARE, *cit.*, 34.

a) Quanto alla specializzazione ed al rapporto con le capacità organizzative degli uffici giudiziari, l'annotazione è di estremo interesse e costituisce un'indicazione di metodo sicuramente condivisibile. Come è stato rilevato anche di recente e sia pure in un diverso contesto, i «deficit di efficienza» dipendono «prevalentemente da questioni organizzative e dalla mancanza di un adeguato reclutamento di magistrati e di personale amministrativo»: questioni operative, dunque, che devono essere affrontate con competenze e capacità manageriali, mentre «è un vizio endemico del nostro Paese» affrontare il problema «in un'ottica strettamente normativa»<sup>24</sup>.

La prospettiva di una reale tutela dei diritti nell'ottica del controllo sull'ordinamento sollecita pertanto – è un primo rilievo – un urgente mutamento culturale nel 'modo di ragionare' delle istituzioni pubbliche competenti nella materia della giustizia penale: non solo i magistrati, ma anche il Ministero, metonimia dell'amministrazione nel suo complesso (Ministero, la cui organizzazione si regge peraltro proprio sui magistrati; e questo è chiaramente parte del problema).

Ciò detto, emergono tuttavia alcune perplessità. Si tratta, innanzi tutto, di processi complicati e certamente di lungo periodo, anche perché – questo non deve sfuggire proprio in un'ottica di generale discussione degli assetti istituzionali della giustizia penale e della sua amministrazione – non sono affatto limitati allo specifico ambito della violenza contro le donne e in famiglia.

In secondo luogo, se l'esigenza di specializzazione è ineludibile per la complessità della materia, appare invece discutibile intenderla sia come sinonimo 'operativo' di *esclusività* nella distribuzione dei carichi giudiziari, sia come sinonimo 'concettuale' di *specialità di materia*. Discutibile e forse pragmaticamente illusorio sarebbe, cioè, intendere la complessità del tipo di materia, piuttosto che – in ipotesi – del singolo caso, come ragione distributiva del carico giudiziario. Una prima obiezione è di natura pragmatica: non si possono far le nozze coi fichi secchi, e dunque non è ragionevole immaginare nella

---

<sup>24</sup> MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in questa *Rivista*, 2022, n. 2, 7.

situazione economico-finanziaria attuale una specializzazione organizzativa per materia. Ma vi è anche, e forse principalmente, un'obiezione concettuale o, se si vuole, culturale all'equiparare specializzazione a specialità di materia. In realtà, si potrebbe osservare che tutta la materia penale è intrinsecamente complessa, proprio perché ... non è una materia a sé ma un modo di disciplina, che attinge a prismatiche, complesse realtà sociali e normative, le quali tutte pretendono competenza speciale. E tanto più la pretendono, a ben vedere, proprio in quanto dovunque interviene il diritto penale lì è in gioco – anche se ormai non più esclusivamente – la persona umana, la sua libertà, la sua più intima sorte.

Queste osservazioni critiche, non che sminuire la necessità della specializzazione, cioè della formazione professionale – non tanto disciplinare, quanto multidisciplinare – ne potenziano le virtualità positive inquadrando in una prospettiva di più ampio respiro, che coinvolge gli attori in carne ed ossa dell'amministrazione della giustizia penale. Deve cambiare né più né meno che il concetto di competenza professionale: non è soltanto competenza su norme, ma competenza su problemi, capacità organizzativa, sensibilità personale. Mi soffermo un momento su quest'ultima, perché non si abbia l'impressione d'uno stilema letterario apposto per completar l'elenco in bellezza. Più che di generica empatia, cui pure si estendono interessanti approfondimenti<sup>25</sup>, il punto è – detto con inevitabile semplificazione – che la sensibilità nella materia penale differisce dalla sensibilità nelle altre materie giuridiche. C'è qualcosa di diverso, e questo diverso è il dominio sulle persone che può essere assicurato a chi manovra le leve del potere penale, indipendentemente dall'ambito di disciplina: anche la materia dei reati societari, fallimentari o finanziari, per dire.

