

Maria Acierno

**Quali diritti per quali donne?
Donne e diritti fondamentali nella giurisprudenza di legittimità¹**

L'interrogativo più attuale e drammatico, quando s'intende svolgere un'indagine sia pure incompleta come quella che mi accingo a fare, non può ignorare che nel nostro sistema giuridico e socioeconomico convivono un catalogo di diritti fondamentali, fondati sul trinomio dignità-libertà personale-uguaglianza che ricevono una tutela giuridica costituzionale, comunitaria ed internazionale pressoché completa, come potrà osservarsi dall'esame delle pronunce della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione. Tale tutela non è fruibile, però, in condizioni di parità, da cittadini italiani e stranieri.

Dovendo focalizzare l'esame sui diritti fondamentali delle donne, lo squilibrio nell'accesso e nel godimento di tali diritti si fa addirittura più ampio a causa della legislazione interna sull'immigrazione. Perciò si deve tenere presente che l'esame dei principi e dei valori elaborati dalle Corti Supreme, mostrerà un quadro di strumenti di protezione e di tutela non accessibile in condizioni di parità alle donne italiane e straniere nonostante che i diritti tutelati abbiano natura di diritti inviolabili della persona a vocazione universalistica, come è dimostrato dal loro indiscusso riconoscimento nelle carte costituzionali di tutti i paesi occidentali e nelle carte dei diritti sancite da Convenzioni Internazionali (come la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo ed attualmente la Carta dei diritti Europea, vincolante in tutta l'Unione Europea, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona).

E' pertanto necessario, prima di esaminare come venga tutelata l'autodeterminazione e la libertà femminile attraverso gli strumenti di tutela penale (norme penali sulla violenza sessuale, nuova legge sullo stalking e sulle mutilazioni genitali femminili) e civile (parità ed uguaglianza in famiglia, nelle scelte riguardanti la maternità e il lavoro), porre in evidenza che con l'introduzione del reato d'immigrazione clandestina (art. 10 bis d.lgs n. 286 del 1998, così come modificato dalla L. n. 94 del 2009), sorge a carico del giudice (civile ed amministrativo) che venga investito di una domanda di tutela da parte di una donna straniera, l'obbligo di denuncia ex art. 331, quarto comma, cod. proc. pen. Per quanto riguarda la tutela penale la situazione non è molto diversa, essendo tenuti ai sensi del primo comma del medesimo articolo, i pubblici ufficiali e gli incaricati di pubblico servizio (ovvero i rappresentanti delle agenzie od autorità amministrative che ricevono le istanze) a denunciare tutte le notizie di reato di cui vengano a conoscenza nell'esercizio delle loro funzioni.

Al di là dei profili di natura tecnica e delle opzioni interpretative tendenti a limitare l'ambito di applicazione di queste norme quando lo straniero irregolare agisca a tutela dei suoi diritti, c'è da segnalare un diffuso clima di paura ed un alto livello di percezione soggettiva e collettiva del rischio cui una donna (od un uomo) straniero si sottopone se denuncia condizioni di privazione di diritti fondamentali durante la sua permanenza in Italia, nel caso in cui non sia munito di un regolare titolo di soggiorno. Questa nuova situazione normativa si pone in netta contraddizione con le norme, pure contenute nel T.U. sull'immigrazione che hanno ad oggetto misure di protezione umanitarie ed, in particolare, con riferimento alla condizione delle donne straniere, con l'art. 18 (intitolato significativamente "misure di protezione sociale") che prevede il rilascio di uno speciale titolo di soggiorno alla donna straniera che intenda sottrarsi alla condizione di sfruttamento della prostituzione nella quale si trova e si decida a denunciare i suoi sfruttatori consentendo di perseguire le organizzazioni criminali dedite a questa attività delittuosa e di avviare la denunciante ad un programma di assistenza e d'integrazione sociale (art. 18 primo comma in fine).

