



Collana diretta da Angela Di Stasi

**DONNE MIGRANTI E VIOLENZA DI GENERE
NEL CONTESTO GIURIDICO
INTERNAZIONALE ED EUROPEO**

**MIGRANT WOMEN
AND GENDER-BASED VIOLENCE
IN THE INTERNATIONAL AND EUROPEAN
LEGAL FRAMEWORK**

a cura di

Angela Di Stasi

Raffaele Cadin Anna Iermano Valentina Zambrano

EDITORIALE SCIENTIFICA

2023

Collana
Freedom, Security & Justice: European Legal Studies



DIRETTRICE

Angela Di Stasi

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio Maria Carbone, Roberta Clerici, Nigel Lowe, Paolo Mengozzi,
Massimo Panebianco, Guido Raimondi, Silvana Sciarra, Giuseppe Tesaro†,
Antonio Tizzano, Ennio Triggiani, Ugo Villani

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Giandonato Caggiano, Alfonso-Luis Calvo Caravaca,
Ida Caracciolo, Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Inge Govaere,
Paola Mori, Lina Panella, Nicoletta Parisi, Lucia Serena Rossi

COMITATO DEI REFEREEES

Bruno Barel, Marco Benvenuti, Francesco Buonomenna, Raffaele Cadin,
Ruggiero Cafari Panico, Federico Casolari, Luisa Cassetti,
Giovanni Cellamare, Giuseppe D'Angelo, Marcello Di Filippo,
Rosario Espinosa Calabuig, Ana Cristina Gallego Hernández,
Pietro Gargiulo, Francesca Graziani,
Giancarlo Guarino, Elspeth Guild, Víctor Luis Gutiérrez Castillo,
Ivan Ingravallo, Paola Ivaldi, Luigi Kalb, Luisa Marin, Simone Marinai,
Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Rostane Medhi, Michele Messina,
Stefano Montaldo, Violeta Moreno-Lax, Claudia Morviducci, Michele Nino,
Criseide Novi, Anna Oriolo, Leonardo Pasquali, Piero Pennetta,
Emanuela Pistoia, Concetta Maria Pontecorvo, Pietro Pustorino,
Santiago Ripol Carulla, Gianpaolo Maria Ruotolo, Teresa Russo,
Alessandra A. Souza Silveira, Ángel Tinoco Pastrana, Chiara Enrica Tuo,
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Alessandra Zanobetti

**DONNE MIGRANTI E VIOLENZA
DI GENERE NEL CONTESTO GIURIDICO
INTERNAZIONALE ED EUROPEO**

**MIGRANT WOMEN AND GENDER-BASED
VIOLENCE IN THE INTERNATIONAL
AND EUROPEAN LEGAL FRAMEWORK**

a cura di

**Angela Di Stasi
Raffaele Cadin Anna Iermano Valentina Zambrano**

Editoriale Scientifica
2023

Volume finanziato con fondi dell'Unità di ricerca dell'Università di Salerno – Progetto PRIN 2017 MIUR – “International Migrations, State, Sovereignty and Human Rights: open legal issues/Migrazioni internazionali, Stato, sovranità, diritti umani: questioni giuridiche aperte” e realizzato nell'ambito delle attività dell'Osservatorio sullo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia.

Comitato di redazione

Mariangela Barletta
Pierfrancesco Breccia
Marta Sabino

© Copyright 2023 Editoriale Scientifica s.r.l.
via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com
ISBN 979-12-5976-714-1

*Alla cara memoria di Maria Rita Saulle,
donna, educatrice, giurista, giudice
e sensibile garante delle vulnerabilità*

INDICE/TABLE OF CONTENTS

INTRODUZIONE/INTRODUCTION

Donne migranti e violenza di genere nel contesto giuridico internazionale ed europeo/*Migrant Women and Gender-Based Violence in the International and European Legal Framework* – ANGELA DI STASI 13

I SEZIONE/PART I

Donna vittime di violenza nel Paese di origine *Women Victims of Violence in the Origin Country*

Le radici etniche e culturali della violenza di genere: un approccio di diritto internazionale/*The Ethnic and Cultural Roots of Violence against Women: the Approach of International Law* – SILVIA ANGIOI 33

La guerra contro le donne nell’Afghanistan dei Talebani tra Consiglio di sicurezza e protezione internazionale/*The Taliban’s War Against Afghan Women between the Security Council and International Protection* – RAFFAELE CADIN 71

The Problem of Accountability for Acts of Sexual Exploitation and Abuse in Peace Operations and the Victims’ Assistance Measures/Il problema della responsabilità per gli atti di sfruttamento e abuso sessuale nelle operazioni di pace e le misure di assistenza alle vittime – NICOLA COLACINO 101

“Violenza climatica” e migrazioni di genere nel diritto internazionale/*“Climate Violence” and Gendered Migration in International Law* – SARA DE VIDO 137

- Conservation and Displacement: International Organizations, Environmental Protection and the Rights of Women/Conservazione e trasferimento forzato: organizzazioni internazionali, tutela dell'ambiente e diritti delle donne* – GIADA GIACOMINI 171
- Il riconoscimento della protezione internazionale alle vittime di matrimonio forzato/*The Recognition of the International Protection to the Victims of Forced Marriage* – LUIGINO MANCA 195
- Il divieto di velo islamico nella giurisprudenza internazionale: tra parità di genere, neutralità religiosa e *living together*/*The Ban on the Islamic Veil in International Jurisprudence: Between Gender Equality, Religious Neutrality, and "Living Together"* – ANNA ORIOLO 229
- Not Just a Matter of Numbers. Principal Statistical Sources on Gender and Migration/ Non solo una questione di numeri. Principali fonti statistiche su genere e migrazioni* – ALESSANDRO POLLI 263
- The Continuum between Human Trafficking and Enslavement: Recent Italian Jurisprudence on Abuses Committed against (Female) Migrants in Libya/La relazione tra tratta di esseri umani e riduzione in schiavitù: la recente giurisprudenza italiana sugli abusi commessi contro (donne) migranti in Libia* – LUIGI PROSPERI 279
- Tratta degli esseri umani: profili di rischio nell'ambito della crisi ucraina/*Trafficking in Human Beings: Risk Profiles in the Context of the Ukrainian Situation* – CHIARA SCIPIONI 319
- La sterilizzazione forzata delle donne come forma di violenza di genere: un'analisi "intersezionale"/*Forced Sterilization of Women as a Form of Gender-Based Violence: An "Intersectional" Analysis* – VALERIA TEVERE 341
- Il diritto alla salute delle donne migranti: garanzie costituzionali e internazionali a confronto/*The Right to Health of Migrant Women: Constitutional and International Norms Compared* – SARA TONOLO, DAVIDE MONEGO 371

Rivolta femminile in Iran e questioni migratorie/*Women's Revolt in Iran and Migration Issues* – SHIRIN ZAKERI 427

Tutela delle vittime di mutilazioni genitali femminili tra possibile riconoscimento dello *status* di rifugiato e rimpatri considerati legittimi/*Protection of Victims of Female Genital Mutilations between Possible Recognition of Refugee Status and Return Operations Considered Lawful* – VALENTINA ZAMBRANO 451

II SEZIONE/PART II

Donne vittime di violenza nel Paese ospitante *Women Victims of Violence in the Host Country*

The Proposal for a EU Directive on Combating Violence Against Women and Domestic Violence/La proposta di una direttiva dell'Unione europea sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica – ELISABETTA BERGAMINI 487

Una forma estrema di violenza contro le donne: la tratta a scopo di sfruttamento sessuale/*An Extreme Form of Violence against Women: Trafficking for the Purpose of Sexual Exploitation* – ANNA RITA CALABRÒ 511

Migrant Women in Germany: Challenges and Protection/Donne migranti in Germania: sfide e protezione – RÉKA FRIEDERY 553

Vicarious Emotional Trauma: Gender Dimensions of Working with Refugees/Trauma emotivo vicario: la dimensione di genere nel lavoro con i migranti – MARYELLEN FULLERTON 571

Donne migranti e rilevanza penale del fattore culturale alla stregua di fonti internazionali ed europee: il “controlimite” del rispetto dei diritti fondamentali/*Migrant Women and Criminal Relevance of the Cultural Factor according to International and European Sources of Law: the Obligation to Respect Human Rights as a “Counterlimit”* – ANNA IERMANO 599

- Le violazioni della Convenzione europea dei diritti umani riscontrate nella più recente giurisprudenza della Corte EDU in casi di violenza domestica/*Violations of the European Convention on Human Rights in the Most Recent Case Law of the Court of Strasbourg concerning Domestic Violence* – ANTON GIULIO LANA 635
- Discriminazione intersezionale e contrasto ai reati generati dall'odio contro le donne migranti: tutele attuali e prospettive evolutive in seno all'UE /*Intersectional Discrimination and Contrast to Hate Crimes Against Migrant Women: Current Safeguards and Evolving Perspectives in the EU* – CLAUDIA MORINI 663
- Registrazione alla nascita e diritto al rilascio dei documenti: la rilevanza del diritto internazionale per alcuni aspetti migratori e di genere/*Registration at Birth and the Right to Issue Documents: The Relevance of International Law for Certain Aspects of Migration and Gender* – GIANPAOLO MARIA RUOTOLO 691
- Il velo islamico e le discriminazioni sul luogo di lavoro nella giurisprudenza della Corte di giustizia tra bilanciamento e comparazione/*The Islamic Headscarf and Workplace Discrimination in the Case Law of the Court of Justice between Balancing and Comparison* – TERESA RUSSO 711
- Le vulnerabilità delle donne migranti nella giurisprudenza della Corte Edu tra profili di tutela e problematiche irrisolte/*Vulnerabilities of Migrant Women in the Case Law of the European Court of Human Rights: safeguards and pitfalls* – ALESSIO SANGIORGI 743
- Non solo criminalizzazione: il conflitto culturale secondario e la vittimizzazione delle donne migranti/*Beyond Criminalisation: Secondary Cultural Conflict and Victimisation of Migrant Women* – FRANCESCO SCHIAFFO 779
- Contrasting Gender-Based Violence: Comparative Profiles/Il contrasto alla violenza di genere: profili comparatistici* – GIOVANNI SCIANCALEPORE, CARLA COSENTINO 791

Violenza di genere e violenza domestica nella “legalità reticolare”: il sistema penale multilivello alla prova della politica criminale/ <i>Gender-Based Violence and Domestic Violence in the “Reticular Legality”: The Multilevel Penal System to the Test of Criminal Policy</i> – ANTONINO SESSA	825
La violenza di genere e la tratta nei giudizi per la protezione internazionale/ <i>Gender-Based Violence and Trafficking in the Legal Procedure for International Protection</i> – LUCIA TRIA	865
NOTES ON CONTRIBUTORS	893

INTRODUZIONE

DONNE MIGRANTI E VIOLENZA DI GENERE NEL CONTESTO GIURIDICO INTERNAZIONALE ED EUROPEO

*Angela Di Stasi**

La presente opera nasce da un progetto culturale che, ideato da alcuni docenti dell'Università degli Studi di Salerno e dell'Università degli Studi di Roma La Sapienza, è stato sottoposto alla più ampia condivisione di studiosi di Università ed enti di ricerca italiani ed esteri nonché di operatori del diritto. Esso (si riconduce ed) integra (al) l'insieme delle attività di ricerca promosse nell'ambito del Progetto PRIN 2017 “*International Migrations, State, Sovereignty and Human Rights: open legal issues*” di cui sono *Principal Investigator* e si muove anche nell'esercizio della delega alle pari opportunità conferitami dal Magnifico Rettore di UNISA.

L'oggetto della ricerca è costituito dal delicato tema della violenza rispetto alle donne migranti, alla luce del collegamento violenza/genere/migrazioni ed è analizzato mediante una riflessione collettanea su questioni giuridiche che, in alcuni casi, continuano a non essere sufficientemente esplorate. Risulta auspicabile, dunque, da un lato, la (più possibilmente compiuta) definizione dell'entità del fenomeno e delle sue specificità; dall'altro, l'opzione metodologica a favore di una disamina “integrata” e, il più possibile, *gender oriented* degli strumenti normativi esistenti anche alla luce delle soluzioni giurisprudenziali profilate.

* Ordinario di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Salerno. Indirizzo e-mail: adistasi@unisa.it

Il *network* multidisciplinare che ha realizzato tale opera ha posto plurime competenze e sensibilità giuridiche, metagiuridiche e non giuridiche al servizio della lettura critica ed evolutiva di un fenomeno multidimensionale che, per sua natura, tende a sfuggire a rigidi steccati disciplinari. Ne è derivata un'opera di taglio giuridico, connotata da una prevalenza dei profili internazionalistici ed europei, senza che questo escluda la disamina di importanti questioni di carattere comparatistico e penalistico, e che risulta integrata per effetto dell'apporto dei contributi di specialisti di aree culturali non giuridiche (quali la sociologia e la statistica).

Come è ben noto la Commissione delle Nazioni Unite per i Diritti Umani ha riconosciuto, da tempo, il nesso intercorrente tra violenza di genere e discriminazione, sottolineando nella Risoluzione 2003/45 che "tutte le forme di violenza contro le donne si verificano nel contesto della discriminazione *de jure* e *de facto* contro le donne e dello *status* inferiore accordato alle donne nella società e sono esacerbate dagli ostacoli che le donne spesso incontrano nel cercare rimedi dallo Stato".

Orbene è risaputo che, nell'esperienza migratoria femminile, il genere sia suscettibile di poter costituire un fattore di "svantaggio" quando concorre ad aumentare la vulnerabilità dei soggetti migranti accentuando il rischio di subire violenze, talora funzionali alla instaurazione di situazioni di grave sfruttamento nei settori del lavoro sessuale, così come di quello del lavoro domestico o dei servizi alla persona ma anche del lavoro industriale e agricolo. Invero, da un lato, le migrazioni possono costituire un'opportunità unica per poter realizzare, mediante l'allontanamento dal paese di origine, percorsi individuali tesi al conseguimento dell'autosufficienza economica e/o dell'autonomia personale; al tempo stesso, quando esse rappresentano un elemento di accresciuto rischio, suscettibile di rendere ancora più vulnerabili le donne coinvolte, rendono indispensabile la piena applicazione ed eventualmente l'interpretazione *gender-sensitive* di un insieme di strumenti di Diritto internazionale, europeo e nazionale al fine di garantire, ma anche di prevenire e reprimere, un complesso di violazioni dei diritti umani.

Costituisce, infatti, un dato ormai consolidato la configurabilità di un rapporto intercorrente tra vulnerabilità e migrazioni laddove l'incidenza del genere potrebbe configurare una doppia vulnerabilità per le donne in quanto tali e in quanto migranti. Al tempo stesso le norme sull'immigrazione, nella loro tendenziale neutralità e indifferenza rispetto al genere, sono suscettibili di creare fattori forieri di determinare discriminazioni o possono, esse stesse, produrre direttamente discriminazioni.

Donne, quindi, come soggetti (potenzialmente se non probabilmente) vulnerabili laddove, a fronte del crescente richiamo alla vulnerabilità – nelle sue varie declinazioni – nel Diritto internazionale ed europeo dei diritti umani nonché nella prassi giurisprudenziale, tale nozione, sotto il profilo giuridico, continua a conservare una sua indeterminatezza che ne rende non agevole la verifica *case by case*. Il tutto laddove, invece, l'incidenza “virtuosa” di questioni di genere sulla disciplina migratoria potrebbe tradursi nell'utilizzo, in senso sostanziale ma anche procedurale, di tale nozione quale fattore di abbassamento della soglia occorrente per integrare la violazione di un obbligo internazionale, quale strumento per consentire il potenziamento di un obbligo positivo di protezione o, infine, ai fini della configurazione di un obbligo “qualificato” di protezione, nel quadro di una, per così dire, *due diligence* qualificata.

Il volume declina il tema dell'indagine lungo una doppia direttrice che si riflette nelle due sezioni in cui si articola l'opera: quella relativa alla violenza esercitata contro le donne nei Paesi di origine che assurge a fattore di migrazione “forzata” e quella relativa alla violenza di cui possono essere vittime le donne (tanto migranti “volontarie” che migranti “forzate”) nei Paesi di destinazione con un particolare (ancorché non esclusivo) *focus* dedicato al nostro Paese. La circolarità dei fenomeni trattati impedisce di creare una netta separazione tra i due piani di indagine ricostruttivi che si intersecano anche con le delicate problematiche che riguardano il *viaggio* delle donne migranti, dai paesi di origine fino a quelli di accoglienza, e le sue, non infrequenti, criticità. Inoltre le donne migranti possono risultare caratterizzate da una cd. vulnerabilità intersezionale in ragione della eventuale coesistenza di

diversi fattori che, sommandosi, contribuiscono al formarsi di un grado di vulnerabilità maggiore o comunque peculiare e distinto da quello di altri individui o gruppi che pure, per alcuni specifici fattori o per determinate caratteristiche, sono vulnerabili.

Nello specifico la prima sezione si sofferma su alcune pratiche che, in omaggio a forme di condizionamento religioso e culturale, concretizzano forme gravi di violenza e, sovente, sistematiche contro le donne e talora le bambine (matrimoni forzati, mutilazioni genitali femminili, sterilizzazioni forzate, ecc.) e risultano idonee a giustificare migrazioni “forzate” e a legittimare il ricorso a forme di protezione internazionale fino al punto di potersi prefigurare l’attribuzione dello *status* di rifugiato. In tale sezione diventano oggetto di peculiare approfondimento alcuni contesti regionali che, seppure per ragioni non sovrapponibili, appaiono particolarmente critici (l’Afghanistan, l’Iran, la Libia e l’Ucraina). Ma in tale sezione vengono analizzate anche le problematiche legate alle violazioni particolarmente gravi dei diritti umani quali il traffico di esseri umani e la riduzione in schiavitù nonché i crimini di sfruttamento e abuso sessuale commessi nei campi profughi; il tutto senza dimenticare le questioni giuridiche legate alla legittimità del divieto di indossare il velo islamico e quelle riconducibili al complesso rapporto tra migrazioni e cambiamenti climatici, declinato alla luce di una prospettiva di genere. La sezione risulta arricchita da un contributo dedicato alla disamina critica dei dati statistici, disaggregati per sesso e per età, nella direzione indicata dalla Dichiarazione di New York sui rifugiati e migranti del 2016 e dal *Global Compact* per le migrazioni.

La seconda sezione approfondisce le conseguenze giuridiche delle lesioni dei diritti delle donne migranti nei paesi di destinazione, alla luce degli strumenti del Diritto internazionale e del Diritto dell’UE e delle prospettive evolutive (si pensi, *inter alia*, alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio presentata dalla Commissione dell’UE l’8 marzo 2022 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica). In essa vengono analizzate, anche dal punto di vista sociologico, forme particolarmente gravi di violenza contro le donne quali la tratta a scopo di sfruttamento sessuale ma anche la cd. di-

scriminazione intersezionale e il contrasto ai reati generati dall'odio contro le donne. Risultano oggetto di particolare approfondimento alcuni diritti quale quello alla salute, nella sua declinazione internazionalistica e costituzionalistica nonché quello al rilascio dei documenti come strumento per garantire l'effettività di determinati diritti fondamentali. Ampio spazio è dedicato all'analisi della giurisprudenza con particolare riferimento a quella della Corte di Strasburgo nei casi di violenza domestica e, più in generale, di garanzia dei diritti delle donne migranti nonché a quella della Corte di giustizia (con specifica attenzione al velo islamico e alle discriminazioni sul luogo di lavoro) e della Corte di Cassazione nei giudizi per la protezione internazionale. La violenza di genere riceve un approfondimento alla luce di un approccio comparatistico mentre essa, con specifico riferimento alla violenza domestica, risulta oggetto di un'analisi di politica criminale sotto la lente della cd. legalità reticolare. Non manca una disamina del collegamento tra donne migranti e rilevanza penale del fattore culturale in ambito internazionale, europeo e nazionale e un approfondimento di alcuni aspetti problematici relativi agli immigrati di seconda generazione "oltre il rischio della criminalizzazione". Ulteriore tema trattato – che si caratterizza per una sua spiccata specificità – è quello del rapporto tra la dimensione di genere e il cd. trauma emotivo vicario nel lavoro con i rifugiati. La seconda sezione è arricchita infine, quale caso di studio, dalla disamina della normativa e della giurisprudenza rilevante nell'ordinamento tedesco.

Nell'opera l'assunzione di una prospettiva di genere, quale prisma attraverso cui leggere o rileggere alcuni istituti e norme del Diritto internazionale ed europeo delle migrazioni internazionali, lungi dal semplificarne la trattazione, sembra far emergere significativi elementi di distonia legislativa e non trascurabili oscillazioni giurisprudenziali.

I ventotto contributi contenuti nelle due sezioni evidenziano, invero, un quadro normativo, a livello internazionale, europeo e nazionale, articolato. Esso registra la coesistenza e talora la non felice intersecazione di fonti relative, da un lato, alla tutela delle donne e, dall'altro, di strumenti in materia di tutela dei migranti, eventualmente suscettibili di una auspicabile interpretazione in senso *gender sensitive* (si pensi

alla “neutralità” della nozione di rifugiato contenuta nell’art. 1 della Convenzione internazionale di Ginevra del 1951) anche alla luce di un approccio intersezionale alla vulnerabilità fondato sull’utilizzo di diversi e complementari strumenti normativi.

Tale quadro di norme annovera fonti di *soft law* quali quelle prodotte dal Comitato delle Nazioni Unite sull’eliminazione delle discriminazioni contro le donne (CEDAW Committee) o dal Comitato sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e le loro famiglie (*Migrant Workers Committee*) o quali le risoluzioni e raccomandazioni dell’Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa. Ad esse – che si connotano per un apporto ancora residuale rispetto alla prevenzione e repressione della cd. doppia vulnerabilità delle donne migranti – si affiancano fonti di *hard law*. Queste ultime consistono, in particolare, in una serie di accordi internazionali a vocazione universale o tendenzialmente universale (il Patto internazionale sui diritti civili e politici e il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, la Convenzione internazionale sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale del 1965, la Convenzione sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne del 1979, la Convenzione delle Nazioni Unite sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne del 1979 nonché la IV Convenzione di Ginevra relativa alla protezione dei civili in tempo di guerra del 1949 e lo Statuto della Corte penale internazionale del 2002) ma anche a carattere regionale. Escludendo di soffermarsi su importanti atti, adottati in altri contesti regionali, quali la Convenzione di Belém do Pará sulla violenza contro le donne adottata nel 1994 in cui si fa espresso riferimento alla vulnerabilità delle donne migranti, rifugiate e sfollate basti citare, per l’Europa, la Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali del 1950, la Convenzione del Consiglio d’Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani del 2005, la Convenzione del Consiglio d’Europa sulla protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali del 2007, senza escludere le possibili incidenze di un *bill of rights* di nuova generazione quale la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea).

Tra tutte le fonti internazionali richiamate acquisisce una spiccata (e per certi versi prevedibile) centralità, nell’economia del presente vo-

lume, la Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica. Una convenzione che può essere considerata il più importante strumento internazionale – adottato nel contesto di un'organizzazione regionale – contenente norme che prevedono in capo agli Stati che l'hanno ratificata l'obbligo di adottare disposizioni interne volte a prevenire la violenza di genere, inclusa quella domestica, a proteggere le vittime e a punire i responsabili. Essa ha registrato peraltro, nella recentissima attualità, l'adesione dell'Unione europea – a cui ha fatto seguito un Codice di condotta che stabilisce le disposizioni interne relative all'esercizio dei diritti e l'adempimento degli obblighi ai sensi della Convenzione medesima – che, alla luce dell'auspicio formulato dal Parlamento europeo, potrebbe “essere considerata una norma minima” atta a fornire all'Unione l'ispirazione per compiere “ulteriori progressi per eliminare la violenza di genere e domestica”.

Centrale nello sviluppo del volume è stato il rapporto tra dato normativo e prassi giurisprudenziale, sovente foriera di soluzioni rispetto a questioni giuridiche ancora aperte anche mediante il richiamo alla contemporanea sussistenza di vari obblighi internazionali con l'obiettivo di apportare una tutela accresciuta e più effettiva. In particolare, l'esame della giurisprudenza internazionale (specialmente quella della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia) e nazionale (in specie quella della Corte di Cassazione) ha evidenziato molteplici potenzialità nel superamento di una classica configurazione neutra del tema oggetto della trattazione alla luce di una serie di orientamenti in senso *gender oriented*.

La ricerca condotta nell'opera si è fondata sulla consapevolezza che la (sempre) delicata gestione del fenomeno migratorio, accresciuta dalla peculiare condizione di vulnerabilità di soggetti quali le donne (ma anche i minori, soprattutto quelli non accompagnati e le persone LGBT), continui a rappresentare un fattore di forte criticità per gli Stati europei *uti singuli* e per l'Unione europea nel suo complesso oltre che per le altre organizzazioni internazionali e una “sfida” complessiva per la piena garanzia dei diritti umani e l'effettività delle tutele.