Il problema della sensibilità personale è dunque centrale, soprattutto quando l'ordinamento acquisisca la consapevolezza costituzionalmente imposta di doveri specifici che la materia penale impone: protezione, e risocializzazione.

---

<sup>25</sup> Ad es.: DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009; CALLEGARI, *Il giudice fra emozioni, biases ed empatia*, Roma, 2017; BLAIOTTA, *L'educazione sentimentale del giudice. A proposito di giustizia, anianto, vittime diffuse*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it).

Come ho avuto modo di accennare in diverso contesto<sup>26</sup>, non è detto che il diritto penale liberale classico sia il miglior riferimento filosofico-politico per tematizzare questa maturazione del sistema. L'esigenza della protezione effettiva dei diritti - di tutti i protagonisti della vicenda penale - implica, per così dire, un ordinamento il quale si china sulla persona in carne ed ossa in nome ma anche a garanzia della collettività; si china sulla vittima, si china sull'autore, e compie un umile e quotidiano 'lavoro di cura' verso le sorti individuali, fondato sulla dedizione, non soltanto personale ma istituzionale. Il quadro è piuttosto quello di un repubblicanesimo sociale del tipo di quello teorizzato da Philip Pettit, che non quello dell'individualismo classico alla radice delle teorie della pena<sup>27</sup>.

Ma torniamo al filo principale: competenza e formazione, si diceva. In realtà, sono condizioni necessarie non soltanto per la specifica materia da cui partono queste considerazioni, ma per il complesso della giustizia penale. Questo non significa negare l'esigenza di specializzazione, peraltro doverosa alla luce degli impegni internazionali, quanto piuttosto prenderla sul serio come condizione di sistema.

È opportuno aggiungere, piuttosto, un'ulteriore osservazione. Tanto più seriamente è intesa la necessità di competenze specializzate, dunque di formazione, tanto meno necessario sarà il ricorso ad un diritto speciale, che tante perplessità suscita nella cultura giuridico-penale (non interessa qui discutere se fondate o meno, quanto allo specifico tema della violenza di genere): «si genera un diritto per particolari categorie di soggetti qualificati ed individuati dalla pretesa commissione di quel crimine scivolandosi, così, in una sorta di paradigma criminologico del tipo di autore»<sup>28</sup>. Tra il promuovere una seria specializzazione e sensibilità personale dell'operatore di giustizia - sia venia

<sup>26</sup> Cfr., volendo, il nostro *Carcere, Covid-19: tutto è chiaro quel che non va; cosa si può fare, visto quel che non si vuole fare?*, in *Oltre la pandemia. (etc.)*, a cura di Palmieri, Napoli, 2020, 1147 ss.

<sup>27</sup> Cfr. ad es. la critica radicale di NORRIE, *Crime, Reason and History. A Critical Introduction to Criminal Law*<sup>3</sup>, Cambridge, 2014, 363 s.

<sup>28</sup> Cfr. per queste parole, a mero titolo d'esempio, DINACCI, *I valori della Costituzione a presidio dell'esigenza di certezza e "prevedibilità" (La difficoltà di una corretta esegesi tra nova fenomenici, ordinamento "liquido" e norme diluite)*, in *questa Rivista*, 2022, 2, 2 s. e nt. 2.

per il lessico evangelico – proprio in quanto titolare di potere (*pouvoir oblige*), ed il ricorrere ad un diritto speciale, esiste un rapporto di proporzione inversa. Tanto più intenso e dedito sarà il lavoro di cura per la sorte delle persone coinvolte dalle vicende penali, tanto minore sarà l'esigenza di creare altre fattispecie (qui: una 'genderizzazione' della tipicità) aumentando l'area della penalità in funzione simbolica, e tanto maggiore sarà l'effettività della protezione anche delle vittime: *specializzazione delle competenze operative e, in generale, formazione sono le vere alternative alle derive della tipicità specializzata*. Non è il diritto astratto che si deve e si può individualizzare, frammentare e specializzare secondo 'casi'; sul caso concreto può chinarsi per sua natura, invece, l'esperienza giuridica.