La norma ha svolto una rilevante funzione propulsiva nei confronti dell'emersione di fenomeni gravi di violenza sulle donne straniere proprio perché contiene anche la previsione della

¹ Traccia della Relazione della Dott.ssa Maria Acierno per il seminario di formazione forense "Gli strumenti internazionali per la tutela delle vittime di violenza e discriminazioni di genere", organizzato da Giuristi Democratici e D.i.RE. Bologna, 14.01.2010.

predisposizione di misure di accoglienza e sostegno soprattutto nella fase iniziale di mutamento della condizione di vita delle denunciante.

Nella situazione attuale, pur potendosi ragionevolmente ritenere che il regime di protezione sociale previsto dall'art. 18 sia speciale e, conseguentemente, rimanga applicabile anche nella vigenza del reato di immigrazione clandestina (cui sarebbero esposte tutte le donne denunciante) e conseguentemente la richiesta di protezione sociale si ponga come una condizione ostativa all'espulsione, non possono essere ignorati i molteplici fattori che concorreranno a scoraggiare l'utilizzazione di questo strumento. In primo luogo la diffusa percezione di diffidenza verso le istituzioni e le autorità amministrativa da parte di tutti gli stranieri irregolari, in quanto esposti al rischio di denuncia; in secondo luogo l'incertezza oggettiva in ordine al rilascio del permesso di soggiorno, in quanto fondato sul riscontro di precise condizioni di legge (tra le quali il contributo alle indagini finalizzate alla persecuzione delle attività delittuose di sfruttamento della prostituzione delle donne straniere) che, se non positivamente accertate, determinano l'immediata applicazione della norma introduttiva del reato d'immigrazione clandestina. In terzo luogo, rimarrebbero comunque fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 18, le denunce di violenze, anche di natura sessuale, ma non solo, di natura individuale o comunque non ricollegabili allo sfruttamento organizzato della prostituzione, rispetto alle quali per le donne straniere, ancora più elevato è il rischio oggettivo, o la percezione del pericolo, della denuncia e della conseguente espulsione.

La gravità delle conseguenze derivanti dall'introduzione del reato in questione sull'emersione di situazioni di gravi violazioni di diritti umani ed inviolabili degli stranieri ed, in particolare delle donne, si è manifestata con enorme clamore, subito dopo l'entrata in vigore della legge, con riferimento all'obbligo di segnalazione dei sanitari in presenza di richieste di cure e trattamenti sanitari da parte di stranieri. La compattezza della risposta negativa all'assolvimento di tale obbligo da parte della categoria dei sanitari ha determinato l'introduzione di una norma specifica (art. 35, quinto comma D.lgs n. 286 del 1998) secondo la quale l'accesso alle strutture sanitarie dello straniero non in regola con le norme del soggiorno non può comportare segnalazioni all'autorità salvo l'obbligo di referto, sempre vigente quando dalla condizione patologica emergano segni di violenze o di commissione di reato da o a carico del richiedente le cure. Peraltro, non può ignorarsi che la conservazione dell'obbligo di referto, del tutto legittima e non eludibile, determinerà una riduzione dell'accesso alle strutture sanitarie proprio nei casi di lesioni o patologie derivanti da reati che compromettono l'integrità psico-fisica e la libertà personale delle donne straniere, potendo in questo caso riproporsi il problema dell'emersione della condizione d'irregolare permanenza della donna straniera, la denuncia del reato e l'espulsione conseguente. Questa grave situazione di limitazione e privazione del godimento e dell'esercizio dei diritti fondamentali da parte degli stranieri, tra i quali in condizioni di maggiore esposizione si trovano, per ragioni del tutto intuibili, le donne, ha, di recente determinato la rimessione alla Corte Costituzionale della legittimità dell'art. 10 bis del D.lgs n. 286 del 1998, introduttivo del reato d'immigrazione clandestina proprio perché non prevede una deroga (a parte quella, come osservato, non esauriente, riguardante i trattamenti sanitari) all'obbligo di denuncia da parte dell'autorità giudiziaria nell'ambito di processi che attengono alla tutela dei diritti dello straniero privo di titolo di soggiorno.