Tenuto conto poi che le migrazioni internazionali creano anche una serie di effetti all'interno degli ordinamenti giuridici, nella misura in cui coinvolgono molteplici soggetti e "attori" internazionali (Stati, gruppi di Stati, organizzazioni internazionali, organizzazioni non governative, individui, ecc.), il volume ha cercato di rinvenire le risposte alle molteplici questioni aperte anche nei segmenti di "intersecazione" degli ordinamenti nazionali con quello dell'Unione europea e con quello internazionale. Nei primi, come testimonia l'ordinamento italiano, le innovazioni legislative evidenziano singolari coincidenze temporali rispetto al contesto internazionale ed europeo o perché trattasi di atti di ratifica ed esecuzione di convenzioni internazionali (cito, tra tutte, la legge 27 giugno 2013 n. 77 di ratifica ed esecuzione della già citata Convenzione di Istanbul) o perché trattasi della trasposizione di atti di diritto dell'UE (penso al decreto legislativo del 4 marzo 2014 n. 24 di attuazione della direttiva 2012/29/UE del Parlamento e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti assicurati e di protezione delle vittime) o, infine, perché trattasi di provvedimenti che, in senso lato, si inquadrano come risposta ordinamentale a pronunce della Corte europea di Strasburgo di condanna del nostro Paese (v. la Legge 19 luglio 2019 n. 69, "Codice rosso" che, oltre che considerarsi nella linea della Convenzione di Istanbul, può rappresentare una sorta di *follow up* rispetto al caso *Talpis*).

In definitiva e senza voler anticipare i profili conclusivi che emergeranno nei singoli contributi, sembra si possa rilevare che le questioni giuridiche riconducibili al tema della violenza contro le donne migranti, risultino, a prescindere dai contesti geo-politici e soprattutto etnico-culturali di riferimento, in parte sovrapponibili, in parte non sovrapponibili in ragione della dissimile incidenza di identità culturali e pratiche regionali specifiche che continuano a rappresentare una minaccia rispetto alla piena universalizzazione dei diritti umani e alla compiuta tutela dei soggetti più vulnerabili (quali sovente rappresentano le donne). Invero se la circolazione dei modelli culturali, il rapporto tra "statuti" statuali e "statuti" pluri o sovra-statali in materia di diritti umani potrebbero condurre verso forme di riduzione delle inconciliabilità tra culture giuridiche diverse, il collegamento tra le migrazioni e le forme di violenza di genere che riguardano le donne migranti continua

drammaticamente a evidenziare la difficile realizzazione del Principio della “*humanité une*” (secondo, *inter alia*, la Dichiarazione UNESCO sulla razza e i pregiudizi razziali del 1978).

L’auspicio è che la riflessione condotta in questo volume – che non ha la pretesa di esaurire le molteplici facce di un prisma complesso – possa contribuire a consolidare un approccio alla tutela delle donne migranti “*vulnerability-based*”, fondato su di un’adeguata valutazione della dimensione individuale e di gruppo della loro vulnerabilità (ed eventualmente della loro doppia vulnerabilità) e atto a profilare soluzioni idonee a colmare le lacune esistenti negli strumenti normativi vigenti in una prospettiva *human rights based* di effettività, equità e di rafforzamento delle attuali garanzie.

INTRODUCTION

MIGRANT WOMEN AND GENDER-BASED VIOLENCE IN THE INTERNATIONAL AND EUROPEAN LEGAL FRAMEWORK

*Angela Di Stasi**

This book is the result of a cultural project conceived by a number of lecturers from the Universities of Salerno and La Sapienza (Rome), and widely shared among scholars from Italian and foreign universities, research institutions, and legal practitioners. It is part of, and related to, the research activities promoted by the 2017 PRIN project “International Migrations, State, Sovereignty and Human Rights: Open Legal Issues” of which I am principal investigator and also as University of Salerno Rector’s Delegate for Equal Opportunities.

The research is dedicated to the sensitive issue of violence against migrant women in the light of the relationship among violence, gender, and migration, analysed through a collective reflection of the legal issues, which in some cases are still not adequately dealt with. It is therefore desirable, on the one hand, to fully define the scope of the phenomenon and its specificities and, on the other hand, to examine, also in the light of the jurisprudence, the legal instruments in favour of an “integrated” and, as far as possible, a gender-sensitive approach.

The multidisciplinary network that has produced this work brought together a wide range of legal, meta-legal, and non-legal competences and sensibilities to provide a critical and evolutionary reading of a multidimensional phenomenon that by its very nature tends to elude rigid disciplinary boundaries. The resulting work takes a legal

* Full Professor of International and European Union Law, University of Salerno. E-mail address: adistasi@unisa.it

perspective focused on international and European issues, including important aspects of comparative and criminal law, but also enriched by the contributions of experts from non-legal cultural fields, such as sociology and statistics.

As known, the United Nations Commission on Human Rights has long recognised the link between gender-based violence and discrimination, stressing in Resolution 2003/45 that “all forms of violence against women occur within the context of *de jure* and *de facto* discrimination against women and the lower status accorded to women in society and are exacerbated by the obstacles women often face in seeking remedies from the State”.

Also common knowledge is that gender can be a “disadvantageous” factor in women’s migration, contributing to the vulnerability of migrants, increasing the risk of being subjected to violence, and sometimes leading to situations of serious exploitation in sex work, domestic work, and personal services, but also in industrial and agricultural work. On the one hand, migration can be a unique opportunity for people to leave their country of origin to pursue individual paths towards economic independence and/or personal autonomy. On the other hand, when it constitutes an element of increased risk that is likely to make the women involved even more vulnerable, it is essential to fully apply and interpret, in a gender-sensitive approach, a series of instruments of international, European, and national law to guarantee their human rights, but also to prevent and repress violations thereof.

Indeed, the relationship between vulnerability and migration has long been recognised where gender may constitute a double vulnerability for women as such and as migrants. At the same time, in their tendency towards neutrality and indifference to gender, immigration laws are prone to creating factors that can lead to discrimination, or are themselves directly discriminatory.

Thus, women are – potentially if not probably – vulnerable subjects, even if, given the increasing reference to vulnerability in its various permutations in international and European human rights law, as

well as in legal practice, this concept retains legal vagueness, which makes it difficult to verify on a case-by-case basis. Conversely, the impact of gender issues on migration law may have positive implications in that the use of this concept could lead to a lowering of the threshold necessary to include the violation of an international obligation, as a tool to strengthen the positive protection obligation, and for the purposes of establishing a “qualified” protection obligation within the framework of a what could be called qualified due diligence.

This volume examines the topic along two lines of inquiry reflected in the two sections into which the work is divided. The first deals with violence against women in their countries of origin, which becomes a factor of “forced” migration, while the second concerns violence that women (both “voluntary” or “forced” migrants) can suffer in the countries of destination, with a particular (albeit not exclusive) *focus* on Italy. The circularity of these phenomena prevents a clear distinction between the two reconstructive levels of investigation, which also intersect with delicate issues related to the journey of migrant women, from their countries of origin to the host countries, and the often critical aspects that manifest. Furthermore, migrant women may be characterized by a so-called intersectional vulnerability due to the possible coexistence of various vulnerability factors which, added together, contribute to the formation of a greater or in any case peculiar and distinct degree of vulnerability from that of other individuals or groups who, due to some specific factors or certain characteristics, are also vulnerable.

Specifically, the first section focuses on certain practices that, due to religious and cultural conditioning, determine serious and often systematic forms of violence against women and sometimes children (such as forced marriage, female genital mutilation, forced sterilization, among others), and are sufficient to justify “forced” migration and legitimise forms of international protection, even to the point of determining refugee status. In this section, a number of regional contexts are analysed in depth, namely Afghanistan, Iran, Libya and Ukraine, which for different reasons appear to be particularly critical. This section also analyses issues related to particularly serious viola-

tions of human rights, such as human trafficking and enslavement, as well as crimes of sexual exploitation and abuse committed in refugee camps, without forgetting the legal issues related to the legitimacy of the ban on wearing the Islamic veil and those related to the complex relationship between migration and environmental change, analysed from a gender perspective. The section is enriched by a contribution dedicated to a critical examination of statistical data, disaggregated by gender and age, in line with the 2016 New York Declaration on Refugees and Migrants and the Global Compact for Migration.

The second section explores the legal consequences of violations of migrant women's rights in destination countries in light of the international and EU legal instruments and emerging perspectives (for example, the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating violence against women and domestic violence presented by the Commission on 8 March 2022). This section then analyses particularly serious forms of violence against women also from a sociological point of view, such as trafficking for the purpose of sexual exploitation, but also so-called intersectional discrimination and fighting hate crimes against women. Special attention is dedicated to certain rights, such as the right to health, considered in its constitutional and international dimension, and the right to documents as a means of guaranteeing the effectiveness of certain fundamental rights. Much space is devoted to the analysis of case law, with particular reference to that of the European Court of Human Rights in cases of domestic violence, and more generally, the guarantee of the rights of migrant women, as well as that of the Court of Justice (with particular reference to the Islamic veil and discrimination in the workplace) and the Italian Court of Cassation in judgements on international protection. Gender-based violence is examined in depth from a comparative perspective, while domestic violence is the subject of a criminal policy analysis from the perspective of so-called networked legality. Due attention is also given to the relationship between migrant women and the criminal relevance of the culture factor in the international, European, and national context, as well as an in-depth examination of some critical aspects concerning second-generation migrants "beyond the risk of criminalisation". Another very specific issue addressed is that of

the link between the gender dimension and the so-called vicarious trauma related to the case of working with refugees. Finally, the section is enriched by an analysis of relevant German legislation and case law.

In this work, the gender perspective is the prism through which to read or re-read some of the institutions and norms of international and European law on international migration, which far from simplifying the subject seems to bring out significant elements of legislative distortions and not insignificant jurisprudential oscillations.

Indeed, the twenty-eight contributions included in the two sections reveal an articulated legal framework at the international, European, and national level. It reflects the coexistence and in part the overlapping of sources relating to the protection of women on the one hand, and instruments for the protection of migrants on the other hand, possibly susceptible to a desired interpretation from a gender-sensitive perspective (consider the “neutrality” of the refugee concept in Art. 1 of the 1951 Geneva Convention) also in the light of an intersectional approach to vulnerability based on the use of different and complementary regulatory instruments.

This regulatory framework includes sources of soft law, such as the United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW Committee), the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (Migrant Workers Committee), and the resolutions and recommendations of the Council of Europe Parliamentary Assembly. These sources – still characterised by a residual contribution to preventing and repressing the so-called double vulnerability of migrant women – are complemented by hard law sources. In particular, the latter consist of a series of international agreements with a universal or tendentially universal vocation (such as the International Covenant on Civil and Political Rights and International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 1966, the International Conventions on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination of 1965, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women of 1979, the Fourth Geneva Convention relative to the Protection of Ci-

vilian Persons in Time of War of 1949, and the 1998 Statute of the International Criminal Court), but also of a regional nature. Excluding to recall important acts, adopted in other regional contexts such as the Belém do Pará Convention on violence against women adopted in 1994 in which express reference is made to the vulnerability of migrant, refugee and displaced women, it is sufficient to mention, for Europe, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950, the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings of 2005, the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse of 2007, without excluding the potential impact of a “new generation bill of rights” such as the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Of all the international sources referred to, the Istanbul Convention of the Council of Europe on preventing and combating violence against women and domestic violence acquires a marked (and in some ways predictable) centrality in the economy of this volume. A Convention that can be considered the most important international instrument – adopted in the context of a regional organization – containing provisions that oblige States that have ratified it to adopt internal provisions to prevent not only gender-based but also domestic violence, to protect the victims, and to punish the perpetrators. Indeed, the European Union has recently acceded to the Convention, – followed by a Code of Conduct laying down the internal arrangements regarding the exercise of the rights, and the fulfilment of the obligations under this Convention – which, in the words of the European Parliament, should “be regarded as a minimum standard” that will inspire the Union “to make further progress towards the elimination of gender-based and domestic violence”.

Central to the development of this book is the relationship between legislation and case law, often a harbinger of solutions to unresolved legal issues also through the reference to the simultaneous existence of various international obligations in order to provide a greater and more effective protection. In particular, the examination of international jurisprudence (especially that of the European Court of Human Rights and the Court of Justice) and national jurisprudence (in

particular that of the Italian Court of Cassation) reveals multiple potentialities for overcoming the classic neutral configuration of the issue in light of a series of gender-oriented guidelines.

The research carried out in this book is based on the awareness that the (always) delicate management of the migration phenomenon, aggravated by the particular state of vulnerability of women (but also minors, especially if unaccompanied, as well as LGBT people) continues to be an extremely critical factor for each European State and for the European Union as a whole, as well as for other international organizations, and a general “challenge” for the full guarantee of human rights and their effective protection.

Moreover, considering that international migration also has a series of effects within national legal systems, insofar as it involves multiple subjects and international actors (States, groups of States, international organizations, non-governmental organizations, and individuals, among others), this volume has attempted to find answers to many open questions also at the intersection of national legal systems with those of the European Union and international legal systems. Within the former, as the Italian legal system testifies, legislative innovations highlight singular temporal coincidences with respect to the international and European context, either because they are acts of ratification and implementation of international Conventions (among others, Law no. 77 of 27 June 2013 on the ratifications and implementation of the aforementioned Istanbul Convention), or because they concern the transposition of acts of European Union law (such as Legislative Decree no. 24 of 4 March 2014 implementing Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support, and protection of victims of crime), and finally, because they deal with measures that, in a broad sense, are designed as a legal response to the rulings of the Strasbourg Court condemning Italy (Law no. 69 of 19 July 2019, so-called “Codice rosso”, which in addition to being considered in line with the Istanbul Convention, may represent a kind of follow-up to the *Talpis* case).

In summary, and without wishing to anticipate the final remarks that will emerge from the individual contributions, it would seem that the legal issues related to violence against migrant women – regardless of the geopolitical and particularly the ethno-cultural contexts of reference – are partly overlapping and partly not, due to the different incidences of cultural identity and specific regional practices, which continue to pose a threat to the complete universalisation of human rights and the full protection of the most vulnerable, who are often women. Indeed, if in the circulation of cultural models, the relationship between national “statutes” and multi- or supranational “statutes” on human rights could lead to reducing the incompatibility between different legal cultures, the link between migration and forms of gender-based violence affecting migrant women continues to dramatically highlight the difficulty of realising the principle of “one humanity” (according to, *inter alia*, the UNESCO Declaration on Race and Racial Prejudice of 1978).

The hope is that the analyses and reflections presenting in this volume – without claiming to exhaust the multiple facets of a complex prism – will contribute to the consolidation of a vulnerability-based approach to the protection of migrant women, according to an adequate assessment of the individual and collective dimensions of their vulnerability (and possibly of their double vulnerability), and capable of outlining solutions to fill the gaps in existing legal instruments from a human rights-based perspective with regard to the effectiveness, fairness, and strengthening of existing guarantees.

I SEZIONE/PART I

**DONNE VITTIME DI VIOLENZA NEL PAESE DI ORIGINE
WOMEN VICTIMS OF VIOLENCE IN THE ORIGIN
COUNTRY**

LE RADICI ETNICHE E CULTURALI
DELLA VIOLENZA DI GENERE:
UN APPROCCIO DI DIRITTO INTERNAZIONALE

*Silvia Angioi**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Violenza di genere e determinanti sociali. – 3. L'interazione tra norme sociali e norme giuridiche in alcuni contesti etnoculturali: tra radicamento della violenza di genere e tentativi di contrasto. – 4. La rilevanza del fenomeno della violenza di genere in alcuni gruppi di popolazione: minoranze e popolazioni indigene. – 5. Violenza di genere e connotazione etnoculturale, tra assenza di uno strumento universale vincolante, ruolo delle norme e contributo degli organi di controllo. In particolare, il Comitato CEDAW. – 6. Gli strumenti regionali sulla violenza di genere: norme applicabili... – 7. *Segue*: ...e ruolo delle Commissioni e delle Corti. – 8. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Che la violenza di genere sia fenomeno complesso, alimentato da una pluralità di fattori, è certo. È altrettanto certo che fra tali fattori, quelli di natura etnoculturale svolgono un ruolo determinante. In alcuni contesti, infatti, l'interazione tra sistema normativo, cultura, tradizioni, consuetudini, religione, crea un particolare innesto in cui norma giuridica e norma sociale si combinano e contribuiscono a consolidare e perpetuare, a danno della donna, modelli di subordinazione, discriminazione e dunque violenza. L'obiettivo della presente indagine è quello di verificare in che modo le norme internazionali – tenuto conto dell'assenza di uno strumento universale vincolante, specificamente dedicato alla violenza di genere – possono contribuire a contrastare il fenomeno, specie nei casi in cui la violenza si radica in un peculiare substrato etnoculturale. Se questo è l'obiettivo, occorrerà verifica-

* Associato di Diritto Internazionale, Università degli Studi di Sassari. Indirizzo e-mail: asangioi@uniss.it

re, innanzitutto, in che modo l'interazione cui si è fatto riferimento, tra norma sociale e norma giuridica – che è quanto dire tra comportamento sociale e norme vigenti nell'ordinamento – contribuisce ad attivare e alimentare il fenomeno della violenza; occorrerà poi stabilire se, là dove il fenomeno si produce, questo assuma un carattere trasversale ovvero sia presente in misura maggiore in alcuni specifici gruppi di popolazione, quali minoranze etniche e popolazioni indigene. Una volta ricostruito il quadro di riferimento, sarà poi possibile verificare quali siano le norme internazionali applicabili, tenuto conto, come sopra rilevato, dell'assenza di uno strumento universale vincolante in materia di violenza di genere. Ciò consentirà di evidenziare come da un lato, sul piano universale alcune norme, in materia di diritti umani e in particolare quelle contenute nella Convenzione sull'eliminazione delle discriminazioni nei confronti della donna (CEDAW), abbiano potuto e possano rappresentare la possibile base giuridica di riferimento per contrastare il fenomeno della violenza di genere, compreso quel tipo di violenza che si può definire connotata da un punto di vista etnoculturale. Dall'altro lato, si potrà evidenziare come sul piano regionale questa azione di contrasto poggi invece sulla presenza di strumenti specificamente dedicati che, per essere espressione dei particolari contesti nei quali sono stati concepiti, testimoniano di una più evidente consapevolezza circa il ruolo che i fattori di tipo etnoculturale svolgono rispetto alla diffusione e al radicamento della violenza. È un approccio, quello regionalistico, che offre indicazioni utili circa il modo in cui la norma internazionale debba essere concepita qualora si voglia intervenire non solo sul fenomeno, ma sulle cause che lo originano. Nella ricostruzione del quadro di riferimento si terrà conto altresì del ruolo svolto dagli organi di controllo sulle violazioni dei diritti umani istituiti sia a livello universale – in particolare il Comitato sull'eliminazione delle discriminazioni nei confronti della donna istituito dalla omonima convenzione (d'ora in avanti Comitato CEDAW) – sia a livello regionale: l'attività di tali organi si è rivelata essenziale non solo perché attraverso l'attività di interpretazione ha colmato, e colma tutt'ora laddove vi sia, il vuoto normativo, ma soprattutto perché ha contribuito e contribuisce alla continua evoluzione del sistema normativo nel settore in esame.

2. *Violenza di genere e determinanti sociali*

Il tema della violenza di genere – intesa la locuzione nel significato che ad essa è dato da alcuni strumenti internazionali di riferimento¹ – e delle diverse manifestazioni che il fenomeno assume, rimanda necessariamente ad un insieme di determinanti, cioè di fattori che in diverso modo contribuiscono ad alimentarla.

Accanto ed oltre la definizione concettuale di violenza, rileva innanzitutto il fatto, apparentemente scontato, che – come ha evidenziato il Comitato CEDAW – questo tipo di violenza è diretto contro la donna “perché è donna”². Rileva altresì il fatto che la violenza è strumentale rispetto alla perpetuazione di un modello di strutturale subordinazione della donna rispetto all’uomo³ e lo è sotto due profili. Da un lato, la violenza è uno strumento attraverso cui quel modello di strutturale subordinazione si perpetua; dall’altro è anche, al contempo, la conseguenza della persistenza e del radicamento di quel medesimo modello di relazioni nel contesto sociale.

È un dato, quest’ultimo, che fa emergere la dimensione sociale piuttosto che individuale del fenomeno. In questo senso, anche il concetto di *gender* – come ancora rileva il Comitato CEDAW – è un costrutto di tipo sociale e culturale che serve ad attribuire ad uomini e donne ruoli e posizioni differenti che però molto spesso si traducono in un sistema di relazioni gerarchiche e in una ineguale distribuzione

¹ Si fa riferimento alla Dichiarazione delle Nazioni Unite sull’eliminazione della violenza nei confronti delle donne (UNGA Res. 48/104, 20 dicembre 1993, art. 1), alla Convenzione di Istanbul, adottata nel 2011 nell’ambito del Consiglio d’Europa (art. 3a) e alla Convenzione di Belém do Pará, adottata nel quadro dell’OSA nel 1994 (art. 1). L’art. 1 della Dichiarazione delle Nazioni Unite contiene una definizione, poi ripresa anche dagli altri due strumenti menzionati, secondo la quale “*the term violence against women means any act of gender-based violence that results in, or is likely to result in, physical, sexual or psychological harm or suffering to women, including threats of such acts, coercion or arbitrary deprivation of liberty, whether occurring in public or in private life*”.

² Comitato CEDAW, *General Recommendation n. 19, Violence against women*, 1992, UN GAOR, A/47/38.

³ Comitato CEDAW, *General Recommendation n. 19*, cit.

del potere, si dà da porre l'uomo in una condizione di superiorità rispetto alla donna⁴. Questa struttura delle relazioni appare fortemente condizionata da fattori di tipo culturale, sociale, religioso e ideologico che assumono connotazioni variabili a seconda del contesto nel quale si producono⁵.

In un rapporto pubblicato ormai nel lontano 2002, e dedicato alle pratiche culturali messe in atto in ambito familiare, che integrano forme di violenza contro donne e ragazze, l'allora *Special Rapporteur* delle Nazioni Unite sulla violenza contro le donne, Radhika Coomaraswamy, aveva posto l'accento sul ruolo che cultura e religione (intesa quest'ultima come espressione della cultura di appartenenza) svolgono nell'orientare il comportamento sociale, attribuire ruoli e favorire modelli di subordinazione. Aveva altresì posto in rilievo come tali modelli attecchiscano nell'ambito di strutture sociali e familiari di stampo patriarcale⁶, poco permeabili nei confronti delle istanze di cambiamento e di affermazione del principio della parità di genere⁷. La presenza di strutture sociali patriarcali e maschiliste è all'origine, dunque, non solo

⁴ Comitato CEDAW, *General recommendation n. 28, on the Core Obligations of the State Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, CEDAW/C/GC/28, 2010, par. 5.

⁵ Cfr. R. MANJOO, *The Continuum of Violence Against Women and the Challenges of Effective Redress*, in *International Human Rights Law Review*, 2012, n. 1, p. 1 ss.; S. B. FAKUNMOJU, F.O. BAMMEKE, *Gender-Based Violence Beliefs and Stereotypes: Cross-Cultural Comparison Across Three Countries*, in *International Journal of Asian Social Science*, 2017, n. 7, pp. 738-753; E. STORKEY, *Scars Across Humanity. Understanding and Overcoming Violence Against Women*, 2018; T. ZINIAKOVA, *Gender-Based Violence in International Human Rights Law: Evolution Towards a Binding Post-Binary Framework*, in *William & Mary Journal of Race, Gender, and Social Justice*, 2020-2021, n. 3, pp. 709-762.

⁶ Inteso il termine patriarcale – così come si ricava dall'analisi condotta nel campo delle scienze sociali – come un “*historical and social system of male dominance over women*” (così C.A. CRITTENDEN, E.M. WRIGHT, *Predicting patriarchy: Using individual and contextual factors to examine patriarchal endorsement in communities*, in *Journal of Interpersonal Violence*, 2013, n. 6, p. 1268), ovvero come un un “*system of social structure and practices in which men dominate, oppress and exploit women*” (così S. WALBY, *Theorising Patriarchy*, in *Sociology*, 1989, n. 2, p. 214).

⁷ Commission on Human Rights, Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. RADHIKA COOMARASWAMY, *Cultural practices in the family that are violent towards women*, E/CN.4/2002/83, 31 gennaio 2002.

di meccanismi e modelli di subordinazione, ma altresì della persistenza di pratiche che integrano forme di violenza considerate “normali” e/o giustificate sovente con la necessità di difendere l’onore della donna ma soprattutto della famiglia di provenienza⁸. Da questo punto di vista, la diffusione di quelle che con un’unica locuzione sono solitamente definite *harmful practices*⁹ – prime fra tutte le mutilazioni genitali femminili, ma anche i matrimoni forzati e precoci, l’aborto selettivo e/o l’aborto forzato – è spiegabile alla luce dell’esigenza percepita a livello sociale, culturale e religioso di controllare e regolare i modi di espressione dell’identità femminile, soprattutto per quel che attiene innanzitutto alla sfera della sessualità.

Il nesso tra sistemi patriarcali e violenza di genere assume una valenza centrale: non sorprende dunque che l’esistenza di tale nesso emerga sistematicamente dai rapporti stilati dai diversi *Special Rapporteur* delle Nazioni Unite sulla violenza di genere, in particolare in oc-

⁸ U. NARAYAN, *Dislocating Cultures. Identities, Traditions, and Third-World Feminism*, New York, 1997; G. HUNNICUTT, *Varieties of Patriarchy and Violence Against Women: Resurrecting “Patriarchy” as a Theoretical Tool*, in *Violence Against Women*, 2009 n. 5, pp. 553-573; C.A. CRITTENDEN, E.M. WRIGHT, cit., pp. 1267-1288; G. BARKER, *Male violence or patriarchal violence? Global Trends in Men and Violence*, in *Sexualidad, Salud y Sociedad*, 2016, n. 22, pp. 316-330; A. HADI, *Patriarchy and Gender-Based Violence in Pakistan*, in *European Journal of Social Sciences Education and Research*, 2017, n. 4, pp. 1-8; Y. SIKWEYIYA et. al., *Patriarchy and gender-inequitable attitudes as drivers of intimate partner violence against women in the central region of Ghana*, in *BMC Public Health*, 2020, n. 20, pp. 2-11.