b) Come si è accennato più sopra, qualche riflessione critica merita il rapporto tra specializzazione e contesto ordinamentale. Se, per un verso, è vero che la formazione di professionisti specializzati è contenuto di un obbligo internazionale in capo allo Stato e su questa base è ribadita con forza, in particolare, dagli organismi di monitoraggio<sup>29</sup>, è anche necessario considerare, per altro verso, la cornice istituzionale entro la quale si produce l'impatto di questa pretesa. Mentre poc'anzi si è accennato alle difficoltà di realizzazione dal punto di vista pratico-gestionale, con riferimento al contesto economico-finanziario, si tratta qui di considerare l'impatto sullo specifico contesto normativo italiano. Si tratta di chiedersi, dunque, se questa richiesta sia compatibile con esso – ed eventualmente cosa sarebbe necessario realizzare al fine di soddisfarla al meglio. Il discorso non può che essere qui limitato ad un accenno. La specializzazione operativa e l'individuazione di risorse dedicate in modo esclusivo alla repressione dei reati si inserisce agevolmente nel tessuto di ordinamenti che riconoscono la discrezionalità, o comunque forme di discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale. A ben vedere, invece, mal si attaglia ad ordinamenti, quale quello italiano, in cui è invece previsto in termini rigorosi e

---

<sup>29</sup> Cfr. art. 15 della Convenzione di Istanbul e soprattutto il relativo *Explanatory Report* (reperibile online: <https://rm.coe.int/1680a48903>), sub art. 15, n. 98-101, inoltre, il rapporto GREVIO, *cit.*, n. 217.

soprattutto – almeno così prevalentemente si ritiene – imposti dalla Costituzione, il principio di obbligatorietà dell'azione penale<sup>30</sup>.

In quest'ottica, pur formulando l'osservazione in modo tagliato con l'accetta e sostanzialmente brutale, il vero effetto dirompente di simili corollari del principio di effettività (la specializzazione e la competenza riservata di trattazione) è quello di rivelarsi incompatibili con sistemi orientati al perseguimento di tutti i reati, nessuno escluso, che dunque non prevedono forme di selezione dei reati da perseguire.

Com'è ovvio non si tiene conto, in quest'osservazione, delle soluzioni informali di selezione; né di quelle formalizzate ad iniziativa di singole autorità giudiziarie, che fra l'altro non risolvono quei problemi di non uniformità d'azione che costituiscono uno degli aspetti critici della repressione proprio della violenza di genere. È più importante invece sottolineare che non è raccomandabile, forse non è possibile tenere conto delle soluzioni di *diversion* attualmente previste dal diritto italiano, allegandole come possibilità di alleggerimento del sistema. La mediazione è considerata con grande sospetto in questa materia – troppi casi concreti mostrano che l'autore non è intimidito dall'attivarsi delle agenzie di controllo sociale, delle autorità di pubblica sicurezza, della giustizia civile, e neppure dal carcere –; inoltre, è raccomandato un rigore speciale nella valutazione, da parte della magistratura di sorveglianza, nella concessione di misure alternative. Fondato o no che sia questo atteggiamento, costituisce un ostacolo importante alla 'concentrazione' richiesta, confermando il dubbio sulla compatibilità reale e non farisaica tra pretesa di specializzazione e esigenza di repressione di tutti i reati, costi quel che costi. La discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale è il convitato di pietra di questa discussione.