La norma costituzionale violata è in primo luogo l'art. 24 Cost. che riconosce a tutte le persone il diritto di agire in giudizio a tutela dei propri diritti ed interessi e l'art. 3 per la condizione d'ingiustificata disparità di trattamento in cui versano i cittadini italiani e gli stranieri in ordine alla tutela di diritti appartenenti alla persona umana e non ricollegabili a particolari "status" pubblicistici come la cittadinanza. Come acutamente osservato al giudice che ha sottoposto alla Corte Costituzionale l'esame della questione, lo straniero irregolare che veda violati i propri diritti fondamentali di trova di fronte all'alternativa tra la richiesta di tutela giudiziale, ad alto livello di protezione nel nostro paese collegata però al rischio di essere esposto alla segnalazione della clandestinità e la rinuncia ad esercitare i suoi diritti. Ne consegue non solo la privazione del diritto riconosciuto anche dalla CEDU di agire in giudizio ma anche la lesione dei diritti fondamentali negati. Aggiunge il giudice rimettente che la condizione creata dall'attuale versione dell'art. 10 bis

genera, da un lato, il rischio di favorire la diffusione di condotte illecite a danno degli stranieri privi del titolo di soggiorno, creando la diffusa sensazione di una situazione d'impunità e dall'altro determina una lesione della dignità personale che deve essere propria di qualsiasi individuo, incompatibile con l'impegno di solidarietà che il nostro ordine costituzionale prevede nell'art. 2. Infine la violazione dei diritti fondamentali determinati dalla vigenza dell'obbligo di segnalazione della situazione d'irregolarità dello straniero, contrasta anche con gli obblighi comunitari ed internazionali dello Stato italiano che secondo gli art. 10, 11 e 117 Cost. è tenuto a conformare le proprie leggi alla Costituzione, ai vincoli comunitari e a quelli internazionali (in particolare quelli derivanti dall'adesione alla CEDU nell'interpretazione della Convenzione che ne fornisce la Corte di Strasburgo) e ad osservare le norme internazionali generalmente riconosciute nonché quelle relative alla condizione giuridica dello straniero derivanti dai trattati internazionali.

Come già osservato, al di là delle interpretazioni che si affermeranno, auspicabilmente rivolte verso una lettura costituzionalmente orientata dell'obbligo di segnalazione del reato da parte dell'autorità giudiziaria nei casi in cui si richieda il riconoscimento di diritti fondamentali da parte di cittadini stranieri irregolari, non può non essere sottolineato che questo quadro normativo, collegato ad un clima d'intolleranza verso le diversità che si esprime anche attraverso alcuni interventi delle istituzioni, ridurranno l'accesso alla tutela giurisdizionale soprattutto delle donne, in quanto più esposte, anche a causa di modelli culturali e religiosi di alcune comunità di riferimento, alla violazione del diritto alla libertà personale e all'autodeterminazione.

A questa necessaria premessa che sottolinea il rilievo primario dell'uguaglianza nella titolarità e nell'esercizio dei diritti fondamentali, deve, tuttavia, seguire una valutazione prevalentemente positiva del grado di tutela dei diritti fondamentali, assicurato nel nostro ordinamento alle donne (come agli uomini, del resto).