⁹ Una definizione di *harmful practices* è stata data dal Comitato CEDAW e dal Comitato istituito dalla Convenzione sui diritti dell’infanzia nella loro *Joint general recommendation/general comment No. 31 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women and No. 18 of the Committee on the Rights of the Child on harmful practices* (CEDAW/C/GC/31-CRC/C/GC/18, 4 novembre 2014) secondo la quale “*Harmful practices are persistent practices and forms of behaviour that are grounded in discrimination on the basis of, among other things, sex, gender and age, in addition to multiple and/or intersecting forms of discrimination that often involve violence and cause physical and/or psychological harm or suffering. The harm that such practices cause to the victims surpasses the immediate physical and mental consequences and often has the purpose or effect of impairing the recognition, enjoyment and exercise of the human rights and fundamental freedoms of women and children (...)*”.

casione di alcune *country visit*¹⁰, a testimonianza della trasversalità del fenomeno della violenza e della sua generalizzata diffusione. A ben vedere, come è stato osservato, quel substrato culturale e sociale di stampo patriarcale e maschilista che sottende il fenomeno della violenza rappresenta una sorta di minimo comune denominatore, al di là delle specifiche connotazioni culturali e/o sociali che la violenza assume poi in certi particolari contesti¹¹.

In quest'ottica, pare tuttavia significativo il fatto che nei contesti regionali nei quali si è pervenuti all'adozione di specifici strumenti internazionali in materia di lotta alla violenza, da un lato venga evidenziata la persistenza di tali modelli sociali e il ruolo da essi svolto quali determinanti del fenomeno della violenza¹², dall'altro compaia un chiaro riferimento alle particolari forme di violenza diffuse in alcuni contesti; il che rimanda alla presenza di forme di violenza che per quanto siano comunque radicate in quelle medesime strutture patriarcali che costituiscono il denominatore comune, hanno una specifica connotazione etnoculturale¹³.

¹⁰ Da ultimo si veda ad es. *Report of the Special Rapporteur on her mission in: Ecuador*, del 22 maggio 2020, A/HRC/44/52/Add.2; *The Occupied Territory/State of Palestine*, del 14 novembre 2019, A/HRC/35/30/Add.2; *Nepal*, del 19 Giugno 2019, A/HRC/41/42/Add.2; *Sudan*, del 18 aprile 2016, A/HRC/32/42/Add.1; *Afghanistan*, del 12 maggio 2015, A/HRC/29/27/Add.3; *Bangladesh*, del 1 aprile 2014, A/HRC/26/38/Add.2; *India*, 1 aprile 2014, A/HRC/26/38/Add.1.

¹¹ Così YAKIN ERTÜRK (Special Rapporteur on violence against women), *Report on the Intersections Between Culture and Violence Against Women*, del 17 gennaio 2007, A/HRC/4/34.

¹² Oltre alle già citate Convenzioni di Istanbul (Preambolo, art. 12) e Convenzione di Belém do Pará (Preambolo, art. 8), cfr. altresì il Protocollo di Maputo, adottato nell'ambito dell'Unione africana nel 2003, artt. 2 e 4(d).

¹³ In questo senso si veda il rilievo attribuito al concetto di "*harmful practices*" e al problema delle mutilazioni genitali femminili dal Protocollo di Maputo (artt. 1, 2 5).

3. L'interazione tra norme sociali e norme giuridiche in alcuni contesti etnoculturali, tra radicamento della violenza di genere e tentativi di contrasto

Le strutture sociali ed i modelli che si sono descritti sopra si innestano solitamente su uno specifico tessuto giuridico-normativo. Questo fa sì che la norma sociale, intesa quest'ultima come espressione di un modello comportamentale indotto da quelle medesime strutture sociali, e norma giuridica, come prodotto dell'intervento del legislatore positivo, entrino in una reciproca relazione; quest'ultima assume forme diverse e può costituire una condizione di contesto favorevole al diffondersi e al perpetuarsi di forme di violenza.

In alcuni casi la norma giuridica modula e condiziona il comportamento sociale perché stabilisce qual è quello giuridicamente imposto: in questo modo la norma giuridica influisce sulla norma sociale e definisce i modelli relazionali uomo-donna. Ne deriva che nonostante certi modelli relazionali, ma anche certe pratiche, risultino discriminatori ed implicino forme di violenza nei confronti della donna, queste siano considerate lecite perché giuridicamente fondate.

In altri casi, inversamente, la norma giuridica interviene per modificare la norma sociale che impone o prescrive quei comportamenti e pratiche lesivi della dignità e dell'integrità fisica della donna: il loro fondamento si rinviene non nella norma giuridica ma nelle regole proprie del contesto sociale, culturale o religioso.

Gli esempi, riconducibili alle ipotesi sopra descritte sono numerosi. Sotto il primo profilo rilevano ad esempio le norme che in particolari contesti nazionali – è il caso, per esempio, di diversi paesi islamici – definiscono alcune specifiche fattispecie penali, quali il reato di violenza sessuale, o che qualificano come fattispecie a rilevanza penale il rapporto sessuale fuori dal matrimonio mettendolo in relazione sia con il reato di adulterio sia con il reato di “fornicazione”. Il modo in cui la norma è concepita, rende la stessa capace di incidere sulla libertà sessuale e sull'integrità fisica della donna perché legittima e rende anzi obbligatorie pratiche che integrano gravi forme di discriminazione e

violenza¹⁴. *Mutatis mutandis*, in altri contesti – è il caso di numerosi paesi latinoamericani – malgrado le legislazioni penali prevedano norme in materia di stupro, sono le modalità con cui il reato è perseguito e l’atteggiamento degli organi di polizia come degli organi giudiziari, che ha favorito e favorisce la cultura dell’impunità e rende per le vittime difficile ottenere la condanna dei responsabili¹⁵. Altrettanto può dirsi con riferimento alle norme che comminano pene lievi nel caso di delitto d’onore¹⁶, a quelle che criminalizzano l’aborto¹⁷, o fuori dal-

¹⁴ In caso di stupro, la vittima infatti al di là infatti dello stigma sociale di cui sarebbe fatta oggetto per essere stato compromesso il suo onore e quello della sua famiglia, laddove sporgesse denuncia correrebbe il rischio, se dovesse sussistere anche solo il sospetto che l’atto sia stato consensuale e non riuscisse ad addurre prove convincenti relative all’assenza di consenso, di essere lei stessa sottoposta a processo e condannata per avere intrattenuto relazioni sessuali illecite (fornicazione/*zina*). Così è previsto dalla legislazione penale sudanese (artt. 145,146,149); qatarina (artt. 279-286); pakistana (375, 496B); algerina (art. 339); yemenita (art. 263), nonché dalla legislazione penale islamica così come reintrodotta in alcuni Stati del Nord della Nigeria (Kano, Sokoto e Zamfara), (cfr. H. BOURBEAU, M.S. UMAR, P. BAUMAN, *Sbar’ah Criminal Law in the Northen Nigeria*, Dicembre 2019, www.uscirf.gov), nonché nella provincia di Aceh nella parte settentrionale dell’isola di Sumatra (cfr. T. MANN, D. AFRIANTY, *Aceb’s Islamic Criminal Code*, in T. LINDSEY, H. PAUSAKER (eds.), *Crime and Punishment in Indonesia*, Londra, 2020, pp. 507-534). Nell’ipotesi in cui la vittima sia coniugata, la condanna che prevede l’infissione di pene molto severe (flagellazione, carcere, pene pecuniarie), può tramutarsi, secondo quanto previsto da alcune legislazioni, nella condanna alla pena capitale, configurandosi in tal caso il reato non più come fornicazione ma come adulterio. Così il codice penale sudanese, art. 146; quello mauritano, art. 307; quello iraniano, artt. 82-93; quello yemenita, art. 263. A tali disposizioni vanno ad aggiungersi anche quelle che prevedono che nel caso in cui il reo sposi la vittima possa evitare la condanna, privando dunque il reato delle sue stesse connotazioni illecite (così il codice penale iracheno, art. 398; codice penale kuwaitiano, art. 182). Cfr. D. SCOLART, *L’Islam, il reato, la pena. Dal fiqh alla codificazione del diritto penale*, Roma, 2018, spec. pp. 140-152.

¹⁵ Si rimanda in generale a quanto emerge dal rapporto della Corte interamericana dei diritti umani, *Violence and Discrimination Against Women and Girls. Best Practices and Challenges in Latin America and the Caribbean*, OAS/Ser.L/V/II. Doc. 233 14 novembre 2019. Cfr. anche Equality Now, *Failure to protect: How Discriminatory Sexual Violence Laws and Practice are Hurting Women, Girls, and Adolescents in the Americas*, https://equalitynow.storage.googleapis.com/wpcontent/uploads/2021/09/20064320/Failure_to_Protect_-_Equality_Now_2021_-_ENG-min-1.pdf.

¹⁶ È il caso del codice penale kuwaitiano che all’art. 153 prevede che l’omicida, che abbia ucciso la propria moglie, o figlia o madre, o sorella e/o l’uomo con cui la donna è stata colta in flagrante sia punibile con l’incarcerazione non oltre i tre anni. Cfr. altresì codice penale gior-

l'ambito penalistico, quelle che definiscono le relazioni fra coniugi in maniera tale da consolidare modelli di sperequazione e subordinazione che possono anch'essi rappresentare l'*habitat* favorevole perché si produca il fenomeno della violenza¹⁸.

dano, art. 340; codice penale iracheno, art. 409; codice penale senegalese, art. 312. Va inoltre precisato che in alcuni contesti in cui il fenomeno del delitto d'onore è assai radicato, l'intervento del legislatore volto a criminalizzare le condotte è stato concepito in maniera tale da lasciare spazio ad eventuali attenuanti, oppure prevedendo misure (per esempio il perdono da parte dei familiari della vittima) che consentono al reo di evitare la condanna (cfr. il c.d. *Honour Killings Act* pachistano del 2004, successivamente emendato nel 2016. Sul punto cfr. H. RIFFAT, *Decoding the Anti-Honour Killing Law in Pakistan*, in *Blackstone Law Journal*, 2022, n. 1, <https://www.bsolk.org/decoding-the-anti-honour-killing-law-in-pakistan>; S. IJAZ, *Honor' Killings Continue in Pakistan Despite New Law* (Human Rights Watch, 25 settembre 2017, <https://www.hrw.org/news/2017/09/25/honor-killings-continue-pakistan-despite-new-law>).

¹⁷ I codici di numerosi Stati contengono norme che vietano l'aborto tranne i casi, peraltro disciplinati con diverse varianti, in cui risulti necessario per salvare la vita della madre. Si vedano ad es. i codici penali di: Sudan (art. 135); Mauritania (art. 293); Iraq (art. 417); Algeria (artt. 304,309); Senegal (art. 305); Camerun (art. 337); Yemen (artt. 239,240); Kenya (artt. 158, 159, 228, 240); Ghana (artt. 58, 67); Repubblica centroafricana (artt. 78-80); Bangladesh (art. 312); Filippine (art. 256). L'aborto è vietato nella stragrande maggioranza dei paesi latinoamericani fatta eccezione per Cuba, Guyana e Honduras, sebbene da ultimo vi siano segnali di un'apertura da parte del legislatore nel senso della legalizzazione dell'interruzione di gravidanza (in questo senso Argentina, *Ley 27610/2021* (artt. 2-4), nonché di alcune corti costituzionali, in particolare della Colombia (<https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%20de%20prensa%20Sentencia%20C-055-22%20-%20Febrero%2021-22.pdf>) e del Messico (v. *In Mexico, supreme court rules that criminalising abortion is unconstitutional*, <https://constitutionnet.org/news/mexico-supreme-court-rules-criminalising-abortion-unconstitutional>).

¹⁸ È ancora una volta il caso dei paesi islamici ad apparire sotto questo profilo paradigmatico. La regolamentazione di alcuni istituti – matrimonio e diritti dei coniugi, separazione/divorzio, ripudio e poligamia, affidamento dei figli e diritti successori – per quanto frutto dell'attività del legislatore positivo è infatti fortemente ancorata alla matrice sciaratitica e istituzionalizza modelli di sperequazione fra i coniugi e di subordinazione della donna (Cfr. A.E. MAYER, *Islam and Human Rights: Traditions and Politics*, V ed., New York, 2013; A. EL-AZHARY SONBOL, *A Response to Muslim Countries' Reservations Against Full Implementation of CEDAW*, in *Hawwa*, 2010 n. 3, pp. 348-367; T. MONFORTE, *Broad Strokes and Bright Lines: A Reconsideration*, in *Columbia Journal on Gender and Law*, 2017, n. 35, pp. 1-69). Altrettanto può dirsi per gli ordinamenti giuridici di alcuni paesi africani e asiatici che ammettono il matrimonio

Mette conto ora considerare il secondo profilo cui sopra si è fatto riferimento, cioè l'ipotesi in cui la norma giuridica intervenga per modificare la norma sociale che è all'origine del fenomeno della violenza. In un'ipotesi di questo genere, il comportamento sociale è giustificato dalla necessità, avvertita dal contesto (sociale), di adeguarsi ad imperativi di tipo culturale, imposti da tradizioni, consuetudini o credo religioso. Emblematico è il fenomeno dei matrimoni precoci e forzati che appare in alcune aree geografiche ancora assai diffuso¹⁹, così come quello delle mutilazioni genitali femminili. Si può osservare come la diffusione e il radicamento di certe pratiche in alcuni casi siano stati favoriti dal fatto che per lungo tempo il legislatore non è adeguatamente intervenuto adottando norme di contrasto. Ne è conseguito che quando il legislatore è intervenuto imponendo il divieto, il contesto sociale ha mostrato una certa resistenza, col risultato che in alcuni casi la consuetudine tende a prevalere sulla norma e garantisce così la per-

poligamico e che accanto ed oltre al matrimonio regolamentato per legge, attribuiscono validità al matrimonio concluso secondo le consuetudini in vigore. È il caso, fra gli altri, del Kenya, della Tanzania e del Sud Africa. In Kenya è stato recentemente adottato un provvedimento legislativo che rende legale il matrimonio poligamico (*Marriage Act n. 4/2014*); in Tanzania il matrimonio poligamico è ammesso ai sensi del *Law of Marriage Act, 1971, as amended by Act 23/3, Act 15/80, and Act 9/96* e in Sud Africa il *Recognition of Customary Marriages Act 120 of 1998* prevede che il matrimonio concluso secondo le consuetudini proprie di alcune comunità indigene possa essere sia monogamico che poligamico. Cfr. C. RAUTENBACH, W. DE PLESSIS, *African Customary Marriages in South Africa and the Intricacies of a Mixed Legal System: Judicial (In)novation or Confusion?* in *McGill Law Journal*, 2012, n. 4, pp. 749-780.

¹⁹ È il caso per esempio dei paesi del Medio oriente e Nord-Africa nonché dell'Asia del Sud con percentuali di ragazze e bambine di età compresa fra i 10 e 17 anni costrette al matrimonio che varia dal 47 al 73%. Cfr. Q. WODON *et. al.*, *Child Marriage, Laws and Their Limitations*, 2017, <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/134161519943385981-0050022017/original/WBL2017ChildMarriageLaws.pdf>; FRA, *Addressing forced marriage in the EU: legal provisions and promising practices*, 2014, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-forced-marriage-eu_en.pdf.pdf; M.B. CAMPMAJÓ, *Forced Marriages in Europe: A Form of Gender-Based Violence and Violations of Human Rights*, in *The Age of Human Rights Journal*, 2020, n. 14, pp. 1-18; R. PANDE, *Geographies of Marriage and Migration: Arranged Marriages and South-Asians in Britain*, in *Geography Compass* 2014, n. 8, pp. 75-86.

sistenza di quelle pratiche che integrano forme di violenza. Nel caso dei matrimoni precoci, le norme adottate recentemente in alcuni contesti in cui il fenomeno è particolarmente diffuso, sono dirette ad innalzare l'età minima per contrarre matrimonio in particolare per le donne, anche in un'ottica di adeguamento agli *standard* internazionali fissati in particolare dalla Convenzione ONU sul consenso e l'età minima per il matrimonio²⁰. E tuttavia a favorire la persistenza di certe pratiche ha contribuito non solo, come si è detto sopra, la resistenza mostrata dal contesto sociale ma anche la scarsa incisività dell'intervento del legislatore.

Il rigore delle norme che stabiliscono l'innalzamento dell'età minima appare affievolito dal contenuto delle disposizioni che contemplano possibili eccezioni: in casi particolari, infatti, si attribuisce al giudice il potere di convalidare, con il consenso dei genitori, matrimoni fra persone che non abbiano raggiunto l'età prescritta e consentire dunque la conclusione di matrimoni in deroga alle disposizioni normative²¹.

²⁰ Si vedano per es. Bangladesh (*Child Marriage Restraint Act*, 2017); Chad, (*Ordonnance* N. 006/PR/2015); India (*The Prohibition of Child Marriage Act*, 2006, così come emendato dal *Bill* N. 163 del 2021); Kenya (*Children Act*, 2022); Repubblica democratica del Congo (*Law* N. 16/008, 2016); Ecuador (*Reform Law of the Civil Code*, art. 83, 2015); Messico (*Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, 2022); Panama (*Gaceta Oficial Ley 30 que reforma el Código de la Familia*, 2015). Nel caso della Tanzania, va segnalato che nel 2016 la *High Court* aveva emanato una sentenza con la quale dichiarava incostituzionali gli articoli 13 e 17 del *Law of Marriage Act* (1971 poi emendato nel 1973, 1980 e 1996, v. *supra*, nota 18) per la parte in cui fissa l'età per contrarre matrimonio in 15 anni per la donna e 18 per l'uomo e prevede che il giudice possa autorizzare la conclusione del matrimonio anche qualora i nubendi non abbiano raggiunto l'età prescritta. La Corte ha indicato al legislatore la necessità di innalzare l'età minima ai 18 anni e di fissare tale limite per uomini e donne. L'orientamento della Corte è stato successivamente confermato in una sentenza del 2019 emanata dalla *Court of Appeal* che ha indicato al governo tanzaniano la via da seguire per procedere all'adozione di provvedimenti legislativi che siano in linea con quanto indicato. Nel caso della Tanzania peraltro sono esclusi dall'applicazione della legge i matrimoni conclusi secondo norme consuetudinarie.

²¹ È il caso del *Child Marriage Restraint Act* adottato nel 2017 in Bangladesh (art. 19). Nella stessa direzione si sono mossi i legislatori giordano (*Personal Status Act*, art. 36); gibutino (*Code de la Famille, Loi n. 152/AN/02/4ème*, art. 14). Il legislatore in-

Va altresì considerato che in vari contesti si pone il problema originato dalla presenza di consuetudini che prevedono modalità di conclusione del matrimonio che, come tali, sfuggono alla regolamentazione prevista dal legislatore²². In alcuni casi è stato dunque necessario concepire uno sforzo da parte del legislatore su più fronti, diretto, da un lato, a combattere il fenomeno dei matrimoni forzati e dall'altro a intervenire in maniera specifica nei confronti di alcune particolari consuetudini che sarebbero potute sfuggire alla regolamentazione di carattere generale²³.

Un analogo discorso va fatto per quanto concerne altre *harmful practices* come le mutilazioni genitali femminili e l'aborto selettivo. Per

diano invece ha previsto che il matrimonio precoce non sia illegale ma semplicemente annullabile su espressa richiesta della sposa una volta raggiunta la maggiore età (*section 3(3)*).

²² È il caso per es. dei matrimoni *kintuidi* nell'etnia congolese degli *Yanzi*, che prevedono che la figlia maggiore sia data in sposa al nonno materno o allo zio o eventualmente ad un cugino per parte materna (si veda di recente la decisione della *Cour nationale du droit d'asile* francese che ha riconosciuto il diritto d'asilo ad una giovane congolese di etnia Yanzi sulla base delle argomentazioni connesse con tale pratica, decisione n. 19003209, 2 ottobre 2019). È il caso altresì della pratica in uso in varie zone dell'Afghanistan, del Pakistan occidentale e del Rajasthan indiano, nota come *watta satta* che consiste in uno scambio di figlie tra nuclei familiari, o ancora della pratica diffusa sempre in India, nota col termine *gauna*, che consiste nel concludere un matrimonio che non viene consumato fino a quando la sposa non ha raggiunto la pubertà.

²³ Un esempio è offerto dalla legislazione pachistana. Oltre ed accanto alla legislazione primaria che fissa l'età minima per il matrimonio (il *Child Marriage Restraint Act* del 1929 fissa l'età minima in 18 anni per i maschi e 16 per le femmine) è stato necessario adottare un provvedimento di emendamento al codice penale (*Criminal Law Amendment Act*, 2011, art. 310-A) per rendere illegali le pratiche di *badla-e-subl*, *wani* e *swara*, che consistono nel dare una figlia in sposa per porre fine a controversie di natura penale o civile. Altrettanto dicasi per il provvedimento di emendamento adottato nel 2021 dal legislatore indiano: sono state infatti inserite delle nuove disposizioni che servono non solo ad elevare l'età minima per le donne (che viene fissata così come per gli uomini in 21 anni di età) ma altresì per imporre l'applicazione delle norme in tutti gli Stati della confederazione. È previsto così che quest'ultima debba prevalere su qualsiasi altra disposizione contraria prevista dalla legge personale applicabile nell'ambito delle comunità musulmane e cristiane nonché su qualsiasi consuetudine in vigore.

quanto riguarda le mutilazioni genitali femminili potrebbe dirsi che il fenomeno sia in qualche modo l'emblema del peculiare ruolo che la norma sociale svolge nell'ispirare e imporre comportamenti sociali e pratiche che integrano forme di violenza. La pratica delle mutilazioni genitali è diffusa in una varietà di contesti, in certi casi lontani geograficamente e culturalmente²⁴. Sebbene non abbia come è noto un fondamento religioso – che è quanto dire, perlomeno nel caso dei paesi islamici, che non è possibile individuarne il fondamento nelle norme sciaraitiche²⁵ – la necessità di conformarsi ad un presunto dettame religioso viene sovente invocata per giustificare il ricorso alla pratica.

In realtà le mutilazioni genitali sono espressione di un modello culturale, radicato e diffuso in non poche aree geografiche, che riconduce il valore della donna alla castità e alla “purezza” e condiziona gli stessi meccanismi di accettazione sociale all'avere la bambina o l'adolescente subito l'intervento di mutilazione. Nei contesti in cui è praticata tende peraltro ad avere una dimensione abbastanza trasversale e quando è possibile rilevare una maggiore incidenza del fenomeno su alcuni

²⁴ La stragrande maggioranza dei paesi in cui la pratica delle mutilazioni genitali femminili è diffusa si colloca nell'Africa subsahariana; tuttavia, nelle diverse forme, le mutilazioni genitali femminili sono praticate in alcune aree del Kenya e della Tanzania, in Medio Oriente ed in alcuni paesi dell'Asia (India, Indonesia, Malesia). Il fenomeno si è inoltre diffuso in Europa, Australia, Nuova Zelanda e Stati Uniti nell'ambito delle comunità immigrate.

²⁵ Circa l'erronea assimilazione delle mutilazioni genitali con il mondo islamico e il loro presunto fondamento sciaraitico si rimanda a I. L. ASMANI, M.S. ABDI, *Delinking Female Genital Mutilation/Cutting from Islam*, 2008. <https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/De-linking%20FGM%20from%20Islam%20final%20report.pdf>; A. A. ROUZI, *Facts and controversies on female genital mutilations and Islam*, in *The European Journal of Contraception and Reproductive Health*, 2013, n. 1, pp. 10-14; D. SCOLART, *Quando il diritto affronta le tradizioni culturali: le mutilazioni genitali femminili e la violenza contro le donne*, in S. ANGIOI, M. LANNA et. al., *Donne violate. Un'analisi interdisciplinare della violenza contro le donne*, Napoli, 2015, pp. 241-306; M. LUGIAI et. al., *Female Genital Mutilation in Sudan: is a new era starting?* in *Sexuality and Culture*, 2021, n. 25, pp. 1540-1545; C. PROUDMAN, *Female Genital Mutilation. When Culture and Law Clash*, Oxford, 2022; K. NAKAMURA, K. MIYACHI, Y. MIYAWAKI, M. TODA (eds.), *Female Genital Mutilation/Cutting. Global Zero Tolerance Policy and Diverse Responses from African and Asian Local Communities*, Singapore, 2023.

gruppi di popolazione, tali gruppi sono individuabili fra coloro che vivono in zone rurali, hanno un grado di istruzione non elevato e senza che peraltro tale dato possa assumere valori assoluti²⁶.

L'azione di contrasto promossa in maniera capillare dalle agenzie specializzate delle Nazioni Unite e dalle organizzazioni internazionali regionali coadiuvate dalle numerose ONG operative nel settore della tutela di donne e minori²⁷, ha progressivamente indotto il legislatore in numerosi contesti ad adottare provvedimenti che rendono illegale il ricorso a tali pratiche²⁸, con risultati variabili che dipendono talvolta

²⁶ Cfr. Population Reference Bureau, *Female Genital Mutilation/Cutting: Data and Trends. Update 2017*, https://www.prb.org/wp-content/uploads/2017/02/FGMC_Poster_2017-1-1.pdf; B. O. AHINKORAH *et. al.*, *Socio-economic and demographic determinants in female genital mutilation in sub-Saharan Africa: analysis of data from demographic and health surveys*, in *Reproductive Health*, 2022, <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/33092624/>.