4.3. *Vade retro psicologo? Effettività e rapporti fra saperi.* Correlato al tema della specializzazione è quello del rapporto tra saperi (giuridico ed extragiuri-

---

<sup>30</sup> Mi limito a citare in tema il volume recente dell'ASSOCIAZIONE TRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, Milano, 2021.

dico). Una delle criticità rilevate dal Rapporto della Commissione parlamentare è quella relativa al deficit, soprattutto qualitativo, nel ricorso ad ‘esperti’ (con assoluta prevalenza, psicologi), a dispetto del fatto che essi abbiano assunto

«una rilevanza sempre maggiore che si esplica non soltanto nello svolgimento di accertamenti di tipo specialistico...ma anche nella funzione di ausilio alla polizia giudiziaria, al pubblico ministero o al difensore, nella raccolta di informazioni da minorenni o persone offese in condizione di particolare vulnerabilità, con diretti riflessi sull’assunzione della prova dichiarativa ... nel processo penale»<sup>31</sup>

In termini più specifici, le carenze riguardano essenzialmente due aspetti: primo, l’insufficiente «adozione di quesiti standard nel conferire incarichi ai consulenti nella materia della violenza di genere», una *best practice* finalizzata a garantire omogeneità nell’azione giudiziaria e «assicurare, soprattutto in un settore così complesso, una corretta individuazione dell’oggetto dell’incarico e, quindi, di garantire al meglio il rispetto dei confini tra l’accertamento peritale e la funzione giurisdizionale riservata al magistrato»<sup>32</sup>. Secondo, «il fatto che la nomina non avviene sempre sulla base dell’accertamento di una effettiva specializzazione nella materia»<sup>33</sup>. Il problema investe, d’altronde, anche le occasioni formative per gli psicologi; ce n’è anche per la loro categoria:

«Evidenti criticità si registrano, quanto alla formazione, anche riguardo agli psicologi e ciò sia per quanto attiene alla formazione, sia riguardo alla costituzione di gruppi di lavoro mirati sull’attività di consulenza giuridico forense nell’ambito della violenza di genere e domestica. I dati acquisiti sono sintomatici di una generalizzata sottovalutazione circa la necessità che gli psicologi, ove svolgano attività di consulenza e peritale nel processo, sia civile che penale, possiedano anche una formazione di tipo specialistico forense e anche com-

---

<sup>31</sup> COMMISSIONE PARLAMENTARE, *cit.*, 8.

<sup>32</sup> COMMISSIONE PARLAMENTARE, *cit.*, 9.

<sup>33</sup> COMMISSIONE PARLAMENTARE, *cit.*, 8.

petenze adeguate ove operino nella materia della violenza di genere e domestica. Le buone prassi e linee guida, pur esistenti, sono poche e frammentarie e sembra emergere, a livello nazionale, una doppia carenza nella formazione degli psicologi, che pare espressione della mancanza di una visione globale e condivisa del ruolo di questo professionista e della ineludibile necessità della sua specializzazione»<sup>34</sup>.

Dunque, ancora una volta, appare una questione di sistema, da affrontare in modo 'strutturale'.

Non saprei se, quanto alla magistratura, l'atteggiamento generale segnalato dal rapporto sia un 'riflesso condizionato' della percepita centralità garantista del divieto di perizia psicologica sull'imputato nelle fasi del processo diverse dall'esecuzione e dell'irrogazione di misure di sicurezza (art. 220 c.p.p.). Ma può essere sufficiente ribadire che l'amministrazione della giustizia penale non si esaurisce nel momento in cui si celebra l'attribuzione (o meno) della responsabilità: la dinamica processuale va ben oltre, nel prima e nel dopo, quella fase.

4.4. *La mano destra non sa quel che fa la sinistra. Effettività e rapporti fra giurisdizioni.* Il principio di effettività nella protezione dei diritti impone anche una torsione prospettica rispetto ad un'immagine 'didattica' del ruolo degli attori istituzionali della giustizia penale. Quest'immagine didattica, offerta dalle trattazioni istituzionali della disciplina - secondo le quali dei reati giudica il giudice penale, la sua giurisdizione è tendenzialmente onnicomprensiva (nel senso indicato dall'art. 2 c.p.p.), titolare dell'azione penale è il pubblico ministero, la polizia giudiziaria 'prende' notizia dei reati, eccetera - costituisce, per l'appunto, nulla più che una semplificazione didattica, che non esaurisce la realtà ma soprattutto, nella prospettiva che ci interessa, non è rilevante dal punto di vista del sindacato di Strasburgo sulla condotta dello Stato, che chiama in causa tutti i suoi organi. È dunque perfettamente comprensibile