A tal riguardo, centrando l'attenzione sulle donne, si ritiene di dover esaminare, in primo luogo il regime giuridico di protezione e tutela del diritto alla libertà personale e all'autodeterminazione, apprestato dall'ordinamento penale. Com'è noto da oltre dieci anni (legge n. 66 del 1996) alla violenza sessuale è stata finalmente riconosciuta natura giuridica di delitto contro la persona o meglio contro la libertà personale. L'art. 609 bis c.p. che contiene la definizione del reato di violenza sessuale contiene una nozione unitaria degli atti sessuali senza, costruire, come nel regime ante vigente, diverse fattispecie di reato a seconda della natura degli atti. E, tuttavia, prevista, un'ipotesi attenuata per i casi di minore gravità, lasciando però inalterato il principio della comune idoneità degli atti sessuali ad integrare il delitto. Secondo la definizione contenuta nelle numerose pronunce della Corte di Cassazione con l'attrazione del delitto di violenza sessuale nella sfera della libertà personale "la sfera sessuale diventa diritto della persona a gestire liberamente la propria sessualità con la conseguenza che la condotta penalmente rilevante va valutata in relazione al rispetto dovuto alla persona e all'attitudine ad offendere la libertà di determinazione della stessa". All'interno di questa rigorosa costruzione costituzionale del delitto di violenza sessuale, per atto sessuale s'intende "qualsiasi atto che, risolvendosi in un contatto corporeo, ancorché fugace od estemporaneo, tra soggetto attivo e passivo e comunque coinvolgendo la corporeità sessuale della vittima, sia finalizzato ed idoneo a porre in pericolo la sua libertà di autodeterminazione nella sfera sessuale". (Cass. n. 35625 del 2007). E' irrilevante l'intenzione soggettiva dell'autore del reato essendo sufficiente la coscienza e volontà di compiere un atto invasivo e lesivo della libertà sessuale della persona non consenziente. (Cass. 39718 del 2009). Non rileva, conseguentemente che gli atti sessuali siano stati eseguiti per scherzo o derisione (Cass. n. 20227 del 2009, donne minori denudate e toccate per irrisione) o, per ossequio ad un proprio codice religioso o culturale che escluda il valore dell'uguale dignità tra uomini e donne. Peraltro il quadro della tutela penale del diritto delle donne all'autodeterminazione in particolare rivolta verso la libertà di condurre la propria esistenza senza coazioni, violenze o minacce non si limita alla previsione del delitto di violenza sessuale ma deve estendersi all'esame del reato di molestie (art. 660 c.p.) ed ai maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.) fino a ricomprendere la recentissima introduzione del reato

di “stalking”, con la legge n. 38 del 2009. Il sistema penale delle tutele penali si arricchisce di uno strumento e può essere così complessivamente delineato :

-violenza sessuale consumata : si manifesta con un atto sessuale ovvero con l’espressione di un impulso sessuale che invade la sfera sessuale altrui realizzato in violazione del dissenso espresso o tacito della destinataria dell’atto realizzato per mezzo di qualsiasi strumento di pressione fisica o psicologica.

- violenza sessuale tentata: l’atto non raggiunge lo scopo di invadere la sfera sessuale altrui perché l’agente è costretto ad interromperlo ma esiste il dolo consistente nella volontà di violare la libertà sessuale altrui

- i maltrattamenti in famiglia: consistono nella realizzazione di atti vessatori ripetuti anche produttivi di violenze di natura fisica (lesioni) o di natura psichica (ingiurie o minacce, condotte di sopraffazione) che possono concorrere con il delitto di violenza sessuale ma che deve consumarsi all’interno delle relazioni e delle gerarchie familiari o in altro rapporto la cui caratteristica sia l’esercizio di un’autorità. La posizione di supremazia può realizzarsi anche all’interno di un rapporto di lavoro ma non si desume automaticamente da ogni forma di rapporto di lavoro subordinato. (Cass. n. 27469 del 2008 riconosce tale caratteristica nel rapporto che s’instaura tra lavoratore subordinato e datore di lavoro mentre Cass. n. 26954 del 2009 esclude la ricorrenza di questo elemento materiale del reato nelle vessazioni subite da una dipendente da un dirigente di un’azienda di grandi dimensioni). E’ sufficiente ai fini dell’elemento soggettivo che l’agente abbia la coscienza e volontà di realizzare gli atti reiterati di vessazione, essendo del tutto irrilevante che siano giustificati nella sua comunità o nel modello familiare proveniente dalla sua cultura tradizionale. La scelta normativa e la fermezza dell’indirizzo giurisprudenziale al riguardo non sono prive di conseguenze perché consentono di perseguire e, soprattutto di facilitare l’emersione giudiziale di comportamenti maltrattanti ritenuti coerenti con un modello familiare autoritario e con una cultura che non si fonda su una condizione di parità tra donne ed uomini ma al contrario relega la condizione femminile ad un ruolo istituzionalmente subordinato e assoggettato ad un regime di sottomissione ed etero determinazione delle scelte. La Corte di Cassazione ha, al riguardo, un orientamento del tutto consolidato ritenendo che la condotta consistente in atti vessatori reiterati nei confronti della moglie (o della figlia) non possa essere giustificata dalla circostanza che l’agente pratici la religione musulmana e rivendichi perciò particolari potestà in ordine al proprio nucleo familiare, ricorrendo anche in queste ipotesi l’elemento soggettivo del reato. (Cass.n. 46300 del 2008 e n. 22700 del 2009, in Foro It, 2009, II, 592). In questi casi la Corte ha ribadito in primo luogo che tutti coloro che si trovano nel territorio del nostro Stato cittadini o stranieri sono obbligati ad osservare la legge penale (art. 3 c.p.) con la conseguenza che le tradizioni etico sociali, di natura essenzialmente consuetudinaria, possono essere praticate solo fuori dell’ambito di operatività della legge penale. Inoltre il principio assume particolare rilievo e preminenza quando l’oggetto della tutela penale sia rappresentato dai diritti inviolabili costituzionalmente garantiti: la dignità e la libertà personale, l’uguaglianza tra i coniugi, la tutela della famiglia come comunità all’interno della quale deve svilupparsi armonicamente la personalità dei componenti nel rispetto reciproco. In conclusione la garanzia dei diritti inviolabili dell’uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali dove si forma la sua personalità nonché il principio di uguaglianza, costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l’introduzione di modelli di rapporti interpersonali con essi incompatibili.