²⁷ World Health Assembly (WHO), Res. WHA61.16, 2008; WHO, *Eliminating female genital mutilation: an interagency statement*. OHCHR, UNAIDS, UNDP, UNECA, UNESCO, UNFPA, UNHCR, UNICEF, UNIFEM, WHO, 2008; UNFPA-UNICEF, *Joint Programme on the Elimination of Female Genital Mutilation. 2021 Annual Report and Phase III Performance Analysis*, <https://www.unicef.org/documents/delivering-and-sustaining-new-normal-end-female-genital-mutilation>.

²⁸ A titolo di esempio cfr. Ciad, *Loi N. 006/PR/2002, Portant promotion de la Santé de Reproduction*, art. 9; Costa d'Avorio, *Loi N. 98-757 Portant repression de certaines formes de violence à l'égard des Femmes*, 1998; Egitto, *Law N. 58/1937 Promulgating the Criminal Code (as amended by Law. N. 78/2016)* artt. 242bis e 242bis (A); Etiopia, *Criminal Code*, 2004, art. 565, 566; Gambia, *Women's Amendment Bill*, 2015, *Section 32A*, 32 B(1); Guinea, *The Criminal Code 2016, Law N. 2016/059/AN*, artt. 258-261; *The Children's Code 2008, Law L/2008/011/AN*, art. 405-410; Kenya, *Prohibition of Female Genital Mutilation Act 32*, 2011; Senegal, *Penal Code (as amended in 1999)*, art. 299bis; Tanzania, *Sexual Offences Special Provisions Act*, 1998, *Section 169(A)*; Uganda, *Prohibition of Female Genital Mutilation Act*, 2010. Nessun provvedimento legislativo specifico è stato invece finora adottato in altri paesi nei quali la pratica è diffusa quali Iraq, Giordania, India, Indonesia, Malesia. In altri ancora l'intervento del legislatore ha dimostrato di essere poco incisivo. Nel caso della Liberia, per esempio, nel 2018 fu adottato un provvedimento temporaneo che sebbene avesse posto al bando la pratica, ebbe scarsa applicazione perché, non adeguatamente pubblicizzato, era sconosciuto alla maggior parte della popolazione. Più di recente, nel mese di febbraio 2023, il Presidente del "National Council of Chiefs and Elders" ha adottato una dichiarazione con cui le mutilazioni genita-

dalle difficoltà che lo Stato incontra nell'assicurare l'effettiva attuazione e il rispetto delle norme, ma assai spesso dalla resistenza mostrata da alcuni contesti sociali, ad accettare l'obbligatorietà del divieto²⁹.

Una percezione svalutativa della donna e negativa del genere femminile è alla base anche di altre pratiche, quale quella dell'aborto selettivo, assai diffusa in varie regioni dell'Asia e in particolare in India, Bangladesh, Cina e Corea. La pratica, consistente nell'utilizzo di tecnologie diagnostiche prenatali utili all'identificazione del sesso del nascituro è finalizzata all'aborto dei feti di sesso femminile e si accompagna a quella dell'infanticidio di nati di sesso femminile³⁰. Gli effetti che

li femminili sono definitivamente messe al bando. Data l'autorevolezza dell'organo che si è pronunciato, è da ritenersi che la dichiarazione costituirà un'indicazione chiara per il legislatore. Cfr. Equality Now, *Traditional Leaders in Liberia Make Historic Announcement Declaring Ban On Female Genital Mutilation*, https://www.equalitynow.org/press_release/traditional-leaders-in-liberia-make-historic-announcement-declaring-ban-on-female-genital-mutilation/. Nel caso della Sierra Leone, un provvedimento che vietava il ricorso a tali pratiche fu adottato durante l'epidemia di ebola nel novembre 2014 per prevenire il diffondersi della malattia, ma non appena la fase emergenziale ebbe fine, il ricorso alla pratica tornò ad essere dilagante (la percentuale nel paese è di circa l'83%). Cfr. O. ACLAND, *Ebola ended FGM in Sierra Leone, but now it's back*, in *Vice News*, 22 marzo 2016, <https://news.vice.com/article/ebola-ended-fgm-in-sierra-leone-but-now-its-back>.

²⁹ Cfr. C. YUSUF, Y. FESSHA, *Female genital mutilation as a human rights issue: Examining the effectiveness of the law against female genital mutilation in Tanzania*, in *African Human Rights Law Journal*, 2013, n. 13, pp. 356-382; L. SITHOLE, C. DZIVA, *Eliminating harmful practices against women in Zimbabwe: Implementing article 5 of the African Women's Protocol*, *ivi*, 2019, n. 19, pp. 568-590; A. DAWSON et al., *Addressing Female Genital Mutilation in the Asia Pacific: The Neglected Sustainable Development Target*, in *Australian and New Zealand Journal of Public Health*, 2019, n. 1, pp. 8-10; CHOO, *The Impasse Between Crime and Culture: Female Genital Mutilation in Malaysia*, 16 novembre 2021, <https://www.humanrightspulse.com/mastercontentblog/the-impasse-between-crime-and-culture-female-genital-mutilation-in-malaysia>; Asian-Pacific Resource and Research Centre for Women (ARROW) and Orchid Project, *Asia Network to End Female Genital Mutilation/Cutting (FGM/C) Consultation Report*, 2020, <https://bit.ly/3lz5O4w>.

³⁰ N. PUREWAL, *Disciplining the sex ratio: Exploring the governmentality of female feticide in India*, in *Identities: Global Studies in Culture and Power*, 2014, n. 21, pp. 466-480; L. EKLUND, N. PUREWAL, *The Bio-Politics of population control and sex-selective abortion in China and India*, in *Feminism and Psychology*, 2017, n. 1, pp. 34-55; C.

il ricorso sistematico a tali pratiche ha prodotto sul tasso di natalità femminile ha indotto in diversi casi il legislatore ad intervenire³¹, senza che tuttavia lo sforzo normativo sia riuscito a produrre i risultati sperati: anche a causa della scarsa attuazione della legislazione in vigore, il ricorso a tali pratiche continua ad essere assai diffuso in particolare in India e Cina³².

Se dunque si guarda alle *harmful practices*, se ne deduce che il loro sradicamento è direttamente connesso con diversi fattori: da un lato rileva la capacità del legislatore di indurre – anche tramite quello che si definisce un approccio *bottom up* – un mutamento nel dato culturale e sociale attraverso l'adozione di specifici strumenti di contrasto; dall'altro rileva la capacità del contesto sociale di produrre al proprio interno il mutamento del comportamento sociale, modificando la percezione relativa all'obbligatorietà di certe pratiche – che sarebbero dettate da (presunte) regole di tipo sociale, culturale o religioso – ovvero, come è nel caso dei matrimoni forzati e dell'aborto selettivo, alla convenienza ed opportunità di ricorrervi per ragioni anche di tipo economico.

MEH, P. JHAI, *Trends in female-selective abortion among Asian diasporas in the United States, United Kingdom, Canada and Australia*, in *Epidemiology and Global Health*, 2022, <https://elifesciences.org/articles/79853>.

³¹ Il legislatore indiano è intervenuto già nel 1994 con il “*Pre-Conception and Pre-Natal Diagnostic Techniques (Prohibition of Sex-Selection Act. As amended by Amendment Act 2002)*”; il legislatore cinese con due provvedimenti non specificamente dedicati al problema dell'aborto selettivo, segnatamente la “*Law of the People's Republic of China on Maternal and Infant Healthcare*”, 1994, art. 32, e con la “*Law of the People's Republic of China on Population and Family Planning*”, 2002, art. 35.

³² T. HESKET, L. LU, Z.W. XING, *The Consequences of son preference and sex-selective abortion in China and other Asian countries*, in *CMAJ (Canadian Medical Association Journal)*, 2011, n. 183, pp. 1374-1377; C.Z. GUO, M. DAS GUPTA, S. LI, ‘*Missing girls' in China and India: trends and policy challenges*, in *Asian Population Studies*, 2016, n. 12, pp. 135-155; N. SAIKIA *et. al.*, *Trends in missing female at birth in India from 1986 to 2016: analysis of 2.1 million birth histories in nationally representative surveys*, in *The Lancet*, 2021, n. 6 pp. 813-821; C. PÖRTNER, *Sex-selective abortion in India: an ongoing problem*, in *N-IUSSP*, August 29, 2022, <https://www.niussp.org/fertility-and-reproduction/sex-selective-abortion-in-india-an-ongoing-problem/>; R.L.Y. SHAN, *The transformation of abortion law in China*, in M. ZIEGLER (ed.), *Research Handbook on International Abortion Law*, Cheltenham-Northampton, 2023, pp. 260-280.

4. La rilevanza del fenomeno della violenza di genere in alcuni gruppi di popolazione: minoranze e popolazioni indigene

Nell'ambito dell'analisi volta ad evidenziare quale sia il rapporto tra fenomeno della violenza di genere e il substrato etnoculturale che a quel fenomeno si ricollega, vi è un ulteriore aspetto su cui occorre soffermare l'attenzione ed è quello relativo alla maggiore o diversa incidenza che il fenomeno, nelle varie forme che esso assume, ha in alcuni particolari gruppi di popolazione. Numerosi studi volti a raccogliere dati ed informazioni relativi all'incidenza statistica del fenomeno sono stati condotti sia a livello globale³³ che regionale³⁴. Fermo restando che la rilevanza statistica dei dati è inficiata dal fatto che un'alta percentuale di casi di violenza non è oggetto di denuncia – il che rende gli stessi dati come sottodimensionati³⁵ – e fermo restando che alcune aree geografiche si segnalano per una larga e generalizzata diffusione del fenomeno³⁶, emerge comunque anche il dato di una maggiore incidenza in

³³ WHO on behalf of the United Nations Inter-Agency Working Group on Violence Against Women Estimation and Data: WHO; VAW-IAWGED, *Violence Against Women Prevalence Estimates*, 2018; UNODC, *Global Study on Homicide. Gender-related killing of women and girls*, 2018.

³⁴ Eurostat, *EU survey on gender-based violence against women and other forms of inter-personal violence (EU-GBV) – first results*, 2022, <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/7870049/15323622/KS-FT-22-005-EN-N.pdf/315d443b-ba8d-e607-3ce0845f642a8c00?version=1.0&t=1669371271599>; Inter-American Commission, *Indigenous Women and Their Human Rights in the Americas*, 2017, <http://www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/indigenouswomen.pdf>; Asian Pacific Institute on Gender-Based Violence, *Domestic Violence in Asian & Pacific Islanders Homes*, ottobre 2020, <https://api-gbv.org/wp-content/uploads/2020/10/Facts-stats-rpt-updated-expanded-Oct20201.pdf>; Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), *Bringing an end to violence against women and girls and femicide or feminicide*, 2022, https://oig.cepal.org/sites/default/files/22-01012_end_violence_ing_web.pdf.

³⁵ Risulta che meno del 40% delle donne che hanno subito violenza si rivolge a centri di aiuto e assistenza e meno del 10% sporge denuncia agli organi di polizia. Cfr. United Nations Department of Economic and Social Affairs Statistics, *The World's Women 2020. Trends and Statistics*, 2020, <https://worlds-women-2020-data-undesa.hub.arcgis.com/>.

³⁶ È il caso di alcuni paesi latino-americani che presentano percentuali ben più ri-

alcuni gruppi di popolazione: fra questi rientrano gruppi di donne appartenenti a comunità immigrate di diversa provenienza³⁷, donne migranti e rifugiate³⁸, donne appartenenti a minoranze etniche³⁹ o a popolazioni indigene⁴⁰. Anche i dati rilevati dagli *Special Rapporteur* delle

levanti rispetto ad altre aree geografiche. Cfr. R. HARR, *Research Brief – Intimate Partner Violence in Five CARICOM Countries: Findings from National Prevalence Surveys on Violence Against Women*, maggio 2020, <https://caribbean.unwomen.org/en/materials/publications/2021/7/research-brief--intimate-partner-violence-in-five-caricom-countries>.

³⁷ Cfr. E.R. POHLREICH, *Culture-Based Violence Against Immigrant Women in German Federal Court of Justice (BGH) Decisions*, in R.K. THIARA, S.A. CONDON, M. SCHRÖTTE (eds.), *Violence against Women and Ethnicity: Commonalities and Differences across Europe*, Opladen-Berlin, 2011, pp. 383-398; M.B. CAMPMAJÓ, cit., pp. 1-18.

³⁸ Un Women, *From Evidence to Action: Tackling Gender-Based Violence Against Migrant Women and Girls*, 2021, <https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/Library/Publications/2021/Policy-brief-From-evidence-to-action-Tackling-GBV-against-migrant-women-and-girls-en.pdf>; M. HYNES, B. LOPES CARDOZO, *Sexual Violence Against Refugee Women*, in *Journal of Women's Health and Gender-Based Medicine*, 2000, n. 8, pp. 819-823; J. FREEDMAN, *Sexual and gender-based violence against refugee women: A hidden aspect of the refugee "crisis"*, in *Reproductive Health Matters Journal*, 2016, n. 24, pp. 24-18; S. TURNER, *Victims of Chaos and Subaltern Sexualities*, in S. BUCKLEY-ZISTEL, U. KRAUSE (eds.), *Gender, Violence, Refugees*, Oxford, 2017, pp. 44-57; A. S. BUTLER, B. MCSHERRY, *Defining Sexual and Gender-Based Violence in the Refugee Context*, in *IRiS Working Paper Series*, 2019, n. 28, pp. 1-40.

³⁹ Cfr. K.K. LACEY, C.M. WEST, N. MATUSKO, J.S. JACKSON, *Prevalence and factors associated with severe physical intimate partner violence among U.S. Black women: A comparison of African American and Caribbean Blacks*, in *Violence Against Women*, 2016, n. 6, p. 651 ss.; UNICEF, *Child Marriage Among the Roma Population in Serbia*, novembre 2017; UNDP, *Roma at Glance. Bosnia and Herzegovina*, aprile 2018; The World Bank, *Closing the Gender Gaps among Marginalized Roma in the Western Balkans*, maggio 2019.

⁴⁰ Human Rights Watch, *Those Who Take Us Away. Abusive Policing and Failures in Protection of Indigenous Women and Girls in Northern British Columbia, Canada*, febbraio 2013, https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/canada0213webwcover_0.pdf; Government of Canada, *Action Plan to Address Family Violence and Violent Crimes Against Aboriginal Women and Girls*, 2016, <https://cfc-swc.gc.ca/fun-fin/ap-pa/action-eng.pdf>; Australian Government, *Family, domestic and sexual violence in Australia: continuing the national history*, 2019, <https://www.aihw.gov.au/getmedia/b0037b2d-a651-4abf-9f7b-00a85e3de528/aihw->

Nazioni Unite sulla violenza di genere in occasione di alcune *country visit* hanno messo in evidenza la maggiore incidenza del fenomeno della violenza nei confronti delle donne appartenenti a gruppi etnici minoritari ovvero a popolazioni indigene rispetto agli altri segmenti di popolazione nazionale. Tale fenomeno assume dimensioni molto chiare in non pochi contesti diversi per localizzazione geografica, tasso di sviluppo e composizione demografica: il tratto comune sembra però possa essere riscontrato nella marginalizzazione e nell'esclusione sociale di tali gruppi, nel basso censo, nel basso tasso di scolarizzazione e in alcuni casi anche nella collocazione in aree geograficamente svantaggiate e remote; tutti elementi indicati quali determinanti della violenza⁴¹. Ciò sembra essere confermato per esempio, nel caso delle aborigene australiane, rispetto alle quali il tasso di violenza, se paragonato a quello relativo ad altri segmenti di popolazione nazionale è, come rilevato dallo *Special Rapporteur, disproportionately high*⁴². Il dato è però considerato nel contesto di un fenomeno più generale di appartenenza delle donne al gruppo di popolazione più marginalizzato e svantaggia-

fdv3-FDSV-in-Australia-2019.pdf.aspx?inline=true; UNFPA – Technical Division, *UNFPA Consolidated Submission to the Special Rapporteur on Violence Against Women, on Violence Against Indigenous Women and Girls*, febbraio, n. 2, 2022, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2022-03/UNFPA.pdf>; Gender Equality Observatory of Latin America and the Caribbean, *Annual Report 2013-2014. Confronting violence against women in Latin America and the Caribbean*, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37271/4/S1500498_en.pdf.

⁴¹ Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Rashida Manjoo Addendum Mission to Honduras*, 31 marzo 2015, A/HRC/29/27/Add.1; *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences. Visit to Bulgaria*, 19 maggio 2020, A/HRC/44/52/Add.1, parr. 51-54 e 60-62; *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences on her mission to Australia*, 17 aprile 2018, A/HRC/38/47/Add.1, par. 11.

⁴² *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences on her mission to Australia*, cit. par. 42. È stimato che la popolazione aborigena rappresenti circa il 2,8% della popolazione australiana e tuttavia, la possibilità che le donne e le ragazze appartenenti alla minoranza aborigena subiscano violenza in famiglia è 35 volte superiore a quello delle donne non aborigene così come la possibilità che siano ospedalizzate a causa delle violenze subite è 32 volte superiore a quella delle donne non aborigene.

to; la collocazione in aree remote, il basso *status* socioeconomico, l'esclusione sociale, svolgono un ruolo primario in quanto determinanti della violenza e in particolare di quella domestica. Altrettanto significativo è il dato relativo ai casi non denunciati tenuto conto che si stima che circa il 90% delle violenze subite dalle donne aborigene non rileva perché non oggetto di denuncia. Osservazioni similari emergono anche dai rapporti stilati dagli *Special Rapporteur* in occasione delle visite effettuate in India e Nepal. Le donne appartenenti ad alcune minoranze etniche e religiose risultano esposte alla violenza in proporzioni assai più elevate ed anche in questo caso le determinanti della violenza appaiono essere quelle sopra menzionate; ad esse va poi ad aggiungersi – peculiarità propria del contesto culturale e religioso che caratterizza i paesi in esame – l'ulteriore dato dell'esclusione e marginalizzazione derivante dal sistema delle caste, che per quanto contrastato dal legislatore, è radicato nelle consuetudini locali e favorisce il perdurare di un sistema in cui l'esclusione genera povertà ed entrambe in un contesto fortemente patriarcale generano violenza⁴³.

Rispetto alle donne appartenenti a minoranze etniche e popolazioni indigene l'interrelazione tra un insieme di fattori che concorrono a dare origine a un più complesso fenomeno di discriminazione intersezionale⁴⁴ crea dunque i presupposti per una maggiore diffusione della violenza di genere⁴⁵. La violenza si innesta su un sistema di discriminazio-

⁴³ Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Rashida Manjoo. Addendum. Mission to India*, 1 Aprile 2014, A/HRC/26/38/Add.1, spec. parr. 15-16, 28, 50, 58; *Visit to Nepal. Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences*, 19 giugno 2019, A/HRC/41/42/Add.2, parr. 18, 65-67, 72.

⁴⁴ Il termine intersezionalità è stato coniato dalla giurista afroamericana Kimberlé Crenshaw circa trent'anni orsono, in un articolo intitolato "*Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*", pubblicato nella rivista "*University of Chicago Legal Forum*" (1989, n. 1, p. 139 ss.). Sulla natura intersezionale della violenza di genere si è pronunciato anche il Segretario generale delle Nazioni Unite nel suo *In-depth study on all forms of violence against women*, A/61/122/Add.1, 6 luglio 2006. Così anche il Council of Europe, Committee of Ministers, *Recommendation on Preventing and Combating Sexism*, CM/Rec, 2019, n. 1, 27 marzo 2019.

⁴⁵ Human Rights Council, *Violence against indigenous women and girls. Report of*

ne intersezionale e tale elemento diviene centrale sia per una corretta valutazione del fenomeno, sia per l'individuazione di adeguati strumenti di contrasto. La maggiore vulnerabilità delle donne appartenenti a tali gruppi richiede infatti interventi che incidano sulle cause e rendano accessibili alle vittime i rimedi per ottenere giustizia: al contrario, come è stato più volte sottolineato⁴⁶, assai di frequente anche i rimedi previsti dal legislatore sono inadeguati a garantire alle donne che subiscono violenza un'efficace protezione, contribuendo così a rendere, nel caso delle vittime che appartengono a questi particolari gruppi, i meccanismi della violenza e quelli della discriminazione ancora più saldi e strutturalmente connessi.

5. Violenza di genere e connotazione etnoculturale: tra assenza di uno strumento universale vincolante, ruolo delle norme e contributo degli organi di controllo. In particolare, il Comitato CEDAW

Introducendo il tema in esame, si è posto in evidenza che il quadro normativo di diritto internazionale si segnala per l'assenza di uno strumento universale vincolante per il contrasto alla violenza di genere. Ciò significa che la questione delle cause e dei fattori che creano i presupposti della violenza non ha né potuto costituire l'oggetto di un'analisi mirata e nemmeno, conseguentemente, ispirare il contenuto e le finalità di uno specifico sistema di norme.

Va tuttavia evidenziato che l'assenza di uno strumento dedicato non ha impedito che a livello universale il tema della violenza di genere e anche delle cause e dei fattori che ne sono all'origine sia stato af-

the Special Rapporteur on violence against women, its causes, and consequences, Reem Alsalem, A/HRC/50/26, 21 aprile 2022, parr. 56-57.

⁴⁶ Y. ERTÜRK (*Special Rapporteur*), *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences*, cit.; R. MANJOO (*Special Rapporteur*), *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences*, 14 maggio 2013, A/HRC/23/49; R. MANJOO (*Special Rapporteur*), *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences*. 28 maggio 2014, A/HRC/26/38; D. SIMONOVIC (*Special Rapporteur*), *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences* 20 giugno 2019, A/HRC/41/42.

frontato nelle diverse sedi; nemmeno ha impedito che le norme internazionali vigenti, in particolare nel settore del diritto internazionale dei diritti umani, siano state utilizzate dagli organi di controllo per contrastare il fenomeno.

Ciò va detto sia per quanto concerne il problema in generale della violenza di genere, sia per quanto concerne gli aspetti più specifici che sono direttamente correlati con quella che si è finora definita la connotazione etnoculturale della violenza. L'attività degli organi di controllo testimonia che anche le norme contenute in alcuni strumenti di carattere generale come il Patto sui diritti civili e politici, possono servire il fine indicato, non foss'altro per le implicazioni che il fenomeno della violenza tipicamente ha sul piano dell'effettivo godimento di alcuni basilari diritti, fra cui il diritto all'integrità fisica, il diritto a non essere sottoposti a tortura e trattamenti inumani e degradanti, il diritto alla libertà di movimento e alla tutela della vita privata e familiare, fino, nei casi più gravi, il diritto alla vita⁴⁷. Ma ancor di più, sotto questo specifico profilo, hanno giocato un ruolo fondamentale le norme della CEDAW e la correlata attività del Comitato CEDAW. Tali norme, come è noto, pongono in capo agli Stati obblighi declinati in modo assai vario e di ampio contenuto. Per cogliere l'ampiezza di tali obblighi, tenuto conto di quanto detto sopra sia con riferimento alle *harmful practices* sia con riferimento agli ordinamenti in cui sono presenti norme e consuetudini che, legittimando forme di discriminazione, contribuiscono a creare un *habitat* favorevole alla violenza, è sufficiente considerare anche solo quanto previsto dall'art. 2 della CEDAW laddove quest'ultimo impone agli Stati parti l'adozione delle misure necessarie per modificare o abrogare ogni legge, disposizione, regolamento, consuetudine o pratica che costituisca discriminazione nei confronti della donna⁴⁸, nonché l'obbligo di abrogare tutte le disposizioni penali che

⁴⁷ Si veda quanto rilevato dal Comitato per i diritti umani istituito dal Patto sui diritti civili e politici, ad es. nei casi *Lovelace v. Canada* (ricorso n. 24/1977; parere del 30 luglio 1981, CCPR/C/13/D/24/77); *L.N.P. v. Argentina* (ricorso n. 1610/2007; parere del 16 agosto 2011, CCPR/C/102/D/1610/2007); *Diene Kaba v. Canada* (ricorso n. 1465/2006; parere del 25 marzo 2010, CCPR/C/98/D/1465/2006).

⁴⁸ CEDAW, art. 2 (f).

costituiscono discriminazione nei confronti della donna⁴⁹. Lo stesso può dirsi per quanto concerne gli obblighi imposti dall'art. 5 in relazione alle misure che lo Stato deve adottare per “modificare i modelli socio-culturali” al fine di eliminare i pregiudizi e le pratiche consuetudinarie o di ogni altro genere basate sull'idea dell'inferiorità dell'uno o dell'altro sesso o su ruoli stereotipati.

Le norme della CEDAW, dato il loro portato e tenore, hanno svolto e continuano a svolgere un ruolo fondamentale nell'orientare l'attività del giudice e del legislatore interno⁵⁰. Ma, come il sistema delle riserve ad essa apposte dimostra ampiamente, quelle stesse norme sollevano il problema del contrasto con le norme interne che ostacolano il meccanismo dell'adattamento: ne sono un esempio le norme che in alcuni ordinamenti interni garantiscono la sopravvivenza di istituti come la poligamia e il ripudio, che non attribuiscono ad uomini e donne i medesimi diritti nell'ambito della famiglia e nei confronti dei figli o ancora che non riconoscono ad uomini e donne il medesimo diritto di accesso al giudice. La presenza negli ordinamenti interni di norme così concepite, così come anche la persistenza di consuetudini e pratiche che integrano forme di violenza nei confronti delle donne, sono in contrasto con le norme e i principi della CEDAW sulla base dell'assunto fondamentale enunciato chiaramente dal Comitato CEDAW – e su cui si tornerà a breve – per cui la violenza è discriminazione.