---

<sup>34</sup> COMMISSIONE PARLAMENTARE, *cit.*, 32.

che fra i problemi strutturali che devono essere affrontati al fine di garantire l'effettività della protezione vi sia la garanzia d'una fluidità conoscitiva, in particolare, fra giurisdizione civile e penale. Il che non sembra accadere: nella causa civile non sempre vengono acquisiti gli atti del procedimento penale che riguarda le stesse parti (circa un terzo dei casi), ed anche quando siano acquisiti non sono necessariamente conosciuti e presi in considerazione dal CTU. Inoltre, è stato osservato che

«dall'indagine sul ruolo del pubblico ministero nelle cause civili evidenzia che il flusso delle informazioni tra civile e penale non avviene quanto sarebbe necessario: troppo poco il pubblico ministero viene informato dal giudice civile dei casi di violenza e troppo poco il pubblico ministero, benché informato, si attiva intervenendo nella causa civile. A ciò si aggiunga che, nei limitati casi in cui interviene, non sono state riferite -sebbene richieste- le modalità con le quali ciò avviene»<sup>35</sup>.

Insomma, interessa ribadire questo: la dinamica della giurisdizione, come parte dell'esperienza giuridica rilevante dal punto di vista del giudizio sulla condotta statale, si estende oltre la meccanica del rapporto reato-processo penale; anche questa, forse, è una consapevolezza che deve ancora farsi strada nel coriaceo tessuto culturale degli operatori del sistema.

*5. Diritto (impropriamente) sostanziale: in particolare, la 'dinamica della sussunzione'.*

In questo commento non si tratterà del tema "sostanziale" *par excellence*, quello delle scelte di criminalizzazione in materia di violenza di genere, perché sarebbe un fuor d'opera nella prospettiva qui considerata. Non ci si può nascondere, certamente, che anche questa materia può esporsi a forti perplessità per via del ricorso a regole differenziate, ad una forzata specialità e

---

<sup>35</sup> COMMISSIONE PARLAMENTARE, *cit.*, 19; «complessivamente, quindi, la partecipazione del pubblico ministero nelle cause civili nelle quali emergono situazioni di elevata conflittualità e di violenza domestica - evenienze che renderebbero auspicabile il suo intervento a tutela soprattutto dei minori - sembra essere occasionale e non adeguata» (20).

soprattutto ad una pressione di scopo, cioè una torsione volta a «perseguire lo “scopo finalistico” e di garantire l’esplicarsi della volontà legislativa», aprendo la strada «ad un diritto del caso singolo che costituisce l’archetipo della violazione di uguaglianza processuale»<sup>36</sup>.

Tuttavia, come più sopra ricordato, la Corte europea riconosce che non vi siano lacune strutturali, innanzitutto quanto alla base legale della punizione dei comportamenti di cui si tratta, che ostino ad una efficace gestione della violenza di genere. Inoltre, a questi fenomeni è applicabile un complesso di fattispecie le quali, sia pure generalizzando, non pongono gravi problemi di identificabilità del precetto (forse con l’unica, almeno apparente, eccezione degli atti persecutori); sostanzialmente, si può riconoscere ch’esse appartengano a buon diritto al *Kernstrafrecht*, cioè ad un nucleo di aggressioni alla persona delle quali in astratto nessuno porrebbe in dubbio la meritevolezza di pena<sup>37</sup>.

Proprio il fatto che la condanna non derivi da lacune del diritto sostanziale, che dunque nessuna urgenza circa le scelte di criminalizzazione condizioni la riflessione sul rapporto tra legalità nazionale e legalità europea, rappresenta una condizione ottimale per una riflessione di carattere metodologico.