Deve, tuttavia, essere rammentato il vulnus cui la recente introduzione del reato d’immigrazione clandestina, determina anche in questo avanzato sistema di tutela della libertà femminile.

La spinta a far emergere i maltrattamenti in famiglia o derivanti da abusi nel rapporto di autorità che può crearsi anche in ambito lavorativo o in altre condizioni di stabile coabitazione potrà essere notevolmente compressa in caso di permanenza irregolare della vittima.

- le molestie (art. 660 c.p.). Questo reato che nasce come uno strumento rivolto a garantire la “tranquillità pubblica” e non a tutelare la libertà personale della vittima, è stato, fino all’entrata in vigore della recentissima figura di reato dello “stalking” è stato l’unico strumento di tutela da comportamenti di reiterata invadenza e “persecuzione” anche

telefonica rivolta nella stragrande maggioranza dei casi verso le donne. Si tratta di uno strumento debole anche perché non è facile in mancanza di controlli sugli apparecchi telefonici, adottati, in passato, soltanto nei casi più gravi attesa la natura di contravvenzione (ovvero la considerazione legislativa di scarsa gravità) del reato in questione, provare l'elemento oggettivo del reato e individuare i responsabili. L'elemento costitutivo rimane la pluralità di azioni volte ad intromettersi e ad invadere l'altrui sfera di libertà. Infine deve sottolinearsi che ciò che distingue la molestia dalla violenza sessuale è l'assenza di un contatto fisico. Anche nel caso in cui la molestia consista in espressioni volgari o allusive alla sfera sessuale, il "motivo" di carattere sessuale non determina la modificazione della fattispecie.