Rispetto poi all'applicazione e all'interpretazione delle norme è stato il Comitato CEDAW a dare un contributo importante per l'elaborazione di una riflessione sulle cause che sottendono il fenomeno della violenza di genere. Il ruolo del Comitato, in particolare nell'ambito dell'attività di esame dei ricorsi che hanno avuto ad oggetto casi di violenza di genere⁵¹, si è rivelato fondamentale sotto diversi

⁴⁹ *Idem*, art. 2 (g).

⁵⁰ Sul punto cfr. C. MCCRUDDEN, *Why do national Judges refer to Human Rights Treaties? A comparative International Law Analysis of CEDAW*, in *Michigan Law. Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, 2015, n. 482, pp. 2-25 e la giurisprudenza *ivi* citata.

⁵¹ Comitato CEDAW, *ex multis*, si veda: *Goecke v. Austria* (ricorso n. 5/2005; decisione del 6 agosto 2007, CEDAW/C/39/D/6); *Tayago Vertido v. The Philippines* (ri-

profili: non solo infatti ha dato indicazioni fondamentali per precisare il contenuto degli obblighi degli Stati derivanti dalle norme della CEDAW, ma ha anche contribuito a modificare la percezione della violenza di genere, orientando l'approccio degli Stati⁵² e fornendo importanti indicazioni anche agli altri organi di controllo sulle violazioni dei diritti umani⁵³.

Merita sottolineare che il Comitato, collocandosi nella prospettiva propria di una Convenzione come la CEDAW, pensata in un'ottica antidiscriminatoria, ha evidenziato l'esistenza di un nesso strutturale tra violenza e discriminazione. Ad avviso del Comitato, infatti, la violenza di genere è una forma di discriminazione perché pone la donna in condizione di non poter godere dei suoi diritti fondamentali e dunque dei diritti sanciti dalla stessa Convenzione; in questo senso la violenza, nelle sue varie forme, si pone quale fondamentale ostacolo per il per-

corso n. 18/2008; decisione del 6 luglio 2010, CEDAW/W/C/46/D/18/2008); *V.K. v. Bulgaria* (ricorso n. 20/2008, decisione del 25 luglio 2011, CEDAW/C/49/D/20/2008); *R.P.B. v. The Philippines* (ricorso n. 34/2011; decisione del 21 febbraio 2014 CEDAW/C/57/D/34/2011); *O.G. v. Russian Federation* (ricorso n. 91/2015; decisione del 6 novembre 2017, CEDAW/C/68/D/91/2015); *X. v. Timor Leste* (ricorso n. 88/2015; decisione del 25 febbraio 2018, CEDAW/C769/D/88/2015); *O.M. v. Ukraine* (ricorso presentato il 24 giugno 2015; decisione del 6 novembre 2017, CEDAW/C/68/D/95/2015).

⁵² Un caso emblematico è quello che ha condotto la Corte Suprema Indiana ad adottare nel 1997 le c.d. "*Vishaka Guidelines*" poi confluite nel "*Sexual Harassment of Women at Workplace (Prevention, Prohibition and Redressal Act*" adottato dal legislatore nel 2003. La Suprema Corte nell'ambito della decisione resa in un caso di violenza sessuale, che aveva poi condotto all'adozione delle linee guida da seguire nei casi di *sexual harassment* sui luoghi di lavoro, aveva fatto riferimento al contenuto della Raccomandazione n. 19 del Comitato CEDAW e alle indicazioni date dal Comitato circa l'art. 11 della CEDAW (*Vishaka and others v. State of Rajasthan*, 1997, <https://indiankanoon.org/doc/1031794/>). Cfr. altresì i dati rilevati da N.A. ENGLEHART, *CEDAW and Gender Violence: An Empirical Assessment*, in *Michigan State Law Review*, 2014, n. 53, pp. 265-280.

⁵³ Nel caso su cui si è pronunciata la Corte interamericana dei diritti dell'uomo noto come "*Cotton fields*" (sentenza del 16 novembre 2009, *Gonzales et. al. c. Messico*, serie C n. 205), considerato uno dei *leading cases* in materia di violenza di genere, la Corte fa espressamente riferimento al contenuto della Raccomandazione n. 19 del Comitato CEDAW.

seguimento degli obiettivi indicati dalla stessa Convenzione⁵⁴. Ed è dunque l'elemento della discriminazione che viene in luce allorché il Comitato pone l'accento su quelle pratiche che integrano forme di violenza e che trovano origine in norme o consuetudini che hanno una specifica connotazione religiosa, culturale o consuetudinaria. Le indicazioni offerte dal Comitato sono chiare, laddove richiamando il contenuto degli obblighi degli Stati, evidenzia come la CEDAW preveda che “*any existing norms of religious, customary, indigenous and community justice systems are to be harmonized with its standards*”⁵⁵. Da questo punto di vista, in capo allo Stato vi è l'obbligo di abrogare/emendare qualsiasi norma interna o consuetudine che crei discriminazione di genere e sia di supporto alla violenza⁵⁶. Più in particolare, rispetto all'obbligo dello Stato di eliminare gli stereotipi basati sul genere, alla luce di quanto imposto dagli articoli 2 e 5 della CEDAW, il Comitato ha avuto altresì modo di evidenziare che si tratta di un obbligo di *due diligence* il cui rispetto va valutato considerando l'attitudine e il grado di *gender sensitivity* di cui lo Stato dia prova nel caso in cui la donna sia vittima di forme di violenza che sono la conseguenza di quegli stereotipi⁵⁷.

Se l'obbligo dello Stato è quello di garantire “*that all laws that constitute discrimination against women, including those which cause, promote or justify gender-based violence or perpetuate impunity for such acts, are to be repealed*”⁵⁸, ne consegue che fra tali norme debbano essere ricomprese quelle che tollerano o consentono pratiche che integrano forme di violenza di genere quali quelle dei matrimoni forzati e precoci, che criminalizzano l'aborto, l'adulterio e la prostituzione, nonché quelle che in maniera discriminatoria prevedono l'applicazione

⁵⁴ Comitato CEDAW, *General Recommendation n. 19*, cit., parr. 6, 7.

⁵⁵ Comitato CEDAW, *General Recommendation n. 35, on gender-based violence against women, updating general recommendation n. 19*, 2017 CEDAW/C/G/35, par. 26 (a).

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Comitato CEDAW, *Tayag Vertido v. The Philippines*, cit., par. 8.5; *X. v. Timor Leste*, cit., spec. parr. 6.2-6.6

⁵⁸ Comitato CEDAW, *General Recommendation n. 35*, cit., par. 26(a).

della pena di morte alle donne⁵⁹. Ad avviso del Comitato infatti il fondamento culturale, religioso o consuetudinario non può essere invocato dallo Stato per giustificare il ritardo nell'attuazione delle norme convenzionali⁶⁰, stante l'obbligo per lo stesso di adottare le misure idonee a modificare i modelli di comportamento socioculturale, nonché le pratiche e consuetudini "basati sulla convinzione dell'inferiorità o della superiorità dell'uno o dell'altro sesso o sull'idea di ruoli stereotipati degli uomini e delle donne"⁶¹.

6. *Gli strumenti regionali sulla violenza di genere: norme applicabili...*

All'adozione di uno strumento dedicato al tema della violenza, obiettivo non ancora raggiunto a livello universale, si è invece pervenuti da tempo, seppure attraverso percorsi differenti, nel contesto di alcune organizzazioni regionali, segnatamente l'OSA, l'Unione africana e il Consiglio d'Europa.

Come è noto, infatti, al tema della violenza nei confronti delle donne sono stati dedicati due strumenti regionali, segnatamente le già citate Convenzioni di Bélem do Parà e la Convenzione di Istanbul. Il Protocollo di Maputo, addizionale alla Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, è stato invece concepito, sulla falsariga di quanto realizzato sul piano universale con l'adozione della CEDAW, quale strumento volto a tutelare in generale i diritti della donna: tuttavia, per quanto non specificamente dedicato al problema della violenza di genere, si segnala, come si avrà modo di considerare, per alcune sue disposizioni che contengono un chiaro riferimento a quelle forme di violenza che hanno una connotazione etnoculturale, cui si è fatto riferimento finora.

⁵⁹ *Ibid.*, par. 29c(i)). Va ricordato che proprio con riferimento a tali pratiche il Comitato abbia adottato la già menzionata (v. *supra*, nota 9) raccomandazione congiunta con il Comitato per i diritti dell'infanzia proprio al fine di ribadire l'obbligo degli Stati membri di adottare tutte le misure necessarie all'eliminazione delle *harmful practices*. Cfr. CEDAW Committee, *T.F.P. v. Peru* (ricorso n. 22/2009; decisione del 17 ottobre 2011, CEDAWC/50/D/22/2009).

⁶⁰ Comitato CEDAW, *General Recommendation n. 35*, cit., par. 21.

⁶¹ *Ibid.*, parr. 30(a); 34(c).

L'elemento che emerge in tutta evidenza, infatti, ad un esame delle disposizioni contenute sia nella Convenzione di Bélem do Pará, sia del Protocollo di Maputo è proprio quello del richiamo contenuto in varie norme, all'obbligo dello Stato di intervenire su quel substrato fatto di consuetudini, tradizioni, cultura, religione, ma anche di norme, sul quale si innesta la violenza. Al di là del fatto che tale impostazione sia spiegabile alla luce delle peculiarità proprie dei contesti nei quali tali strumenti internazionali sono stati concepiti, è indubbio che in linea più generale sia anche la riprova dell'importanza che è stata attribuita al dato socioculturale, in quanto elemento che connota in maniera peculiare la problematica della violenza di genere.

Senza voler entrare nel dettaglio delle singole disposizioni, occorre perlomeno soffermarsi sugli elementi caratterizzanti e i principi portanti degli strumenti in questione: questi ultimi, per essere stati pensati *ex latere mulieris* e per essere in alcuni casi il prodotto di specifici contesti culturali e geografici, manifestano una più spiccata attitudine a prendere in esame e stigmatizzare alcuni aspetti che caratterizzano quella che si è finora definita la dimensione etnoculturale della violenza di genere.

Tutti gli strumenti considerati, inclusa la Convenzione di Istanbul, si segnalano per le disposizioni di dettaglio che servono innanzitutto a definire il fenomeno e le condotte vietate⁶², nonché a precisare il contenuto degli obblighi degli Stati. Sotto questo profilo, il tratto comune può essere rappresentato dal forte accento sul contenuto positivo degli obblighi imposti agli Stati, sia per quanto concerne gli obblighi di prevenzione, sia quelli relativi alla repressione degli illeciti e all'adozione delle misure idonee ad incidere sulle cause della violenza e sulle sue manifestazioni⁶³.

⁶² Convenzione di Istanbul, art. 3; Convenzione di Belém do Pará, artt. 1,2; Protocollo di Maputo, art. 1.

⁶³ La Convenzione di Istanbul concepita per combattere oltre che la violenza di genere, anche la violenza domestica, definisce il contenuto degli obblighi con riferimento in particolare alle diverse attività (prevenzione, repressione, assistenza alle vittime, cooperazione giudiziaria in materia penale) richieste agli Stati parte. Per la Convenzione di Belém do Pará, cfr. artt. 7,8; per il Protocollo di Maputo, cfr. artt. 2-9.

Ciò che invece contraddistingue in particolare sia la Convenzione di Belém do Pará, sia il Protocollo di Maputo è la presenza di specifiche disposizioni dedicate alle *harmful practices* nonché di disposizioni che contengono un riferimento chiaro al substrato normativo e consuetudinario che alimenta, giustifica o tollera forme di violenza nei confronti delle donne. Da questo punto di vista pare significativo il fatto che mentre la Convenzione di Istanbul contiene solo il riferimento all'obbligo degli Stati parte di adottare misure che promuovano il cambiamento dei comportamenti socioculturali al fine di eliminare *pregiudizi, tradizioni e costumi* basati sull'idea dell'inferiorità della donna, nonché di vigilare perché i costumi, la religione o la tradizione non siano utilizzati quali alibi per giustificare la violazione delle norme della Convenzione, sia la Convenzione di Belém do Pará, sia il Protocollo di Maputo adottano un linguaggio differente. Il Protocollo di Maputo prevede espressamente che l'azione degli Stati debba essere diretta non solo a modificare tradizioni e consuetudini ma soprattutto ad incidere sul tessuto *normativo* che contribuisce a creare un *habitat* su cui la violenza si innesta e attecchisce. In questo senso si spiegano dunque le norme che impongono l'obbligo di adottare misure specifiche per eliminare le *harmful practices* ed in particolare le mutilazioni genitali, la scarificazione e la medicalizzazione delle medesime (art. 5), o ancora l'obbligo di adottare i provvedimenti legislativi necessari a modificare non solo il contesto culturale esistente, ma anche quello più propriamente normativo e legislativo. Si fa riferimento all'adozione di norme che assicurino la parità di diritti ed obblighi dei coniugi nell'ambito del matrimonio e all'atto del suo scioglimento, fissino nei 18 anni l'età minima per contrarlo e prevedano che questo possa essere concluso solo col pieno consenso di entrambi gli sposi, incoraggino la monogamia, riconoscano alla donna i diritti riproduttivi incluso il diritto di abortire nei casi di stupro, incesto o quando la gravidanza comporta rischi per la salute.

In maniera simile, la Convenzione di Belém do Pará è espressione del contesto in cui si colloca; quest'ultimo, come si è avuto modo di considerare, si segnala non solo per un'ampia diffusione del fenomeno della violenza di genere, direttamente connessa al forte radicamento di modelli "machisti" e abusanti, ma anche per il problema dell'incidenza del fenomeno nelle comunità indigene ed in quelle connotate da un

punto di vista etnico e razziale⁶⁴. Dato il contesto, non sorprende dunque che la Convenzione contenga un chiaro riferimento non solo all'obbligo degli Stati di adottare misure dirette a modificare i modelli socioculturali (art. 8), ma altresì ad adottare misure legislative dirette a modificare e/o abolire leggi, regolamenti nonché modificare prassi giuridiche o consuetudinarie che favoriscano la persistenza di forme di violenza. Altrettanto indicativo è il fatto che la Convenzione di Belém do Pará richieda allo Stato (art. 9) – allorché adotta le misure necessarie per modificare quel substrato normativo e consuetudinario – di tenere in adeguata considerazione la particolare situazione di vulnerabilità alla violenza connessa con l'appartenenza etnica e razziale.

7. Segue: ... e ruolo delle Commissioni e delle Corti

Non vi è dubbio che se l'adozione degli strumenti regionali cui si è fatto riferimento nel paragrafo che precede ha segnato un punto di svolta nella definizione del quadro di norme applicabili in materia di violenza di genere e di azione di contrasto verso quelle forme di violenza sostenute da un substrato etnoculturale, è altrettanto indubbio che un ruolo fondamentale sia stato svolto dagli organi di monitoraggio sotto diversi profili.

Guardando all'attività svolta dalla Corte europea dei diritti umani (Corte EDU), dalla Commissione e dalla Corte interamericane dei diritti umani e dalla Commissione e dalla Corte africane, il primo dato che si coglie è quello relativo al ruolo che gli organi di controllo menzionati hanno svolto, elaborando una giurisprudenza specifica in materia di violenza di genere prima ancora che strumenti specifici fossero adottati in ciascuno dei contesti regionali considerati e dunque prima ancora che quei medesimi strumenti divenissero oggetto della loro attività giurisprudenziale. In particolare, l'attività di due Corti, quella europea e quella interamericana, si segnala per avere le stesse – attraverso il metodo, ben noto e consolidato della protezione indiretta – utilizzato alcune norme contenute negli strumenti generali di tutela dei

⁶⁴ Cfr *supra*, par. 4.

diritti umani (Convenzione europea dei diritti umani e Convenzione americana dei diritti umani) quale base giuridica di riferimento utile per tutelare le vittime della violenza di genere. Gli organi in esame facendo perno in particolare su alcune norme, quali quelle che vietano la tortura e i trattamenti inumani e degradanti⁶⁵ e che tutelano il diritto alla vita privata e familiare⁶⁶ hanno potuto sviluppare una giurisprudenza importante, che è servita a colmare il vuoto normativo fino ad allora esistente⁶⁷. L'adozione successiva di specifici strumenti in tema di violenza di genere in ciascuno dei due contesti regionali – Convenzione di Belém do Pará e Convenzione di Istanbul – ha poi consentito ai due organi giudicanti di individuare una base normativa più specifica; ma in realtà proprio il chiaro orientamento delle Corti nello sviluppo di una giurisprudenza particolarmente innovativa e “proattiva” in materia di violenza di genere ha contribuito sostanzialmente sia all'adozione di strumenti dedicati⁶⁸, sia all'individuazione dei principi cardine che hanno poi ispirato quei medesimi strumenti, in particolare per quel che attiene la definizione del contenuto degli obblighi degli Stati.

È dalla giurisprudenza degli organi di controllo considerati dunque, compresa quella sviluppata precedentemente l'adozione dei due strumenti regionali, che si ricavano indicazioni chiare circa gli obblighi positivi che gravano in capo agli Stati in ordine alle attività di prevenzione della violenza, protezione della vittima e repressione delle con-

⁶⁵ Art. 3 della CEDU e art. 5 della Convenzione americana.

⁶⁶ Art. 8 della CEDU e art. 11 della Convenzione americana.

⁶⁷ Per la Corte europea dei diritti dell'uomo cfr. Grande camera, sentenza del 25 settembre 1997, *Aydin c. Turchia*, ricorso n. 23178/94; sentenza del 4 dicembre 2003, *M.C. et al. c. Bulgaria*, ricorso n. 39272/98; sentenza del 24 gennaio 2008, *Maslova e Nalbandov c. Russia*, ricorso n. 839/02; sentenza del 12 settembre 2008, *Bevacqua e S. c. Bulgaria*, ricorso n. 71127/01; sentenza del 9 settembre 2009, *Opuz c. Turchia*, ricorso n. 33401/02. Per quanto la Corte interamericana cfr. sentenza del 29 luglio 1988, serie C n. 4, *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, ricorso n. 7920/1981; sentenza del 20 gennaio 1989, serie C n. 5, *Godínez-Cruz c. Honduras*, ricorso n. 8997/1982.

⁶⁸ Cfr. J. EVANS, *Gender Mainstreaming at the European Court of Human Rights: The Need for a Coherent Strategy in Approaching Cases of Violence Against Women and Domestic Violence*, in *University of Miami Inter-American Law Review*, 2023, n. 1, pp. 1-39.

dotte illecite. Fondamentale nell'evoluzione della giurisprudenza è infatti il principio della *due diligence*⁶⁹ con riferimento a tutte le attività che lo Stato è tenuto a porre in essere non solo nella fase di prevenzione ma soprattutto in quella di repressione degli illeciti⁷⁰. Ma altrettanto fondamentale è stato il contributo delle Commissioni e delle Corti nell'aver individuato – avallando e rafforzando le indicazioni date in particolare dal Comitato CEDAW – nella correlazione tra violenza di genere e substrato culturale, nonché nella persistenza di una cultura maschilista e discriminatoria, l'origine e la causa della violenza⁷¹.

⁶⁹ Il principio cardine della *due diligence* nel settore più in generale dei diritti umani è stato bene espresso dalla Corte interamericana nel caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras* (cit.), allorché la Corte trattando il tema delle violazioni dei diritti umani che non derivino direttamente da attività imputabili allo Stato ha stabilito che “*an illegal act which violates human rights and which is initially not directly imputable to a State [...] can lead to international responsibility of the State, not because of the act itself, but because of the lack of due diligence to prevent the violation or to respond to it as required by the Convention*” (par. 172). Nello stesso senso cfr. Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, *Communication 245/2002, Zimbabwe Human Rights NGO Forum v Zimbabwe*, sentenza del 11-25 maggio 2006; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 31 maggio 2007, *Kontrová c. Slovacchia*, ricorso n. 7510/04; *Opuz c. Turchia* (cit.). Per un'analisi del principio della *due diligence* si rimanda all'*Annual Report dello Special Rapporteur sulla violenza di genere The due diligence standard as a tool for the elimination of violence against women*, 20 gennaio 2006, E/CN.4/2006/61.

⁷⁰ Per la Corte europea dei diritti umani cfr. sentenza del 26 marzo 1985, ricorso n. 8978/80, *X e Y. c. Olanda*; sentenza del 15 maggio 2012, ricorso n. 53519/07I, *G. c. Moldavia*; sentenza del 7 gennaio 2010, ricorso n. 25965/04, *Rantsev v. Cipro e Russia*; sentenza del 13 aprile 2021, ricorso n. 37882/13, *E. G. c. Moldavia*; sentenza del 3 settembre 2020, ricorso n. 17496/19, *Levchuck c. Ucraina*; sentenza del 7 aprile 2022, ricorso n. 10929/19, *Landi c. Italia*. Per la Commissione e la Corte interamericane cfr. *Velásquez Rodríguez v. Honduras* (cit.); *Godínez-Cruz c. Honduras* (cit.); sentenza del 25 maggio 2001, serie C n. 76, *the “White Van” (Paniagua-Morales et al.) c. Guatemala* ricorso n. 10174/88; sentenza del 5 febbraio 2001, serie C n.73, “*The Last Temptation of Christ*” (*Olmedo-Bustos et al.*) *c. Cile*, ricorso n. 11803/97; decisione n. 54/01 del 16 aprile 2001, *Maria Da Penha Fernandes c. Brasile* ricorso n. 12051; sentenza del 7 giugno 2003, serie C n. 99, *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, ricorso n. 11073/92.

⁷¹ Sono a questo proposito definite dei *landmark judgments* la sentenza della Corte interamericana nel caso “*Cotton fields*” (cit.) e la sentenza della Corte europea nel caso *Opuz c. Turchia* (cit.). La Commissione e la Corte interamericane hanno poi ulte-

Rispetto poi ad alcuni ulteriori aspetti connessi con quello che si è definito il substrato etnoculturale della violenza e con le diverse modalità attraverso cui si manifesta, specifiche indicazioni si ricavano dalla giurisprudenza sia della Commissione/Corte interamericana sia della Commissione/Corte africana. Alcuni aspetti sono connessi col problema del rapporto tra norme interne, discriminazione e violenza e testimoniano dell'attenzione mostrata rispetto al ruolo che il substrato culturale/religioso svolge ponendosi quale potenziale attivatore dei meccanismi di discriminazione e di violenza.

Altri aspetti, quale quello della violenza nei confronti delle donne appartenenti a comunità indigene, sono direttamente legati al particolare contesto geografico ed etnico nel quale le due Commissioni/Corti operano. Quanto al primo aspetto appare assai indicativo quanto la Corte africana ha deliberato da ultimo nel caso che ha recentemente coinvolto il Mali e che ha avuto ad oggetto l'adozione di un nuovo codice sullo statuto personale che recava norme in materia di statuto personale, diritto di famiglia e diritto delle successioni; quest'ultimo era stato adottato in sostituzione di un altro disegno di legge, più in linea con gli obblighi imposti dalle norme internazionali e dal Protocollo di Maputo in materia di diritti delle donne e dei minori, che aveva non a caso suscitato le vigorose proteste di vari movimenti islamici⁷². La Cor-

rriormente approfondito, specie con riferimento ad alcuni contesti particolari, il tema della cultura della inferiorità della donna, quale substrato che favorisce il diffondersi, spesso con proporzioni allarmanti, del fenomeno della violenza di genere. In questo senso, oltre ai già richiamati casi "*Cotton fields*" c. Messico e *Maria Da Penha Fernandes c. Brasile*, si veda: sentenza del 19 novembre 2004, serie C n. 116, *Plan de Sánchez Massacre c. Guatemala*, ricorso n. 11763/96; sentenza del 19 maggio 2014, serie C n. 277, *Véliz Franco et al. c. Guatemala*, ricorso n. 12578/2011; sentenza del 26 settembre 2018, serie C n. 362, *López Soto et al. v. Venezuela* ricorso n. 12797/2007; sentenza del 18 novembre 2022, serie C n. 475, *Angulo Losada c. Bolivia*, ricorso n. 13080/2012. Cfr. altresì Commissione interamericana dei diritti dell'uomo, *The Situation of the Rights of Women in Ciudad Juárez, Mexico: The Right to be Free from Violence and Discrimination*, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 44, 7 marzo 2003, par. 11.

⁷² Cfr. Corte Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, sentenza dell'11 maggio 2018, ricorso n. 046/2016, *IHRDA c. Mali* <https://ihrda.uwazi.io/en/entity/xzvp9hhehgwtq5523ayvi?file=15308823259293nkxi-cwu89kjjm59eurpory66r.pdf>

te ha affermato che le norme del nuovo codice in materia di età minima per il matrimonio, consenso al matrimonio e capacità successoria sono in contrasto con le norme internazionali applicabili; in particolare sono considerati il Protocollo di Maputo, la CEDAW e la Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia per la parte in cui tali strumenti vietano le *harmful practices* a danno di donne e minori ed ogni forma di discriminazione, motivo per cui la Corte ha chiesto al Mali l'adozione di tutti gli opportuni emendamenti al provvedimento, necessari ad eliminare tale contrasto⁷³.

La decisione si colloca nel solco di altre precedenti pronunce con le quali la Commissione africana aveva rilevato il contrasto tra la vigenza delle norme penali islamiche in materia di comportamenti immorali, fornicazione e adulterio con le norme della Carta africana⁷⁴.