Se si pone mente ancora una volta alle vicende di fatto – denunce ripetute per vari anni ma ignorate per genericità o perché ritenute non credibili; denunce prima presentate e poi ritirate, oppure ritrattate nel contenuto rispetto ad elementi qualificanti – è evidente come emergano difficoltà di “lettura” dei fatti, le quali non derivano dall’enunciato della regola, ma *dal modo con cui i fatti sono riguardati, per l’appunto, alla luce del referente testuale*. Non a caso è stato osservato in sede di commissione parlamentare che, se si dovesse riassumere in una battuta la causa ultima delle criticità dell’ordinamento interno, si tratta proprio della difficoltà di una corretta «lettura». Mancanza di

<sup>36</sup> In questi termini DINACCI, *op. cit.*, rispettiv. 4 e 20.

<sup>37</sup> Intendo questo termine in un senso per così dire tradizionale, molto chiaramente descritto, in particolare, da ROMANO, “Meritevolezza di pena”, “bisogno di pena” e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, 39 ss. Propone una sua riflessione simbologica su questa categoria, di recente, PALIERO, *Il mercato della penalità*, Torino, 2021, par. 7 ma in partic. 25-38.

attenzione e di sensibilità culturale, mancata conoscenza, sottovalutazione, si radicano dunque in questa difficoltà.

Ora, poiché la tecnica di ‘lettura’ dell’interprete è il procedimento di sussunzione, che collega per l’appunto i fatti alle disposizioni di legge, è proprio su questo che ci si deve soffermare criticamente.

Considerato non già in prospettiva statica, ma nella sua realtà dinamica, questo procedimento di qualificazione della realtà attraverso le disposizioni normative (in primo luogo, ma non esclusivamente, quelle incriminatrici) – che per questo chiameremo ‘dinamica della sussunzione’ – non può essere concepito nella fase delle indagini, del procedimento, del processo nello stesso modo in cui esso si manifesta nel momento del giudizio di cognizione in cui si procede ad attribuire o meno la responsabilità individuale per il fatto; e non importa qui la disputa sul carattere meccanico o creativo di quest’ultimo momento, perché non è questo aspetto ad essere ora in discussione. È persino ovvio sottolineare che nella dinamica processuale la conoscenza dei fatti è provvisoria, la qualificazione instabile, l’imputazione mobile, dunque la dinamica della sussunzione si plasma sui fatti come appaiono nel fluire del tempo e secondo l’applicazione delle regole processuali di ricerca e poi di assunzione della prova. Quando, come nelle vicende di violenza contro le donne e in famiglia, fragili ed equivoci rapporti interpersonali e aspetti multiformi di vulnerabilità – intersezionali, secondo un vocabolo entrato nell’uso – costituiscono la materia dell’indagine, la qualificazione non può seguire moduli e cadenze del giudizio a bocce ferme.

Anche in questo ambito, non è un problema di regole, ma di sensibilità nella lettura dei fatti. Il che non significa indulgere ad un diafano soggettivismo intuizionista, ma *indicare una differenza specifica tra la qualificazione ‘finale’* che esprime la legalità riconosciuta o «raggiunta», secondo l’espressione ormai notissima di Tullio Padovani, e *la dinamica della sussunzione* nel corso del processo, ai vari fini che in quel contesto impongono di volta in volta di valutare la corrispondenza del fatto ad una regola (ad esempio, misure cautelari, incidenti probatori, modi di assunzione di testimonianze e così via). In

particolare, è fondamentale che nella sussunzione entri la conoscenza integrale del contesto. Per ‘contesto’ intendo tutte le circostanze di fatto, anche non direttamente rilevanti alla stregua degli elementi costitutivi delle fattispecie incriminatrici oggetto delle indagini, delle ipotesi investigative, le quali tuttavia potrebbero orientare (in un senso o nell’altro) il *procedimento di selezione delle informazioni* a loro volta invece direttamente rilevanti al fine della qualificazione normativa, illuminandole di un significato altrimenti destinato a restare equivoco.