- Lo "Stalking" di recente introdotto con la legge n. 38 del 2009 ha invece natura giuridica di delitto, punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni e mira a colpire i comportamenti reiterati di natura vessatoria che mediante minacce o molestie siano idonei ad ingenerare un perdurante stato d'ansia o di paura od anche il fondato timore di un pericolo per la propria incolumità fisica, quella di un prossimo congiunto o di una persona cui la vittima sia legata affettivamente o infine che costringano ad alterare le proprie abitudini di vita. Come può agevolmente osservarsi il legislatore ha fornito un ventaglio molto ampio di condotte idonee ad integrare il reato, solo alcune delle quali riconducibili ai fatti integranti le molestie. Peraltro la più rilevante differenza riscontrabile con il reato di molestia si può cogliere nell'attenzione rivolta al profilo psicologico della vittima che subisce lo Stalking ovvero alla sua compressa od assente facoltà di autodeterminarsi liberamente nella vita quotidiana. Qualsiasi condotta che per la sua tenace reiterazione determini la percezione soggettiva ma stabile di precarietà ed insicurezza nella libertà di movimento e di azione o induca per l'impossibilità di non sentirsi "controllati" a cambiare abitudini o modalità di relazioni frutto di una precedente libera scelta o addirittura possa essere vissuta come potenzialmente lesiva dell'incolumità delle persone care, integra il reato di stalking. La norma, che fa parte di una legge votata a larghissima maggioranza dal titolo emblematico (misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale nonché in tema di atti persecutori), contiene una pluralità di misure di contenimento degli atti persecutori. In primo luogo proprio per la frequente ambientazione familiare, parentale o, in senso più lato "comunitaria" delle condotte persecutorie, e per la sua frequente consumazione in un coontesto "relazionale" e di conoscenza pregressa, si è previsto che la parte offesa possa, prima di procedere alla querela, richiedere che l'agente venga "ammonito" a desistere dai comportamenti lesivi; in secondo luogo è prevista come misura coercitiva, il divieto di avvicinamento dai luoghi frequentati dalla persona offesa o i suoi prossimi congiunti. Questa misura ha un ambito di applicazione più ampia degli strumenti di natura civile e penale, introdotti con la legge n.154 del 2001 diretta a fronteggiare le violenze nelle relazioni familiari perché estende il suo ambito di applicazione oltre i vincoli familiari o di convivenza e non richiede il "grave pregiudizio per l'incolumità fisica o morale o alla libertà dell'altro coniuge o del convivente". Anche gli ordini di protezione introdotti dalla citata legge n. 154 del 2001 erano rivolti ad ottenere l'allontanamento dalla casa familiare ma anche dai luoghi abitualmente frequentati dalla vittima ma avevano un'efficacia temporalmente limitata, salvo che le condotte lesive non integrassero reati contro la persona e la libertà sessuale rivolti verso il coniuge o i prossimi congiunti potendosi in tal caso richiedere la misura coercitiva penale e non l'ordine di protezione assicurato dal sistema di tutela civile.
- Con la nuova figura di reato, il divieto di avvicinamento che può costituire la misura più efficace e tempestiva di tutela della vittima potrà essere disposta ogni qual volta si proceda per stalking ovvero per atti meramente persecutori e non necessariamente produttivi del grave pregiudizio richiesto per l'emissione degli ordini di protezione e anche se commessi fuori dell'ambito familiare e di convivenza. La stessa legge che introduce una forma di

tutela penale così estesa e che si prefigge la ben più gravosa finalità di contrastare la violenza sessuale è praticamente priva di strumenti di natura preventiva e protettiva, assolutamente indispensabili soprattutto per le vittime femminili che versano in condizione di privazione economica ed in particolare per le donne straniere prevedendo solo due disposizioni dal tenore sostanzialmente demagogico (gli art. 11 e 12) che pongono a carico delle autorità con le quali le vittime degli atti persecutori vengono a contatto di informarle sull'esistenza di centri o presidi adeguati (laddove ci siano e vi sia un adeguato censimento però!) ai quali rivolgersi salva la previsione dell'allestimento di un numero verde che possa fornire un servizio esclusivamente informativo.

Queste norme, soprattutto se poste in correlazione con quelle, contenute nella stessa legge che sono rivolte ad inasprire il trattamento sanzionatorio delle violenze sessuali, aumentando le pene e disponendo la custodia cautelare in carcere in forma pressoché obbligatoria, evidenziano il modo formalistico e parziale di affrontare il fenomeno dei comportamenti violenti, di natura sessuale o di natura persecutoria (e con contenuto di molestia) nei confronti delle donne in quanto non apprestano (e non prevedono, sostanzialmente alcun impegno di spesa) alcuno strumento concreto di sostegno personale o d'integrazione sociale (per esempio accompagnandone l'allontanamento da habitat violenti e l'ingresso nel mondo del lavoro in modo da favorire concretamente l'autonomia e la libertà femminile) per le vittime di questi reati, affidandosi totalmente alle strutture preesistenti e alla forza deterrente della repressione penale, molto più adeguata a riempire le pagine dei giornali che a fornire strumenti utili a chi può trovarsi, dopo la denuncia, in condizione di solitudine e privazione economica.