Quanto al secondo aspetto, relativo al problema della violenza di genere nei confronti delle donne appartenenti a comunità indigene, non sorprende che questo abbia costituito oggetto di diverse pronunce della Commissione e della Corte interamericane, tenuto conto, come si è rilevato, del particolare contesto geografico nel quale queste operano. L'esame di alcuni ricorsi⁷⁵, così come alcuni specifici studi condotti

⁷³ Si fa riferimento alla norma del codice maliano che fissa l'età minima per il matrimonio per gli uomini in 18 anni e per le donne in 16 (parr. 59-78); che quanto al consenso e tenuto conto delle modalità di conclusione del matrimonio non prevedono che la donna debba esprimere il proprio consenso e nemmeno che debba essere presente all'atto della conclusione del matrimonio (parr. 79-96); alle norme che attribuiscono alla donna la capacità di ereditare in misura equivalente alla metà di quanto spetta all'uomo e privano la vedova e ai figli nati fuori del matrimonio di qualsiasi diritto ad ereditare (parr. 96-115).

⁷⁴ Cfr. le decisioni della Commissione africana rese nei casi *Doebbler c. Sudan* (decisione del 29 maggio 2003, comunicazione n. 236/2000, <http://hrlibrary.umn.edu/africa/comcases/236-2000.html>); *Interights on Behalf of Husaini and Other c. Nigeria* (decisione 27 aprile-11 maggio 2005, comunicazione n. 269/2003, <http://hrlibrary.umn.edu/africa/comcases/Comm269-03.pdf>).

⁷⁵ Commissione interamericana, decisione del 4 aprile 2001, ricorso n. 11565, *Ana, Beatriz, and Cecilia González Pérez c. Mexico*; Corte interamericana, *Massacre of Plan de Sánchez c. Guatemala* (cit.); sentenza del 30 agosto 2010, serie C n. 215, *Ines Fernandez Ortega et al. c. Messico*; sentenza del 31 agosto 2010, serie C n. 216, *Rosendo Cantu c. Mexico*.

sul tema⁷⁶, hanno permesso alla Commissione e alla Corte di evidenziare e dunque ribadire l'esistenza di un problema di fondo rappresentato dalla dimensione intersezionale che caratterizza il fenomeno della violenza nei confronti delle donne indigene: povertà, basso livello di istruzione, marginalizzazione, collocazione in aree remote e geograficamente svantaggiate sono i fattori che rendono le donne appartenenti a tali gruppi intrinsecamente più vulnerabili e dunque maggiormente esposte non solo al rischio della violenza ma, qualora siano vittime, anche a quello di non accedere ai mezzi di ricorso per ottenere così giustizia.

8. Conclusioni

Una riflessione sul tema della violenza di genere porta quasi inevitabilmente a considerare il rilievo che assumono le cause o le sue determinanti. Si è cercato di porre in evidenza come un insieme di fattori – cultura, tradizioni, consuetudini, religione e, talvolta, lo stesso sistema di norme che disciplina alcuni settori dell'ordinamento – possono contribuire, singolarmente o congiuntamente ad attivare e perpetuare il fenomeno della violenza. Tali fattori operano in maniera diversa: possono indicare come necessari comportamenti e pratiche che implicano forme di violenza, oppure possono influenzare la percezione stessa della violenza, sminuendone la gravità o facendo sì che venga accettata come fatto sociale.

Il quadro nel quale la violenza di genere si produce appare dunque non poco complesso perché complesse sono le cause che lo originano ed è su queste che le norme devono innanzitutto intervenire. Ma se si guarda al sistema normativo internazionale attualmente in vigore, il primo elemento che si coglie non è quello della convergenza di norme universali e norme regionali verso il medesimo obiettivo: al contrario

⁷⁶ Commissione interamericana dei diritti dell'uomo, *Indigenous Women and Their Human Rights in the Americas*, 2017, cit.; Id. *Missing and Murdered Indigenous Women in British Columbia, Canada*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 30/14, 21 dicembre 2014.

emerge un disallineamento tra l'azione sul piano universale, che si segnala per la mancata adozione di uno strumento vincolante dedicato al contrasto alla violenza di genere e l'azione sul piano regionale che ha invece prodotto l'adozione di diversi strumenti vincolanti. Questi ultimi non solo affrontano il problema della violenza di genere, ma più specificamente attribuiscono il debito rilievo ai fattori etnoculturali in quanto determinanti della violenza e delineano di conseguenza obiettivi delle disposizioni e contenuto degli obblighi degli Stati. Un analogo disallineamento non si riscontra invece se si considera l'operato degli organi di controllo sulle violazioni dei diritti umani: questi, infatti, mostrano di voler operare per contrastare il fenomeno non solo quando sono chiamati ad applicare le norme degli strumenti specificamente dedicati alla violenza di genere, ma anche quando operano in assenza di uno specifico quadro normativo di riferimento. Emblematico sotto questo profilo è il ruolo svolto dal Comitato CEDAW: il Comitato, infatti, per il tramite di un'applicazione estensiva delle norme convenzionali ha fatto in modo di ricondurre anche i casi di violenza di genere – fattispecie non contemplata dalla CEDAW – nell'alveo delle norme della Convenzione, con risultati tutt'altro che trascurabili quanto all'impatto prodotto sugli ordinamenti interni.

Tuttavia, malgrado la presenza di strumenti regionali dedicati e nonostante l'apporto fornito dagli organi di controllo sia a livello regionale che a livello universale, l'assenza di uno specifico strumento universale vincolante in tema di violenza di genere viene da più parti indicata quale fondamentale ostacolo rispetto al raggiungimento della finalità ultima e più generale che è quella di tutelare la donna e i suoi basilari diritti. Per contro, non manca chi esprime timori circa la possibilità che un sistema di norme universale, pure pensato per combattere un fenomeno così specifico, possa sovrapporsi a quello già previsto dalla CEDAW, ovvero dare vita a meccanismi (ed organi) di controllo la cui attività possa inficiare o limitare il ruolo che è proprio del Comitato CEDAW. A questo proposito, può però, in primo luogo, osservarsi come il sistema universale di tutela dei diritti umani si caratterizzi proprio per la presenza di sistemi di norme e di correlativi meccanismi di controllo che perché diretti al perseguimento del medesimo scopo non risultano sovrabbondanti ma piuttosto capaci di un reciproco rafforzamento. In secondo luogo, si può altresì evidenziare che proprio la

specificità non solo del fenomeno della violenza di genere, ma anche delle connotazioni che questo è capace di assumere, basterebbero, da soli, a giustificare l'adozione.

Ciò che piuttosto merita considerare è che l'assenza di uno strumento universale vincolante è indicativa del fatto che vi è ancora una resistenza di fondo rispetto all'ipotesi che sia la norma internazionale (universale) ad imporre il cambiamento: è quanto dire della capacità della norma internazionale di "forzare" il processo di evoluzione e di mutamento di costumi e tradizioni nei singoli contesti nazionali. Come l'esperienza della CEDAW e delle riserve ad essa apposte dimostra ampiamente, il tentativo di adottare norme e modelli condivisi incontra dei limiti tutte le volte in cui è richiesta al legislatore interno l'adozione di una pluralità di interventi, idonei ad incidere, in maniera diretta ma anche indiretta, su quel substrato sociale e culturale al quale è ancorata la norma interna che risulta in contrasto con la norma internazionale. Da questo punto di vista potrebbe dirsi che il settore della violenza di genere assume una valenza quasi paradigmatica, proprio per il ruolo che il substrato socioculturale (o etnoculturale) svolge nel creare quelle condizioni di contesto che favoriscono la violenza e sulle quali la norma internazionale è destinata ad incidere. E tuttavia, ciò che pare tutt'altro che secondario e che emerge dal quadro che si è cercato di delineare è l'impatto che le norme internazionali in materia di contrasto alla violenza di genere, là dove sono state adottate – e si allude in particolare agli strumenti regionali – hanno prodotto sull'attività del legislatore e sull'evoluzione degli ordinamenti interni: è quanto dire degli interventi con i quali sono state vietate le mutilazioni genitali, sono stati introdotti dei correttivi alle norme interne per limitare i matrimoni forzati e precoci, è stato legalizzato l'aborto o sono state introdotte importanti modifiche alle norme penali che disciplinano la materia della violenza sessuale. Il tema della violenza di genere ripropone dunque una questione, ben nota, che fa da sfondo all'evoluzione dell'intero settore del diritto internazionale dei diritti umani: talvolta è il cambiamento che si produce nel contesto sociale e culturale ad innescare il processo di evoluzione dell'ordinamento interno e il suo allineamento agli *standard* internazionali; talaltra, in maniera inversa, è proprio l'adozione della norma internazionale che, influenzando ed orientando dall'esterno l'operato del legislatore, può

indurre attraverso quest'ultimo il mutamento del comportamento sociale che trova nella cultura, nelle tradizioni e consuetudini locali la propria origine.

Abstract

Nonostante la violenza di genere sia un fenomeno dalle dimensioni globali, in alcuni particolari contesti è l'interazione tra substrato etnoculturale e sistema normativo interno che appare particolarmente idonea a creare e consolidare, a danno della donna, modelli di subordinazione, discriminazione e violenza. L'obiettivo della presente indagine è quello di verificare in che modo le norme internazionali – tenuto conto dell'assenza di uno strumento universale vincolante specificamente dedicato alla violenza di genere – possono contribuire a contrastare il fenomeno della violenza di genere, in particolare quando questa appaia direttamente influenzata e supportata da un insieme di fattori di tipo etnoculturale.

KEYWORDS: Violenza di genere – etnicità – *harmful practices* – discriminazione – organi di controllo sui diritti umani

THE ETHNIC AND CULTURAL
ROOTS OF VIOLENCE AGAINST WOMEN:
THE APPROACH OF INTERNATIONAL LAW

Although violence against women is present in every country and can rightly be regarded as a global phenomenon, in some contexts it takes on peculiar connotations due to the interaction between ethno-cultural factors and the national legal system. This interaction significantly contributes to create and consolidate patterns of subordination, discrimination, and violence against women. The aim of this article is to examine how international rules – given the absence of a binding universal instrument specifically addressing this issue – can contribute to combating gender violence, especially when it is influenced and nourished by culture, ethnicity, and religion.

KEYWORDS: Gender violence – ethnicity – harmful practices – discrimination – human rights bodies

LA GUERRA CONTRO LE DONNE
NELL'AFGHANISTAN DEI TALEBANI
TRA CONSIGLIO DI SICUREZZA
E PROTEZIONE INTERNAZIONALE

*Raffaele Cadin**

SOMMARIO: 1. Aspetti introduttivi. – 2. Lo sguardo del Consiglio di sicurezza sulla restaurazione talebana: prima inspiegabilmente benevolo, poi turbato ma temporeggiante. – 3. Il triste *revival* della segregazione delle donne in Afghanistan mette a dura prova la pazienza onusiana. – 4. Le conseguenze giuridiche nel diritto internazionale della persecuzione di genere, con particolare riferimento alla protezione internazionale.

1. Aspetti introduttivi

La storia giuridica delle donne in Afghanistan è sicuramente complessa ed articolata e ha un punto di partenza obbligato: evitare i luoghi comuni e le banalizzazioni che di solito sono al centro della narrativa ampiamente mediatizzata sulle discriminazioni di genere perpetrate dai Talebani. Più che rifare una storia già scritta e riscritta cento e più volte, conviene limitarsi a porre tre questioni centrali per posizionare il problema sotto il profilo storico-giuridico in una prospettiva dinamica.

Il primo dilemma è ben rappresentato dalla seguente domanda: la vulgata secondo la quale già negli anni '80 del XX secolo si era realizzata l'emancipazione delle donne in Afghanistan (... e le ragazze giravano per Kabul in minigonna) ha un qualche riscontro nella realtà o si tratta di una esagerazione ingannevole e fuorviante in quanto ha pesantemente condizionato le analisi e le ottimistiche previsioni fatte dopo la defenestrazione dei talebani determinata dall'intervento militare

* Associato di Diritto Internazionale, Sapienza Università di Roma. Indirizzo e-mail: raffaele.cadin@uniroma1.it

anglo-statunitense seguito agli attentati terroristici dell'11 settembre 2001¹?

Un secondo quesito, di non minore importanza, attiene appunto alla apparente inefficacia delle politiche di liberazione delle donne in Afghanistan attuate per un ventennio dalla coalizione Occidentale con il supporto della “famiglia” al completo (missione politica, fondi, programmi, ecc.) delle Nazioni Unite: il peccato “originale” è stato quello di sottovalutare la distanza esistente tra la decadente e borghese capitale e le campagne immerse in una società tradizionalista refrattaria ad ogni cambiamento o c'è qualcosa di più che va oltre una classica critica marxista²?

Infine, la domanda delle domande è naturalmente quella relativa all'assenza di un qualsiasi riferimento alla protezione dei diritti fon-

¹ C. FARHOUMAND-SIMS, *Unfilled Promises. Women and Peace in Post-Taliban Afghanistan*, in *International Journal*, 2007, p. 643 ss., p. 654, osserva: “*In the days and weeks leading up to the US war on terror, the rhetoric surrounding American and coalition objectives in Afghanistan centred around the gender apartheid that had consumed the country since the rise of the Taliban in 1995. In fact, gender was instrumentalized by the west to rally support for the impending war on Afghanistan and to justify this military campaign. The rhetoric failed to appreciate that the suffering of Afghanistan's women did not begin with the reign of the Taliban regime- nor the oppressive edicts they imposed during their administration. The violation of women's human rights, including incidents of physical and sexual abuse of women and their lack of access to education, healthcare, public participation, etc., was a reality in Afghanistan throughout the conflict, and was in fact at its worst during the civil war when mujabedin leaders fought for control of Kabul. Contrary to popular belief and the rhetoric of the time, the war on terror did not present Afghan women with an immediate change in status, rights, or opportunity. In fact, the deteriorating security situation has severely negatively affected women's ability to enjoy the rights and opportunities promised them by the international community*”.

² M. BARSA, *Determining if Progress Will Prevail or Peril: The Role for Women in Defining Afghanistan's Future*, in *Fletcher Forum of World Affairs*, 2014, vol. 38, n. 1, p. 87 ss., p. 87, propone questo bilancio ottimistico: “*After twelve years in Afghanistan, U.S.-led coalition forces are drawing down their presence. Despite a mixed track record, they leave behind a reformed nation. More than eight million children are now in school, up from 900,000 in 2001. Maternal and infant mortality rates have decreased significantly, and average life expectancy has increased by sixteen years. Sixty percent of the population is within an hour's walk of a health center. Women have exercised their rights to work, vote, be educated, and serve in political office*”.

damentali e delle donne nell'Accordo di Doha, firmato dagli Stati Uniti e dai talebani il 29 febbraio 2020, che hanno preceduto il ritiro dei *marines* dall'Afghanistan³: anche qui, si è trattato di una mera concessione alla *Realpolitik* dovuta a circostanze particolari e ad obiettive necessità militari o invece siamo in presenza di un passaggio epocale che introduce una *Post-Human Rights Era*, non a caso segnata dalla persecuzione delle donne nell'Emirato Islamico dell'Afghanistan?

Mentre il tentativo di rispondere, dopo adeguata riflessione, alle domande che precedono è rinviato ad un'altra occasione di approfondimento, il presente contributo ha tre finalità principali, sicuramente più limitate e a carattere giuridico. La prima è quella di dare conto dell'evoluzione recente della questione dell'Afghanistan davanti al Consiglio di sicurezza e di farlo in parallelo con la vera e propria restaurazione del sistema di segregazione di genere operata dai Talebani nonostante le promesse e le assicurazioni fatte nel corso dei negoziati e nel momento della (ri)presa del potere a Kabul nell'agosto del 2021. Tale resoconto, apparentemente meramente descrittivo, consentirà invece di valutare appieno le ipocrisie e i ritardi del diritto onusiano ed internazionale in una comunità internazionale sempre più divisa dopo lo scoppio del conflitto russo-ucraino.

In secondo luogo, il contributo intende analizzare le gravi e sistematiche violazioni dei diritti fondamentali delle donne e delle ragazze perpetrate dal regime teocratico al potere in Afghanistan per verificare se è in corso una “*gender persecution, a crime against humanity*”, come

³ Nell'ambito dell'amministrazione Trump, i negoziati tra gli Stati Uniti e i Talebani si sono conclusi con un accordo bilaterale firmato a Doha nel febbraio 2020: l'intesa ha definito una tempistica per il ritiro delle truppe statunitensi dall'Afghanistan, garanzie antiterrorismo da parte dei talebani, un percorso verso un cessate il fuoco tra i Talebani e il governo afgano e un negoziato all'interno dell'Afghanistan per pacificare il Paese. L'accordo non prevedeva alcuna garanzia in materia di rispetto dei diritti umani e tantomeno di diritti delle donne e delle ragazze. In realtà, i Talebani si sono limitati a rispettare la promessa di cessare gli attacchi alle forze statunitensi in Afghanistan, senza peraltro interrompere le relazioni con al-Qaeda e altre organizzazioni terroristiche, continuando le operazioni militari contro il governo afgano e rifiutandosi di concludere un cessate il fuoco e di iniziare un genuino negoziato intra-afghano. Per approfondimenti, cfr. S. YAQUB IBRAHIMI, *False Negotiations and the Fall of Afghanistan to the Taliban*, in *International Journal*, 2022, p. 168 ss.

recentemente sostenuto da un gruppo di esperti indipendenti delle Nazioni Unite⁴.

Tale qualificazione avrebbe poi delle particolari conseguenze giuridiche sia nell'ambito generale del diritto della responsabilità internazionale, sia nella materia specifica della protezione internazionale delle donne in fuga dall'Afghanistan dei Talebani. Ad esempio, questa è la posizione assunta nel febbraio 2023 dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR): *"In light of the wide range of increasingly restrictive measures imposed by the de facto authorities on women and girls in Afghanistan in violation of their human rights, UNHCR considers Afghan women and girls are likely to be in need of international refugee protection under the 1951 Refugee Convention"*⁵.

Del resto, l'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo è arrivata nel gennaio di quest'anno alla conclusione che sotto il dominio talebano le donne e le ragazze sono in generale a rischio di persecuzione e quindi ammissibili allo *status* di rifugiato. Pur trattandosi di una indicazione contenuta in una Linea-guida non giuridicamente vincolante per gli Stati membri dell'UE⁶, essa ha già trovato applicazione in diversi Paesi come la Svezia, la Danimarca e da ultimo la Finlandia.

Infine, ci si chiederà brevemente qual è la situazione in Italia. Anche se al momento non ci sono posizioni ufficiali, la prassi delle commissioni territoriali pare confermare l'ipotesi di ricerca secondo la quale tutte le donne in fuga dall'Afghanistan vanno riconosciute *prima facie* come rifugiate.

⁴ *Afghanistan: Latest Taliban treatment of women and girls may be crime against humanity, say UN experts*, 25 novembre 2022: <https://www.ohchr.org/en/statements/2022/11/afghanistan-latest-taliban-treatment-women-and-girls-may-be-crime-against> .

⁵ UNHCR, *Guidance note on the international protection needs of people fleeing Afghanistan – Update 1*, febbraio 2023, par. 9.

⁶ *European Union Agency for Asylum, Country Guidance: Afghanistan*, gennaio 2023.

2. *Lo sguardo del Consiglio di sicurezza sulla restaurazione talebana: prima inspiegabilmente benevolo, poi turbato ma temporeggiante*

Le aperture di credito verso il ritorno al potere dei Talebani in Afghanistan, implicite già nel menzionato Accordo di Doha del 29 febbraio 2020, si sono purtroppo dimostrate del tutto infondate, come del resto era facile prevedere fin dall'inizio, con danni incalcolabili per tutta la popolazione del Paese a causa della gravissima crisi economica ed umanitaria che l'ha colpito in maniera sempre più profonda. In tale già di per sé drammatico contesto generale inquadrabile nelle emergenze umanitarie complesse, la situazione delle donne e delle ragazze è diventata progressivamente sempre più intollerabile per due ragioni convergenti: da una parte, è noto che i gruppi più vulnerabili, incluse le minoranze e le persone LGBTQI+, soffrono in maniera sproporzionata le conseguenze negative di queste circostanze eccezionali, dall'altra parte il regime dei talebani ha adottato nel breve volgere di qualche mese, probabilmente "confortato" da una relativa e per molti versi illusoria stabilizzazione del suo potere, una serie di misure discriminatorie nei confronti delle donne che non hanno precedenti nella storia contemporanea dell'umanità.

Questa vera e propria *via crucis* delle donne in Afghanistan, giuridica ma anche e soprattutto esistenziale, è stata segnata da una serie di passaggi che, sia pure con i ritardi, le divisioni e le ipocrisie tipiche del diritto internazionale, tanto più in un periodo di profonda divisione qual è quello attuale, sono state registrati dalla prassi onusiana, con particolare riferimento agli atti adottati dal Consiglio di sicurezza e ai rapporti presentati dal Segretario generale. Tale analisi è finalizzata a cercare di arrivare ad una prima conclusione circa l'esistenza, nell'attuale contesto afgano caratterizzato dalle misure discriminatorie senza precedenti adottate dal regime talebano, di una vera e propria persecuzione nei confronti delle donne.

Il punto di partenza dell'indagine è rappresentato dalla risoluzione 2513 (2020), adottata all'unanimità dal Consiglio di sicurezza il 10 marzo 2020, che certamente rappresenta una delle pagine più nere nella storia recente dell'organo al quale la Carta delle Nazioni Unite attribuisce la responsabilità principale nel mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. Tale risoluzione verrà ricordata per aver "bat-

tezzato” il famigerato Accordo di Doha tra Stati Uniti e Talebani che, insieme alla Dichiarazione congiunta tra Afghanistan e Stati Uniti, è allegato alla delibera.

Infatti, il Consiglio “[w]elcomes the significant steps towards ending the war and opening the door to intra-Afghan negotiations enabled by the Joint Declaration between the Islamic Republic of Afghanistan and the United States of America for Bringing Peace to Afghanistan [...] and the Agreement for Bringing Peace to Afghanistan between the United States of America and the Taliban [...]” (primo par. del dispositivo). Nel terzo paragrafo del dispositivo il Consiglio accoglie positivamente l’intenzione delle parti afgane di perseguire la pacificazione nazionale tramite negoziati, sottolineando “*the importance of the effective and meaningful participation of women, youth, and minorities*” e che “*any political settlement must protect the rights of all Afghans, including women, youth and minorities*”. Nel paragrafo successivo, il Consiglio invita il governo della Repubblica Islamica dell’Afghanistan “*to advance the peace process, including by participating in intra-Afghan negotiations through a diverse and inclusive negotiating team composed of Afghan political and civil society leaders, including women*”⁷.

Si tratta di indicazioni importanti sia sotto il profilo procedurale che nel merito, anche perché totalmente assenti negli strumenti prima menzionati, ma la mancanza di un riferimento ai diritti umani a carattere prescrittivo è il punto formalmente assorbente che squalifica la risoluzione 2513 (2021). Infatti, l’invocazione dei diritti degli afgani pare mettere in discussione la natura universale dei diritti umani o quantomeno la loro applicabilità in contesti culturalmente caratterizzati quale l’incombente (*sic*) l’Emirato Islamico dell’Afghanistan⁸ e rap-

⁷ Afghanistan: Resolution on the Peace Process, in *What’s in Blue*, 10 marzo 2021: “Several Council members, including European members of the Council, called for language reflecting the need to preserve the constitutional gains achieved in Afghanistan with regard to women and youth rights. The initial draft was therefore amended to include a call for the participation of women, youth and minorities in the political process, emphasising that any future political settlement must protect the rights of all Afghans, including women, youth and minorities”.

⁸ Nell’ultimo considerando della risoluzione 2513 (2020), il Consiglio di sicurezza osserva, in maniera poco lungimirante, che “*the Islamic Emirate of Afghanistan is not recognized at the United Nations, and furthermore that the UN Security Council does*

presenta un ritorno ad una concezione “sovranista” dei diritti (legati all'appartenenza nazionale e non al genere umano) che non ha cittadinanza nel diritto internazionale a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948.

Anche se diversi membri (anche permanenti) del Consiglio di sicurezza hanno evidenziato nelle loro dichiarazioni post-voto la necessità di assicurare i diritti umani nell'Afghanistan a venire (un caso di ipocrisia “politicamente corretta”?)⁹, solo il delegato della Germania ha avuto il coraggio di ammettere che “[w]e would have welcomed in the resolution clear references to the Afghan Constitution as well as to human rights and the importance of respecting such rights in general. For us, references to the Constitution and to human rights remain the indispensable basis for the future development of the country”¹⁰. Poco attento è sembrato il rappresentante della Francia che ha dichiarato che il suo Paese “will continue support Afghanistan as it seeks lasting peace, which must translate into the full implementation of the commitments made by the Taliban to reducing violence and fighting terrorism. Moreover, it will also mean – and this is indispensable – safeguarding and

not support the restoration of the Islamic Emirate of Afghanistan”.

⁹ Emblematica, in questo senso, la dichiarazione del delegato degli Stati Uniti: “For Afghanistan to enjoy international standing, support and investment, fundamental rights must be safeguarded and championed. We hope the people of Afghanistan seize the opportunity to achieve a historic peace settlement that ends the conflict in their country, preserves the gains of the last two decades in human rights, basic freedoms and the meaningful participation of women in political and civil institutions, and ensures that the territory of the Afghan people will never again be used by international terrorists to threaten the world” (UN. Doc. S/PV.8742, verbale della riunione del Consiglio di sicurezza del 10 marzo 2020, p. 3). Anche il rappresentante del Regno Unito ha assunto una posizione non priva di ambiguità: “I should like to emphasize points about the role of women. This morning Afghanistan and the United Kingdom co-hosted a high-level event of the Group of Friends of Women in Afghanistan. Many members who are in the Chamber today were there to attend and to speak, and we heard from leading Afghan women in politics and civil society. The Security Council has sent a clear message in this regard. We expect to see the effective and meaningful participation in the peace process of women as well as young people and other minorities. While any peace deal is ultimately for Afghans to decide upon, we affirm that it should protect the fundamental rights and freedoms of all” (*ibidem*, pp. 4-5).