Un esempio varrà a chiarire il punto, avvertendo che, in difetto d’una conoscenza diretta degli atti di causa, non è il merito delle valutazioni compiute che interessa (potrebbero essere perfettamente condivisibili) ma è sulla direttiva di metodo che ci si deve concentrare. Nel caso da cui siamo partiti (§ 1), come si ricorderà, le molteplici denunce sporte dalla persona offesa nel corso di vari anni sono state considerate non sufficientemente dettagliate, né credibili, tanto da paralizzare il procedimento di sussunzione; per una specifica fattispecie, d’altra parte, si è ritenuto mancare il requisito temporale. Tuttavia, risulta che la conflittualità emersa nella causa civile aveva indotto a chiedere un rapporto ai servizi sociali, che questo rapporto segnalasse una situazione di *distress* dei minori correlati a maltrattamenti, dunque una situazione a rischio. Che si trattasse di episodi isolati (l’assenza di abitudine) non è dunque convincente, il procedimento di qualificazione dunque inappropriato; la vicenda civile avrebbe dovuto essere presa in esame con scrupolo, e se del caso si sarebbe dovuto procedere ad ulteriori indagini; in particolare, a garantire un’assistenza esperta alla presunta vittima in fase dichiarativa proprio per via della mancanza di dettagli necessari. Analoghe considerazioni possono essere formulate in relazione ai fatti documentati nelle altre sentenze della Corte EDU che hanno interessato l’Italia: presentazione e ritiro di querele sono all’ordine del giorno; anche in questi casi dovrebbe essere prassi corrente fornire ‘proattivamente’ assistenza al fine di garantire la genuinità di formazione del volere (è un tema enorme, che non possiamo neppure lambire); e

le strategie di valutazione del rischio devono essere progettate ed applicate con rigore.

Insomma, la dinamica della sussunzione dev'essere strutturata - ancora una volta nell'ottica di una tutela effettiva, e senza che questo porti ad alcun pregiudizio delle garanzie del giusto processo - come procedimento, per così dire, a sussunzione rinforzata o procedimento assistito di sussunzione. La sua struttura, cioè, comprende sia il *contesto* dei fatti oggetto della sussunzione, funzionale alla loro interpretazione, alla loro "lettura" (in particolare, il flusso conoscitivo con le vicende civili è ineludibile), sia una *condotta proattiva*, volta a superare ostacoli di cui sono ragionevolmente prevedibili sia il normale accadere - es., il ritiro di più querele - sia la non univoca significatività circa la (in)sussistenza di elementi costitutivi delle fattispecie oggetto di indagine.

6. *Sanzioni: tra tipologia, efficacia, proporzione (cenni)*. Le temute virtualità rigoristiche della proiezione vittimocentrica del sistema emergono in modo particolarmente vivido quando si affronti il tema delle sanzioni (e, prima ancora, delle misure cautelari). Le parti del rapporto della Commissione parlamentare dedicate a questi aspetti, ed in particolare alla fase dell'esecuzione della pena ed all'atteggiamento della magistratura di sorveglianza, sono in questo senso istruttive. Il presupposto analitico è la specifica pericolosità sociale degli autori di violenza 'domestica' e contro le donne, esposti ad alto rischio di recidiva: «per le caratteristiche proprie di questa forma di violenza, soprattutto nei casi in cui le condotte si siano protratte per molto tempo e con ripetitività, l'autore non sempre acquisisce piena consapevolezza del disvalore dei suoi comportamenti, spesso non si ritiene colpevole, non comprende la condanna e difficilmente modifica le proprie condotte»<sup>38</sup>. Anche in questo caso, si individua una criticità sistemica soprattutto nel fatto che, nel valutare le richieste del condannato di ammissione ai benefici, il tema della protezione delle vittime - qui specificato, ad es., nell'esigenza di coinvolgerle nell'istruttoria, di valutarne l'evoluzione dei rapporti con il condannato, e il

---

<sup>38</sup> COMMISSIONE PARLAMENTARE, *cit.*, 25

loro stato al momento della decisione - «non sia centrale ... tanto che in un quarto dei tribunali di sorveglianza non vengono mai acquisite notizie e informazioni dalle persone offese»<sup>39</sup>.