¹⁰ *Ibidem*, p. 4.

*building on all the gains achieved since 2001 in terms of democracy, the rule of law and respect for human rights, in particular women's and minority rights, as the resolution we have just adopted recalls*¹¹. Realista, ma almeno coerente, è parsa la posizione della Russia, il cui rappresentante si è limitato ad auspicare che “[a]ll efforts must be geared towards the prompt launch of inclusive inter-Afghan talks with the participation of all the country's sociopolitical groups”¹².

Il passaggio successivo coincide con uno dei momenti più drammatici delle relazioni internazionali contemporanee, ovvero la presa di Kabul da parte del regime dei talebani, avvenuta il 15 agosto 2021, che per le donne afgane ha rappresentato *un turning point* paragonabile a quello che per l'Occidente è stato l'11 settembre 2001. Segue, negli undici giorni successivi, il ritiro delle ultime truppe dei contingenti stranieri e soprattutto la caotica evacuazione di circa 200mila afgani, ovvero di una parte significativa della società civile più avanzata di questo Paese. Fuga disperata di fatto terminata il 26 agosto 2021 nel sangue dell'attentato perpetrato dall'ISIS nei pressi dell'aeroporto di Kabul.

Nel giro di pochi giorni, già il 30 agosto 2021, il Consiglio di sicurezza riesce ad adottare la risoluzione 2593 (2021), sia pure con l'astensione di Russia e Cina. Si tratta di una risoluzione *old style*, breve e carica di significato com'è normale che sia nei momenti storici, ma forse fin troppo sintetica e involuta in alcuni passaggi che sicuramente avrebbero richiesto un processo negoziale meno affrettato.

Dopo aver condannato l'attentato terroristico che ha causato centinaia di morti tra civili e militari e aver reiterato la richiesta che l'Afghanistan non diventi un santuario per il terrorismo e i terroristi islamici (primi due paragrafi del dispositivo), il Consiglio affronta nel terzo paragrafo la crisi umanitaria incombente sul Paese per poi, ed è quello che qui interessa, riaffermare “*the importance of upholding human rights including those of women, children and minorities*” e incoraggiare “*all parties to seek an inclusive, negotiated political settlement, with the full, equal and meaningful participation of women, that responds to the desire of Afghans to sustain and build on Afghanistan's*

¹¹ *Ibidem*, p. 6.

¹² *Ibidem*, p. 5.

gains over the last twenty years in adherence to the rule of law” (quarto par. del dispositivo). Dunque, i diritti umani tornano magicamente ad essere il paradigma normativo di qualsiasi soluzione politica della crisi afghana: è quasi banale osservare che tale affermazione non dovrebbe dipendere dal tipo di regime al potere in Afghanistan e tantomeno dai cambiamenti nel frattempo avvenuti nell'amministrazione statunitense (dal Presidente conservatore Trump a quello democratico Biden).

Tuttavia, il punto nello stesso tempo più sorprendente e ricco di implicazioni giuridiche è un altro. Infatti, nel quinto par. del dispositivo, il Consiglio di sicurezza prende nota del *“Taliban statement of August 27, 2021, in which the Taliban committed that Afghans will be able to travel abroad, may leave Afghanistan anytime they want to, and may exit Afghanistan via any border crossing, both air and ground, including at the reopened and secured Kabul airport, with no one preventing them from traveling”* e dichiara di aspettarsi che *“the Taliban will adhere to these and all other commitments, including regarding the safe, secure, and orderly departure from Afghanistan”*. Che non si tratti di una valutazione esagerata è dimostrato dal fatto che nella dichiarazione post-voto il rappresentante degli Stati Uniti afferma: *“[t]oday’s resolution 2593 (2021) establishes three clear expectations regarding the future of Afghanistan. First, the Security Council expects the Taliban to live up to its commitment to facilitating safe passage for Afghans and foreign nationals who want to leave Afghanistan, whether it be today, tomorrow or after 31 August. Consistent with the right to leave any country, including one’s own, everybody must be allowed to safely leave Afghanistan for whatever reason, whenever they want, by air or by land. That is of the utmost importance to us”*¹³.

Il riferimento è naturalmente al “diritto a migrare” proclamato

¹³ UN. Doc. S/PV.8848, verbale della riunione del Consiglio di sicurezza del 30 agosto 2021, p. 2. Vale la pena di ricordare la condanna senza appello del delegato cinese che, nella sua durezza, ha pochi precedenti diplomatici: *“They have left an immense catastrophe in their wake in Afghanistan – one that they created – shifting the blame and responsibility to neighbouring countries and the Security Council. The actions of foreign troops in Afghanistan over the past 20 years, including the criminal activities carried out by the United States and Australian forces involving the indiscriminate killing of civilians, must not be glossed over and must continue to be investigated”* (ibidem, p. 6).

dall'art. 13, par. 2, della Dichiarazione universale dei diritti umani e dall'art. 12, par. 2, del del Patto delle Nazioni Unite del 1966 sui diritti civili e politici¹⁴, uno dei diritti fondamentali più dimenticato e da sempre contestato nell'ambito del diritto internazionale dei diritti umani! Che diventi il centro di gravità giuridico di una risoluzione del Consiglio di sicurezza redatta dagli Stati Uniti ed avente ad oggetto una delle situazioni chiave nell'agenda dell'organo consigliere rappresenta qualcosa di assai sorprendente sotto diversi punti di vista. Rimangono, peraltro, una serie di aspetti discutibili o comunque di non facile interpretazione:

a) il fatto di far derivare il “diritto a migrare” non dagli strumenti internazionali appena evocati, ma da un impegno volontariamente assunto dai Talebani all'indomani dell'attentato terroristico del 26 agosto 2021 è una scelta poco comprensibile dato che tale assicurazione fornita dagli integralisti islamici rischia soltanto di mistificare la natura di un obbligo giuridico internazionale già esistente;

b) sarebbe stato al contrario opportuno che il Consiglio invitasse gli Stati membri ad autorizzare l'ingresso nel proprio territorio agli afghani desiderosi di lasciare il proprio Paese dato che, come evidenziato dalla migliore dottrina¹⁵, il diritto a migrare non può essere effettivamente esercitato in assenza di Stati disponibili ad accogliere i migranti in fuga;

c) in effetti, la seguente dichiarazione sull'evacuazione dall'Afghanistan è stata approvata il 29 agosto 2021 da un centinaio di Stati: *“We are all committed to ensuring that our citizens, nationals and residents, employees, Afghans who have worked with us and those who are at risk can continue to travel freely to destinations outside Afghanistan. We have received assurances from the Taliban that all foreign nationals and any Afghan citizen with travel authorization from our countries will be allowed to proceed in a safe and orderly manner to points of depar-*

¹⁴ Ai sensi dell'art. 13, par. 2, della Dichiarazione universal dei diritti dell'uomo del 1948: *“Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country”*. Di contenuto analogo l'art. 12, par. 2, del Patto sui diritti civili e politici del 1966: *“Everyone shall be free to leave any country, including his own”*.

¹⁵ G. GUARINO, *Sovranità dello Stato, diritti fondamentali e migrazione: gli elementi di una contraddizione*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, p. 40 ss.

*ture and travel outside the country. We will continue issuing travel documentation to designated Afghans, and we have the clear expectation of and commitment from the Taliban that they can travel to our respective countries. We note the public statements of the Taliban confirming this understanding*¹⁶.

d) ne consegue che il riferimento al “diritto a migrare” presente nella risoluzione 2593 (2021) ha carattere demagogico e rischia di essere mistificatorio: nella realtà è stata data applicazione all’istituto della “protezione temporanea” nei confronti di tutte le persone a rischio nell’ambito della situazione di emergenza determinata dall’improvvisa presa del potere da parte dei talebani¹⁷.

Successivamente, la questione afghana nell’ambito del sistema onusiano è stata affrontata alla luce di due problemi considerati assolutamente prioritari: da una parte valutare se nel nuovo contesto politico era il caso di rinnovare e/o riformare il mandato nell’UNAMA (*United Nations Assistance Mission in Afghanistan*), la missione politica speciale dell’ONU con il compito di assistere la popolazione afghana, dall’altra monitorare il rispetto dei diritti umani da parte del regime talebani con particolare riferimento ai diritti delle donne e dei gruppi sociali più vulnerabili. È sempre stato chiaro che si trattava di due facce della stessa medaglia perché la decisione delle Nazioni Unite di restare nel Paese degli aquiloni aveva senso solo se collegata, anche indirettamente, alla promozione del benessere della popolazione civile

¹⁶ La dichiarazione è disponibile online a questo indirizzo: <https://it.usembassy.gov/joint-statement-on-afghanistan-evacuation-travel-assurances/>.

¹⁷ Così l’UNHCR, nella già citata *Guidance note on the international protection needs of people fleeing Afghanistan*, par. 29: “*In countries without functional asylum systems, or where States face challenges in adapting existing asylum systems to the need to determine potentially large numbers of claims for international refugee protection by Afghan nationals, UNHCR continues to call on States to ensure that all Afghans are protected from refoulement in line with their obligations under international and regional law. UNHCR encourages States to provide a legal basis of stay to Afghans, such as forms of temporary protection or other stay arrangements, with appropriate safeguards, until such time as it can be determined, on the basis of an objective assessment, that the human rights and security situation in Afghanistan has durably improved and, in the absence of international protection needs, voluntary return is reasonable and can be carried out in safety and dignity*”.

minacciato sia da una gravissima crisi umanitaria complessa che dall'estremismo religioso del restaurato Emirato Islamico.

Quanto all'UNAMA, la sua istituzione risale addirittura all'inizio del periodo caratterizzato dal cambio regime e dall'occupazione militare del Paese da parte della coalizione Occidentale in seguito all'intervento militare anglo-statunitense occasionato dagli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001. È stata infatti istituita dalla risoluzione 1401 (2002) adottata dal Consiglio di sicurezza il 28 marzo 2002 e da allora il suo mandato è stato più volte modificato per riflettere le mutevoli esigenze del Paese fino ad arrivare all'ultimo rinnovo annuale deciso dalla risoluzione 2678 (2023) del 16 marzo 2023. A partire dal 2008, l'UNAMA, guidata dall'Alto Rappresentante del Segretario Generale per l'Afghanistan, è una missione integrata, nel senso che la missione politica speciale, tutte le agenzie, i fondi e i programmi dell'ONU lavorano in modo multidimensionale e integrato per assistere meglio la popolazione dell'Afghanistan secondo priorità definite a livello nazionale. A questo fine, è articolata in due pilastri fondamentali, quello degli affari politici, che si occupa anche dello stato di diritto e delle questioni di genere, e quello dell'assistenza umanitaria e per lo sviluppo.

La questione dei rapporti tra UNAMA e regime dei talebani si è posta in occasione dei rinnovi della missione dopo la riconquista del potere da parte degli estremisti islamici. Ad esempio, nell'ambito della riunione consigliare tenutasi il 2 marzo 2022, il Capo della missione ha dichiarato che *“a political mission implies a political purpose. That purpose [...] is ultimately to see Afghanistan, one of the original Members of the United Nations, rejoin the Organization as a Member in good standing, benefit from the resources of the international community and contribute to the global discussion on issues of common concern. Naturally, working with the de facto authority in no way means condoning everything that it does. But this will give us the opportunity, on behalf of all Council members and the rest of the international community, to help shape a future for the people of Afghanistan, free of conflict and where they can peacefully pursue their quest for prosperity, participation and respect for their rights”*¹⁸.

¹⁸ UN. Doc. S/PV.8984, verbale della riunione del Consiglio di sicurezza del 2

Nella risoluzione 2626 (2022) del 17 marzo 2022, il Consiglio di sicurezza, nel rinnovare per un anno la missione, ha delineato diverse priorità per l'UNAMA, tra cui fornire assistenza e buoni uffici per facilitare il dialogo tra tutte le parti interessate e la comunità internazionale; promuovere una *governance* responsabile e lo stato di diritto; assicurare il monitoraggio e la rendicontazione sui diritti umani e sostenere l'uguaglianza di genere e la partecipazione piena, equa e significativa delle donne a tutti i livelli del processo decisionale. L'adozione della risoluzione non è stata peraltro pacifica come dimostra l'astensione della Russia e il dibattito post-voto che ha visto aumentare il livello di conflittualità tra la *membership* del Consiglio e i due membri permanenti non occidentali.

In particolare, il rappresentante della Federazione Russa si è astenuto perché non è stato ricercato il consenso del Paese ospitante alla presenza della missione politica speciale dell'ONU. Il delegato russo ha poi messo in guardia dal rischio di trasformare quest'ultima in una "*United Nations mission impossible*" e ha sottolineato che il sostegno delle autorità *de facto* in Afghanistan la aiuterebbe a realizzare il suo mandato. Anche il delegato cinese, pur non facendo mancare il proprio sostegno alla delibera, ha espresso diverse critiche, a cominciare dal fatto che "[w]e still have many doubts as to whether the tasks laid out in this mandate are appropriate". In pratica, secondo la Cina, l'Afghanistan sarebbe finalmente entrato in una nuova fase di ricostruzione pacifica in cui la ripresa economica dovrebbe essere considerato il compito più urgente da perseguire tramite l'azione dell'UNAMA e

marzo 2022. Così vengono delineati i compiti della missione: "*If UNAMA is appropriately equipped and empowered by the Security Council, a busy but worthwhile agenda awaits us. First, we must address the economic crisis that I mentioned earlier. Secondly, we must work with the Taliban de facto authorities to ensure strong, vital, high-level education for all girls and boys to help the country move forward. Thirdly, we must continue supporting respect for internationally recognized of human rights. Fourthly, we must engage in a discussion about political inclusion to ensure that the concerns of all Afghans in their very rich diversity are in fact reflected in decision-making. Fifthly, we must support a structured policy dialogue with the de facto authorities that supports this process of securing domestic legitimacy, as well as addresses the key concerns of members of the Security Council, namely, counter-narcotics, counter-terrorism and regional security (ibidem, p. 4).*

della comunità internazionale. Quest'ultima, peraltro, dovrebbe conformare il suo operato a non meglio precisati *"Afghan-led and Afghan-owned principles"*. Con tutta probabilità l'astensione cinese è stata evitata grazie all'inserimento nel testo della delibera di un riferimento al principio che *"Afghan assets belong to the Afghan people"*, applicabile ai fondi appartenenti alla Banca centrale dell'Afghanistan congelati negli Stati Uniti (ben 7 miliardi di dollari) che secondo il delegato cinese dovrebbero essere restituiti senza indugio al popolo afgano¹⁹.

In realtà, l'approfondimento delle divisioni sul mandato dell'UNAMA è stato determinato non soltanto dal peggioramento del contesto internazionale dovuto all'inizio dell'aggressione perpetrata dalla Russia nei confronti dell'Ucraina, ma anche e soprattutto dall'adozione da parte degli estremisti islamisti al potere a Kabul di una serie sempre più intollerabile di misure discriminatorie nei confronti di donne e ragazze. Prima di passare ad esaminare tale deriva sfociata in una vera e propria persecuzione di genere, non rimane che ricordare che il 16 marzo 2023 il Consiglio ha adottato due risoluzioni "gemelle" sull'Afghanistan: nella prima, la 2678 (2023), ha rinnovato per un anno il mandato dell'UNAMA, sottolineando *"the need for its continued field presence"* (primo par. del dispositivo)²⁰, nella seconda,

¹⁹ Per un approfondimento, si veda *Security Council Report*, 31 agosto 2022: *"The perilous state of Afghanistan's economy has led some experts to call for the release of approximately \$9 billion in frozen assets belonging to Afghanistan's central bank, \$7 billion of which are currently held in the US. In a 10 August letter, 71 economists and development experts, including Nobel economics prize winner Joseph Stiglitz, said they were 'deeply concerned by the compounding economic and humanitarian catastrophes unfolding in Afghanistan' and urged the US to return these funds to Afghanistan's central bank. US and Taliban officials have reportedly held meetings to discuss possible mechanisms for releasing the funds in recent months.* Il 14 settembre 2022 gli Stati Uniti hanno annunciato l'istituzione di un Fondo in Svizzera per erogare al popolo afgano 3,5 miliardi di dollari in beni congelati appartenenti alla Banca centrale dell'Afghanistan. Secondo una dichiarazione congiunta rilasciata dal Tesoro e dal Dipartimento di Stato degli Stati Uniti, il Fondo sarà supervisionato da un consiglio di amministrazione composto da due economisti afgani, un rappresentante del governo USA e un funzionario del governo svizzero, e avrà l'autorità di *"authorise targeted disbursements to promote monetary and macroeconomic stability and benefit the Afghan people"*.

²⁰ Più in dettaglio, il Consiglio di sicurezza *"[s]tresses the critical importance of a*

la 2679 (2023), ha chiesto al Segretario generale di effettuare e presentare entro il 17 novembre 2023 una valutazione indipendente con raccomandazioni lungimiranti per un “*integrated and coherent approach*” idoneo ad affrontare le sfide dell’Afghanistan (primo e secondo par. del dispositivo)²¹. In pratica, di fronte alla “*lack of progress on the Security Council’s expectations of the Taliban*” (terzo considerando) ed evidenziando l’importanza della “*full, equal and meaningful participation of women*”, nonché della protezione dei diritti umani “*including those of women, children, minorities, and persons in vulnerable situations*” (quarto considerando), il Consiglio ha deciso di mettere (finalmente) in discussione il senso della sua presenza in Afghanistan²².

continued presence of UNAMA and other United Nations Agencies, Funds and Programmes across Afghanistan, and calls upon all relevant Afghan political actors and stakeholders, including relevant authorities as needed, as well as international actors to coordinate with UNAMA in the implementation of its mandate and to ensure the safety, security and freedom of movement of United Nations and associated personnel throughout the country” (quarto paragrafo del dispositivo). Nonostante la differente posizione russo-cinese, aperta ad una presa d’atto della situazione reale esistente in Afghanistan, si registra la persistente attenzione del Consiglio a non prestare alcuna forma di riconoscimento, neanche implicita, indiretta o *de facto*, al governo dei talebani (l’utilizzo del termine “*relevant authorities*” non è naturalmente casuale).

²¹ La valutazione indipendente del Segretario generale dovrà essere il risultato di “*consultations with all relevant Afghan political actors and stakeholders, including relevant authorities, Afghan women, and civil society, as well as the region and the wider international community*” (primo par. del dispositivo). Secondo il Consiglio di sicurezza, le sfide che l’Afghanistan dovrà affrontare includono, ma non sono limitate, alle seguenti dimensioni: “*humanitarian, human rights and especially the rights of women and girls, religious and ethnic minorities, security and terrorism, narcotics, development, economic and social challenges, dialogue, governance and the rule of law; and to advance the objective of a secure, stable, prosperous and inclusive Afghanistan*” (secondo par. del dispositivo).

²² Sul punto, cfr. I. LIROLA DELGADO, *United Nations Assistance Mission in Afghanistan in the New Scenario of a de Facto Taliban Government*, in *Anuario Espanol de Derecho Internacional*, 2022, p. 215 ss.

3. *Il triste revival della segregazione delle donne in Afghanistan mette a dura prova la pazienza onusiana*

Come si è anticipato, in parallelo alla grave crisi umanitaria che continua ad imperversare nel Paese²³, in Afghanistan è in corso una vera e propria “guerra contro le donne” dichiarata dal regime dei talebani attraverso una *escalation* di misure discriminatorie che non ha precedenti nella storia recente dell’umanità. Di seguito vengono evidenziate le principali tappe di questo tentativo di opprimere le donne e di ridurle allo stato di esseri subumani:

- nonostante gli impegni presi dai talebani, ma sarebbe meglio parlare di semplici promesse praticamente irrilevanti – nel metodo e nel merito – per il diritto internazionale, prima nel corso dei negoziati di pace e poi nell’agosto 2021 subito dopo la presa di Kabul, di proteggere e garantire i diritti delle donne, sia pure nei limiti della sharia, inclusi i diritti a studiare, a lavorare e ad avere un ruolo attivo nella società²⁴, il regime autocratico islamista ha violato sistematicamente questi diritti a partire già dal 7 settembre 2021 quando è stato formato un governo di soli uomini che di fatto ha escluso le donne dai processi decisionali politici a livello nazionale. A seguire, i talebani hanno rigettato la Costituzione afghana del 2004 che all’articolo 22 riconosceva l’uguaglianza dei diritti tra donne ed uomini e hanno chiuso il Ministero per le questioni femminili, di fatto sostituito dal Ministero per la diffusione della virtù e la prevenzione del vizio²⁵;

- quanto alle restrizioni alla libertà di movimento, il 7 maggio

²³ Nel Rapporto “*The situation in Afghanistan and its implication for international peace and security*”, UN doc. A/77/636- S/2022/916, 7 dicembre 2022, il Segretario generale rileva che 28,3 milioni di afghani richiederanno assistenza umanitaria nel 2023 rispetto ai 24,4 milioni nel 2022 e ai 18,4 milioni all’inizio del 2021. Il Rapporto evidenzia, inoltre, che il numero di persone che nel 2023 affronteranno crisi e livelli di emergenza nell’insicurezza alimentare dovrebbe salire a 20 milioni con un aumento di quasi il 6% rispetto alle stime precedenti.

²⁴ Si veda *Financial Times*, *Taliban pledges to respect women rights “within framework of Islam”*, 17 agosto 2021.

²⁵ Si veda *Amnesty International*, *Death in Slow Motion, Women and Girls under Taliban Rule*, London, 2022, p. 14; UNAMA, *Human Rights in Afghanistan: 15 August 2021 to 15 June 2022*, Kabul, luglio 2022, p. 31.

2022 l'appena citato Ministero per la diffusione della virtù e la prevenzione del vizio ha emanato un decreto che impone alle donne di non uscire di casa, a meno che non sia necessario, e di coprirsi il volto in pubblico. Inoltre, altre restrizioni hanno vietato alle donne di frequentare parchi, palestre, caffè, stabilimenti balneari e di prendere lezioni di guida²⁶. Per non parlare del requisito che un *mabram* – una persona di sesso maschile – accompagni una donna o una ragazza in pubblico, misura introdotta nel dicembre del 2021 dal sopra citato Ministero. Anche se inizialmente erano state date assicurazioni informali che la suddetta misura non avrebbe trovato applicazione agli spostamenti di tutti i giorni, nella realtà odierna qualsiasi apparizioni in pubblico di una donna non accompagnata da un *mabran* la espone al rischio di punizioni corporali con conseguente reclusione forzata in casa della stragrande maggioranza della popolazione femminile del Paese degli aquiloni²⁷.

- rispetto alle restrizioni sull'abbigliamento, se inizialmente i talebani si limitarono semplicemente a raccomandare che le donne indossassero un *hijab* in modo da essere coperte dalla testa ai piedi, “*these ‘recommendations’ were progressively formalized as a compulsory dress code in the public sphere*”²⁸. Infatti, dopo alcune misure restrittive aventi un limitato ambito di applicazione, già il 7 maggio 2022 il famigerato Ministero per la diffusione della virtù e la prevenzione del vizio

²⁶ Oltre alle fonti citate nella nota precedente, si veda il Rapporto “*The situation in Afghanistan and its implication for international peace and security*”, cit., par. 40.

²⁷ Si veda, in particolare, *Amnesty International, Death in Slow Motion*, cit., p. 33.

²⁸ Cfr. *The Taliban’s War on Women, The Crimes Against Humanity of Gender Persecution in Afghanistan*, International Commission of Jurists, Amnesty International, marzo 2023, p. 11: “*Despite the supposed voluntary nature of these initiatives, Amnesty International and other monitoring groups have documented several cases in which women have been threatened and beaten when they did not respect the clothing restrictions. A woman reported to Amnesty that in November 2021, when clothing restrictions had been conveyed simply as ‘recommendations’, she was beaten with an iron rod by a Taliban agent at a checkpoint for not wearing a black niqab or a burka. In other incidents, women reported that the Taliban did not allow them to access universities or workplaces unless they complied with the clothing restrictions. Likewise, UNAMA reported incidents of torture and other ill-treatment and arbitrary arrest or detention related to women’s failure to comply with dress codes*” (p. 12).

ha decretato l'obbligo per le donne di comparire in pubblico totalmente coperte, tranne i loro occhi²⁹;

- le restrizioni all'accesso all'istruzione sono uno degli aspetti più deplorabili del sistema di oppressione di genere architettato dai talebani e di fatto consentono alle bambine e ragazze afgane di accedere soltanto alla scuola primaria. Anche in questo caso, la violazione grave di questo diritto fondamentale è il risultato di una serie di misure adottate progressivamente dall'autorità centrale talebana tra il 2021 e il 2022: nel settembre del 2021, la riapertura delle scuole secondarie, dopo la presa del potere da parte degli estremisti islamici, ha interessato soltanto studenti e docenti di sesso maschile³⁰ e le assicurazioni di ritorno alla normalità entro l'inizio del semestre primaverile non hanno trovato alcun riscontro. Anzi, il 23 marzo 2022 il Ministro per l'educazione ha annunciato che le scuole secondarie sarebbero rimaste chiuse alle studentesse fino alla stesura di un piano per l'istruzione femminile in linea con l'interpretazione talebana della *sharia* e con i valori culturali nazionali. Il bando generale delle donne dalle università è datato soltanto 20 dicembre 2022, ma anche in questo caso è stato preceduto da diverse misure di segregazione di genere che hanno progressivamente impedito alle studentesse di frequentare le aule universitarie³¹;

²⁹ Si veda, ancora, *Amnesty International, Death in Slow Motion*, cit., p. 37. La violazione dell'obbligo comporta il licenziamento nel caso di funzionari pubblici, oltre a sanzioni nei confronti dei famigliari.