Gli elementi acquisiti sono interessanti, ma il tema delle strategie *lato sensu* sanzionatorie richiede una visione più ampia; è qui possibile soltanto segnalare il problema sul tappeto. Il perno attorno a cui deve ruotare la discussione è l'uso del carcere e del tempo al suo interno. Per un verso, come si è osservato più sopra, la stessa restrizione carceraria non sembra dissuadere gli autori dal ripetere le aggressioni; per altro verso, ci si deve chiedere quale trattamento sia realizzato e quale sia praticabile in carcere nei confronti degli autori. In realtà, è verosimile supporre la mancanza ancora più strutturale, ancora più nascosta e trascurata, di quei saperi extra-giuridici invocati rispetto alle altre fasi della dinamica processuale. Anche per effetto di questa mancanza il carcere è destinato immancabilmente a fallire il suo scopo; si pone allora la questione di quali strategie sanzionatorie siano davvero congrue per i delitti legati a questi rapporti di 'dominazione intima'.

La questione è tanto più urgente in quanto sembra emergere distintamente uno scetticismo profondo circa la possibilità di forme di mediazione, che prevedono la presenza contestuale dei soggetti interessati. Inoltre, dalle storie narrate negli atti delle vicende processuali risulta che la mera raccomandazione che l'autore segua un programma di trattamento troppe volte non si è rivelata risolutiva: questo suggerisce di immaginare, in ogni fase della vicenda penale, dalla fase cautelare a quella esecutiva, accanto alle misure attualmente previste, percorsi in cui la sottoposizione a programmi rieducativi sia obbligatoria. Si possono segnalare, inoltre, le vie dell'evoluzione tecnologica, che consentono simulazioni effettuate in cd. ambienti immersivi<sup>40</sup>: l'autore che vi sia sottoposto potrebbe rivivere l'esperienza della violenza dal lato della vittima, comprendendo su se stesso, sia pure virtualmente, gli effetti della condotta. Una sorta di "sanzioni empatiche", specificamente volte a stimolare rico-

---

<sup>39</sup> COMMISSIONE PARLAMENTARE, *cit.*, 27.

<sup>40</sup> Per una prima informazione divulgativa su queste tecnologie di simulazione del reale si può consultare: [https://www.treccani.it/enciclopedia/simulazione-del-reale\\_%28XXI-Secolo%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/simulazione-del-reale_%28XXI-Secolo%29/).

noscimento ed empatia per la vittima e consentire o potenziare lo sforzo (ri)educativo: studiarne le risorse tecnologiche, definirne una nozione agli effetti giuridici, analizzare i presupposti e i limiti costituzionali e in generale ordinamentali potrebbe costituire una via innovativa; si tratta di disegnare mappe in cielo.

**Postilla.**

Nel momento esatto in cui licenzio questo editoriale, è stata diffusa la notizia di cronaca di un ennesimo ‘femminicidio’, perpetrato ai danni di una donna che, circa un mese prima, aveva presentato denuncia nei confronti di chi l’avrebbe successivamente assassinata. Si legge in un resoconto: «Il 29 luglio, ormai esasperata, ... lo ha denunciato. La procura ha aperto un fascicolo, ma nei confronti dell’uomo non sono mai stati adottati provvedimenti restrittivi. I carabinieri stavano preparando un’informativa per i magistrati, ma aspettavano di completarla interrogando testimoni che erano in ferie». Il Procuratore della Repubblica: tutto va bene, non si poteva fare di più.

Chi scrive, attonito, non ha la forza di commentare: avrebbe preferito che l’analisi proposta fosse smentita dai fatti.