³⁰ Il 18 settembre 2022, in occasione del primo anniversario del bando, l'UNAMA ha rilasciato una dichiarazione in cui osserva che "*the ongoing exclusion of girls from high school has no credible justification and no parallel anywhere in the world [and] is profoundly damaging to a generation of girls and to the future of Afghanistan itself*": <https://unama.unmissions.org/one-year-girls-being-excluded-high-school---renewed-call-they-be-enabled-return-classroom>.

³¹ OHCHR, Afghanistan, *Banning women and girls from schools and workplace jeopardises entire country, UN Committee condemns*, 29 dicembre 2022. Il Comitato ONU contro le discriminazioni nei confronti delle donne ha dichiarato: "*We condemn in the strongest terms the decision by the de facto authorities in Afghanistan to exclude women and girls from universities. We also deplore the latest decree to ban women from working for NGOs. Since returning to power, the de facto authorities have shut down secondary schools for girls across the country, and it is estimated that more than one million girls have been barred from attending high school over the past year. With the latest*

- relativamente alle restrizioni nell'accesso al lavoro, il regime dei talebani non ha ancora decretato un divieto generalizzato di lavorare per tutte le donne, ma è comunque riuscito a far perdere la propria occupazione al 61% delle donne lavoratrici (dati del marzo 2022) con una diminuzione del 5% del PIL del Paese³². Tale drammatica situazione di esaurimento del capitale umano femminile è stata determinata, oltre dall'evidenziato contesto segregazionista, da una serie di politiche applicate nel settore pubblico dirette a dissuadere le lavoratrici dal continuare il loro impiego e da diversi divieti specifici imposti nel settore privato. Inoltre, il regime talebano ha prima ordinato alle ONG straniere e locali di non impiegare personale femminile (24 dicembre 2022)³³ per poi, all'inizio di aprile 2023, vietare alle donne afgane di lavorare presso le Nazioni Unite in Afghanistan, ordine repressivo che ha portato finalmente alla reazione del Consiglio di sicurezza affidata alla risoluzione 2681 (2023) del 27 aprile 2023, che più avanti sarà oggetto di approfondimento;

- la resistenza delle donne afgane di fronte al regime più oppressivo al mondo in materia di discriminazioni di genere non si è fatta attendere, ma le proteste e le manifestazioni pacifiche tenutesi nella capitale Kabul e in diverse città si sono scontrate con la spietata repressione delle forze di sicurezza che si è distinta per un uso sproporzionato e non necessario della forza, come accertato dallo stesso Segretario generale delle Nazioni Unite³⁴. Inoltre, spesso le attiviste afgane per i diritti delle donne sono state arrestate e detenute in maniera arbi-

ban on universities, the country is now excluding half of its population from normal schooling, creating one of the world's biggest gender gaps".

³² 2022 Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Afghanistan, par. 38.

³³ Nella lettera del 24 dicembre 2022 contenente il decreto, il Ministero dell'Economia sosteneva che le donne non stavano osservando l'editto talebano che richiedeva loro di indossare l'*hijab*, minacciando altresì di revocare le licenze di esercizio di qualsiasi organizzazione che non rispettasse l'ordine.

³⁴ Secondo il Segretario generale soltanto nel periodo tra agosto e dicembre 2022 "*[o]ver half of the 20 peaceful protests recorded in Kabul and other cities, mainly organized by women, were dispersed by unnecessary or disproportionate use of force by the de facto authorities*" (Rapporto "*The situation in Afghanistan and its implication for international peace and security*", cit., par. 37).

traria per la loro partecipazione alle proteste pacifiche, per essere poi sottoposte a trattamenti inumani e degradanti, punizioni corporali o addirittura atti di tortura. Del resto, lo stesso schema criminale basato su una grave e sistematica violazione del diritto internazionale dei diritti umani è stato seguito dalle autorità *de facto* per sanzionare le violazioni da parte di donne e ragazze del codice di abbigliamento e dell'obbligo di essere sempre accompagnate da un parente di sesso maschile.

Davanti alla segregazione/oppresione/repressione di genere perpetrata impunemente dal regime dei talebani ci si sarebbe aspettati una reazione pronta, adeguata ed effettiva da parte del Consiglio di sicurezza, come del resto richiesto da diverse ONG in numerosi appelli e prese di posizioni. Al contrario, nell'ambito del Consiglio è stato praticamente utilizzato qualsiasi argomento (l'approccio diplomatico tipico dell'ONU; la necessità di essere realisti; il relativismo culturale; la priorità da dare all'emergenza umanitaria; la cattiva coscienza dell'Occidente) per evitare, fin quando è stato ragionevolmente possibile, una qualsiasi condanna delle autorità *de facto*, per non parlare dell'imposizione di sanzioni o anche soltanto della loro minaccia.

Il muro geopolitico sovranista e realista (e perché no ... maschilista) ha iniziato a mostrare qualche segno di cedimento soltanto nel marzo del 2022 quando è stata approvata dal Consiglio di sicurezza la già ricordata risoluzione 2626 (2023) sulla riforma del mandato dell'UNAMA. Infatti, nel settimo considerando il Consiglio esprime “*its serious concern about the situation of women and girls, the imposition of restrictions on their participation in public life, and the erosion of respect for their rights, in particular through their lack of equal access to education, economic opportunities, justice and other services*”. Inoltre, nella delibera vengono attribuite all'UNAMA due funzioni critiche nel contesto appena descritto di imperante segregazione di genere:

- “*engage with all stakeholders at the national and subnational levels and civil society and international non-governmental organizations in the protection and promotion of the human rights of all Afghans*” (par. 5, lett. e), del dispositivo);

- “*integrate gender mainstreaming as a cross-cutting issue throughout the implementation of its mandate, support and promote gender equality, women's and girls' empowerment and the full protection of*

their human rights, including education, and the full, equal, meaningful and safe participation, engagement and leadership of women in all levels and stages of decision-making, in line with resolution 1325 (2000) and related resolutions [...]” (par. 5, lett. f), del dispositivo).

Qualche settimana più tardi, nella dichiarazione rilasciata il 26 maggio 2022 dopo la sua prima visita in Afghanistan, il Relatore speciale delle Nazioni Unite sulla situazione dei diritti umani in Afghanistan ha chiesto ai talebani di *“immediately reverse policies and directives that negatively impact women as well as prioritise women’s and girls’ rights to equal participation in education, employment, and all other aspects of public life”*³⁵. Da parte sua, l’8 luglio 2022 il Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite ha adottato *per consensus* una risoluzione in cui ha riaffermato il suo fermo impegno per il pieno ed equo godimento di tutti i diritti umani da parte di tutte le donne, ragazze e bambine in Afghanistan, compreso il diritto alla libertà di movimento, il diritto all’istruzione e il diritto alla salute. La risoluzione ha, inoltre, esortato i Talebani a porre fine alle pratiche che hanno limitato i diritti delle donne e ha chiesto all’Alto Commissario per i diritti umani di organizzare un dialogo interattivo rafforzato con la partecipazione del Relatore speciale sulla situazione dei diritti umani in Afghanistan³⁶.

In seguito all’annuncio del divieto che impedisce alle donne di lavorare per le ONG, circa 150 organizzazioni non governative od umanitarie, tra cui la Croce Rossa Internazionale, hanno interrotto tutte o alcune delle loro attività. L’iniziativa ha anche influenzato i programmi di consegna degli aiuti delle Nazioni Unite. In una dichiarazione del 28 dicembre 2022, i Direttori del Comitato permanente inter-agenzia, che formula politiche e mobilita risorse in risposta alle crisi umanitarie ed è

³⁵ *Afghanistan: Briefing and Consultations*, in *What’s in Blue*, 22 giugno 2022.

³⁶ Human Rights Council, resolution 50/14, *Situation of human rights of women and girls in Afghanistan*, A/HRC/RES/50/14, 8 luglio 2022. Il Consiglio per i diritti umani, dopo aver accertato che *“the ongoing oppression of women and girls in Afghanistan is grave, institutionalized, widespread and systematic”* (quarto considerando), condanna *“in the strongest possible terms all human rights violations and abuses committed against all individuals, including women and girls, in Afghanistan, including all forms of discrimination and violence, including sexual and gender-based violence”* (primo par. del dispositivo).

composto dalle Nazioni Unite e dalle agenzie partner, hanno affermato che mentre le organizzazioni umanitarie si adopereranno per continuare le attività salvavita, si prevede che *“many activities will need to be paused as we cannot deliver principled humanitarian assistance without female aid workers”*.

Il giorno precedente il Consiglio di sicurezza, nell'impossibilità di adottare una dichiarazione presidenziale a causa dei contrasti tra i suoi membri, si era limitato ad approvare un comunicato stampa in cui si dichiarava *“profoundly concerned by reports that the Taliban have banned female employees of non-governmental organizations and international organizations from going to work, which would have a significant and immediate impact for humanitarian operations in the country, including those of the United Nations, and the delivery of aid and health work, and that these restrictions contradict the commitments made by the Taliban to the Afghan people, as well as the expectations of the international community”*³⁷. Tali contrasti, tra i membri permanenti occidentali e altri Stati, da una parte, e Russia e Cina dall'altra, riguardano principalmente il punto se è legittimo o meno legare l'assistenza economica e allo sviluppo della comunità internazionale al rispetto da parte dei Talebani degli standard internazionali in materia di diritti

³⁷ Nello stesso comunicato stampa del 27 dicembre 2022, UN doc. S/15165, si legge: *“The members of the Security Council are deeply alarmed by reports that the Taliban have suspended access to universities for women and girls, and reiterated their deep concern of the suspension of school beyond the sixth grade, and their call for the full, equal and meaningful participation of women and girls in Afghanistan, and called on the Taliban to reopen schools and swiftly reverse these policies and practices, which represent an increasing erosion of the respect of human rights and fundamental freedoms”*. Per un approfondimento, vedi *Security Council Report, Afghanistan: Private Meeting*, 12 gennaio 2023: *“It seems that former Council member Norway, which served as penholder on Afghanistan during its 2021-2022 Council term, proposed a draft presidential statement following the Council's latest regular quarterly meeting on Afghanistan, which took place on 20 December 2022. However, members were unable to reach consensus, apparently due to disagreements about the scope of the product. It seems that some members wanted to focus on the rights of women and girls and recent developments in this regard. Other members—including China and Russia—felt that the text should have a broader scope and address such issues as the security situation and the economic crisis in the country. Due to the inability to agree on a presidential statement, Norway decided to instead pursue a press statement focussing on the Taliban's recent decisions”*.

umani e di diritti delle donne. Si è già evidenziato come nella risoluzione 2679 (2023) il Consiglio di sicurezza abbia praticamente deciso di non decidere delegando al Segretario generale il compito di rifondare in chiave prospettica la presenza delle Nazioni Unite in Afghanistan sotto i profili delle sue finalità, dei suoi obiettivi e anche dei suoi rapporti con il regime dei talebani. Si tratta di un chiarimento necessario probabilmente deciso fuori tempo massimo, quando cioè l'intransigenza degli integralisti islamici ha raggiunto l'apogeo e non lascia spazio ad alcuna ipotesi di mediazione.

Da ultimo, l'introduzione da parte dei talebani del divieto per le donne afgane di lavorare presso le Nazioni Unite e l'adozione il 27 aprile 2023 della risoluzione 2681 (2023) in cui il Consiglio condanna duramente questa restrizione (primo par. del dispositivo) sembrano dimostrare quanto precede. Abbandonando la cautela che ha rallentato la sua azione per un anno e mezzo, il Consiglio finalmente *"calls upon the Taliban to swiftly reverse the policies and practices that restrict the enjoyment by women and girls of their human rights and fundamental freedoms including related to their access to education, employment, freedom of movement, and women's full, equal and meaningful participation in public life, and urges all States and organizations to use their influence, in conformity with the Charter of the United Nations, to promote an urgent reversal of these policies and practices"* (secondo par. del dispositivo). Come ha dichiarato la rappresentante degli Emirati Arabi Uniti *"[b]y adopting this draft resolution, the Council would send an unequivocal message of condemnation and a clear call for the swift reversal not only of this latest ban, but of others restricting the rights of women and girls in Afghanistan. We are pleased to be joined by over 90 States co-sponsoring the draft resolution not just from the Security Council, but from Afghanistan's immediate neighbourhood, from the Muslim world and from all corners of the Earth"*³⁸.

³⁸ UN. Doc. S/PV.9314, verbale della riunione del Consiglio di sicurezza del 27 aprile 2023, p. 2. Di interesse anche il discorso del rappresentante degli Stati Uniti: *"The Taliban have chosen to ban women from universities, to keep secondary schools closed to girls and to prevent Afghan women from working with non-governmental organizations, the United Nations and in nearly every sector of the economy. Those decisions are indefensible. They are not seen anywhere else in the world. Muslim-majority countries have spoken out against the Taliban's rationale for those decisions. In January,*

4. *Le conseguenze giuridiche nel diritto internazionale della persecuzione di genere, con particolare riferimento alla protezione internazionale*

Non è questa certamente la sede per accertare in maniera puntuale ed esaustiva la natura e la qualificazione giuridica delle innumerevoli violazioni del diritto internazionale dei diritti umani commesse dal regime dei talebani, ovvero dalla autorità che di fatto governa da quasi due anni la comunità territoriale dell'Afghanistan. Per quanto qui interessa maggiormente, è però possibile osservare che si tratta di violazioni multiple e continuate che, nel loro complesso, per la magnitudo, gravità, pervasività, sistematicità e carattere istituzionale che le connota, possono essere qualificate quale crimine contro l'umanità di persecuzione di genere ai sensi dell'articolo 7, par. 1, lett. h), dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale³⁹. A tal proposito, giova ricordare che l'Afghanistan non soltanto è parte dello Statuto della Corte penale internazionale, ma anche dei principali strumenti pattizi sui diritti umani, inclusa la Convenzione delle Nazioni Unite del 1979 per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne.

Tale conclusione sulla qualificazione giuridica del sistema di oppressione e segregazione delle donne in Afghanistan è stata, ad esempio, condivisa da *Amnesty International* e dalla Commissione interna-

the Organization of Islamic Cooperation emphasized that Islamic law calls for women's education, work and participation in public life. And now the Security Council has condemned the Taliban (ibidem, p. 3).

³⁹ L'articolo 7, "Crimes against humanity", dello Statuto della Corte penale internazionale così dispone: "1. For the purpose of this Statute, 'crime against humanity' means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack: [...] (b) Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court; 2. For the purpose of paragraph 1: [...] (g) 'Persecution' means the intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group or collectivity; 3. For the purpose of this Statute, it is understood that the term 'gender' refers to the two sexes, male and female, within the context of society. The term 'gender' does not indicate any meaning different from the above".

zionale dei giuristi nel rapporto “*The Taliban’s War on Women. The Crime against humanity of gender persecution in Afghanistan*” pubblicato nel marzo del 2023. Naturalmente, l’accertamento del crimine di persecuzione di genere non esclude che nella situazione in esame possano essere stati perpetrati altri crimini contro l’umanità, in particolare quelli di tortura e di sparizione forzata nel contesto sempre dell’illegale repressione dei diritti delle donne e delle bambine.

In linea generale, le conseguenze giuridiche di tale accertamento rilevano sia nell’ambito della responsabilità penale individuale che della responsabilità statale che beninteso nasce a prescindere dal fatto che il governo effettivo di uno Stato sia o meno riconosciuto a livello internazionale. Quanto alla prima, è evidente che, come da più parti richiesto, la procura della Corte penale internazionale potrebbe/dovrebbe aggiungere il crimine contro l’umanità di persecuzione di genere nell’indagine in corso sulla situazione in Afghanistan. Non può neanche escludersi l’invocazione del principio della giurisdizione universale per sottoporre a processo nei tribunali interni la *leadership* talebana sospettata di aver commesso/ordinato/tollerato crimini di diritto internazionale. Con riferimento alla responsabilità statale, si tratta certamente di responsabilità aggravata (in quanto nascente dalla violazione grave di norme imperative ai sensi dell’art. 40 del Progetto di articoli della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità degli Stati per fatti internazionalmente illeciti) ed *erga omnes* (in quanto l’obbligo violato è dovuto alla comunità internazionale nel suo insieme *ex art. 48, par. 1, lett. b)* del suddetto Progetto di articoli)⁴⁰.

Si cercherà ora di appurare quali sono le conseguenze di questo sistema di repressione e segregazione di genere in Afghanistan in materia di protezione internazionale delle donne che fuggono da questo Paese e chiedono il riconoscimento dello *status* di rifugiate. Com’è noto, secondo la Convenzione di Ginevra del 1951 i principali elementi presenti nella definizione di rifugiato sono tre: a) un ben fondato timore di persecuzione; b) un collegamento causale tra tale timore e uno dei seguenti motivi: razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un

⁴⁰ Per un puntuale approfondimento, cfr. K. BENNOUNE, *The International Obligation to Counter Gender Apartheid in Afghanistan*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2022, p. 1 ss.

particolare gruppo sociale, opinione politica; c) l'impossibilità o la mancanza di volontà dell'individuo di usufruire della protezione del proprio Stato nazionale o di farvi ritorno a causa di questo timore. Anche se l'articolo 1A(2) della Convenzione di Ginevra non menziona espressamente il sesso o il genere, l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati ha affermato che "*the refugee definition, properly interpreted, covers gender related claims*"⁴¹.

Quanto al timore di persecuzione, che può essere fondato, *inter alia*, su minacce alla vita, alla libertà e su gravi violazioni dei diritti umani, è sufficiente ricordare che le restrizioni e i divieti imposti dai talebani alle donne afgane pregiudicano i loro diritti all'educazione, al lavoro, alla libertà di movimento e alla partecipazione alla vita pubblica. È poi chiaro che i talebani colpiscono le donne, che secondo l'UNHCR "*are a social subset defined by innate and immutable characteristics*"⁴², a causa del loro genere e sesso, essendo quindi soddisfatto anche il secondo requisito necessario per il riconoscimento dello *status* di rifugiato. È infine evidente che "*Afghan women and girls cannot return to Afghanistan because they would risk persecution based on their gender or sex, combined with other persecution grounds, such as their real or perceived political opinion or religion*"⁴³. Del resto, fin dal 16 agosto 2021 l'UNHCR ha emanato un "*non-return advice*" invitando gli Stati a sospendere i rimpatri forzati in Afghanistan e a rispettare il principio di non respingimento⁴⁴.

Tali considerazioni portano alla conclusione sicura che dovrebbe esistere una presunzione giuridica secondo la quale alle donne che fuggono dall'Afghanistan dovrebbe essere riconosciuto lo *status* di rifugiate nei Paesi di destinazione in quanto nel Paese di origine corrono il rischio di essere perseguitate sulla base del loro genere e sesso. La presunzione in esame, e questo è il dato più importante, inizia a trovare importanti conferme nella prassi statale e nella posizione autorevole

⁴¹ UNHCR, *Guidelines on international protection No.1: Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 7 maggio 2002, par. 6.

⁴² *Ibidem*, par. 30.

⁴³ *The Taliban's War on Women*, cit., p. 57.

⁴⁴ UNHCR, *Position on Returns to Afghanistan*, agosto 2021.

di organismi come l'UNHCR. Il primo Stato a riconoscere che l'essere una donna in fuga dall'Afghanistan costituisce una base giuridica sufficiente per vedersi riconosciuta la protezione internazionale è stata la Svezia nel dicembre 2022, alla quale si è subito uniformata la Danimarca il mese seguente. Sempre nel gennaio 2023, l'Agenzia dell'Unione Europea per l'asilo ha pubblicato una nuova *Country Guidance on Afghanistan* in cui sostiene che l'interpretazione e l'applicazione della *sharia* da parte del regime talebano espongono le donne e le ragazze al rischio di persecuzione nel Paese degli aquiloni⁴⁵. Il mese seguente è arrivata la decisione del servizio di immigrazione finlandese⁴⁶, per giungere, infine, all'aggiornamento da parte dell'UNHCR della sua *Guidance Note on the International Protection Needs of People Fleeing Afghanistan*. Nel suddetto documento, “[i]n light of the wide range of increasingly restrictive measures imposed by the de facto authorities on women and girls in Afghanistan in violation of their human rights”, tale organismo ritiene che le donne e le ragazze afgbane abbiano con tutta probabilità bisogno di protezione internazionale ai sensi della Convenzione sui rifugiati del 1951⁴⁷.

Quanto all'Italia, pur non essendo state adottate posizioni ufficiali in merito da parte delle autorità competenti, i dati sulle decisioni positive assunte dalle commissioni territoriali dimostrano sia un aumento generale delle richieste di protezione internazionale presentate da cittadini afgbani nel 2022 rispetto al 2021 (da 1452 decisioni positive a 6039), sia l'avvenuto riconoscimento dello *status* di rifugiate a pressoché tutte le donne afgbane richiedenti, mentre a quasi la metà dei richiedenti di sesso maschile è stata concessa la mera protezione sussidiaria⁴⁸.

⁴⁵ European Union Agency for Asylum, *Country Guidance: Afghanistan*, cit.

⁴⁶ Per questa prassi, si veda *The Taliban's War on Women*, cit., pp. 57-58.

⁴⁷ UNHCR, *Guidance note on the international protection needs of people fleeing Afghanistan*, cit., par. 9.

⁴⁸ Per l'analisi dei dati, si veda G. CANTISANI, *La protezione internazionale in Italia per afgbani e ucraini nell'ultimo biennio*, 11 novembre 2022: <https://www.neodemos.info/2022/11/11/la-protezione-internazionale-in-italia-per-afgbani-e-ucraini-nellultimo-biennio/>.

Abstract

Il presente lavoro cercherà, in primo luogo, di dare conto dell'evoluzione recente della questione dell'Afghanistan davanti al Consiglio di sicurezza e di farlo in parallelo con la vera e propria restaurazione del sistema di segregazione di genere operata dai Talebani nonostante le promesse fatte nel corso dei negoziati e nel momento della (ri)presa del potere a Kabul. In secondo luogo, il contributo intende analizzare le gravi e sistematiche violazioni dei diritti fondamentali delle donne e delle ragazze perpetrate dal regime teocratico al potere in Afghanistan per verificare se è in corso una "*gender persecution, a crime against humanity*", come recentemente sostenuto da un gruppo di esperti indipendenti delle Nazioni Unite. Tale qualificazione avrebbe, infine, delle particolari conseguenze giuridiche sia nell'ambito generale del diritto della responsabilità internazionale, sia sotto il profilo specifico della protezione internazionale delle donne in fuga dall'Afghanistan dei Talebani.

KEYWORDS: Persecuzione di genere – Afghanistan – talebani – Consiglio di sicurezza – protezione internazionale

THE TALIBAN'S WAR AGAINST AFGHAN WOMEN BETWEEN THE SECURITY COUNCIL AND INTERNATIONAL PROTECTION

First of all the present work will attempt to account for the recent evolution of the Afghanistan issue before the Security Council and to do so in parallel with the actual restoration of the gender segregation system operated by the Taliban despite the promises made during the negotiations and at the time of the (re)take of power in Kabul in August 2020. Secondly, the contribution intends to analyze the serious and systematic violations of the fundamental rights of women and girls perpetrated by the theocratic regime in power in Afghanistan to verify whether there is a "*gender persecution, a crime against humanity*" as recently stated by a group of United Nations independent experts. Finally, this qualification would have particular legal consequences both in the general context of the law of international responsibility, and under the specific profile of the international protection of women fleeing Afghanistan.

KEYWORDS: Gender persecution – Afghanistan – taliban – Security Council – International protection

THE PROBLEM OF ACCOUNTABILITY FOR ACTS
OF SEXUAL EXPLOITATION AND ABUSE
IN PEACE OPERATIONS
AND THE VICTIMS' ASSISTANCE MEASURES

*Nicola Colacino**

SOMMARIO: 1. The emergence of systematic cases of sexual exploitation and abuse in UN peace operations and the peculiarity of refugee camps. – 2. The case of “humanitarian aid workers” of 2002: a lesson (not fully) learned. – 3. The problem of the accountability of the perpetrators: NGOs and private agencies workers. – 4. (*follows*): UN staff members and military personnel. – 5. The failure of the draft convention on the criminal accountability of United Nations officials and experts on mission. – 6. The UN strategy for the victims' assistance: an alternative but unsatisfactory mean of redress.

1. The emergence of systematic cases of sexual exploitation and abuse in UN peace operations and the peculiarity of refugee camps

The problem of sexual crimes committed against the civilian population during United Nations peace operations has been addressed since 2003, when the Secretary-General (hereinafter, also SG) adopted a bulletin entitled “Special measures for protection from sexual exploitation and sexual abuse”¹, in which acts of sexual exploitation and sexual abuse perpetrated by UN staff members and personnel of military contingents were included for the first time among the cases of “serious misconduct” violating the ethics of peace operations².

* Associate Professor of International Law, Scuola Superiore a Ordinamento Speciale della Difesa. E-mail address: n.colacino@gmail.com

¹ See UN Secretariat, UN Doc. ST/SGB/2003/13 of 9 October 2003.

² For an in-depth analysis on the topic, see, *inter alia*, S. ANGIOI, *Sexual exploitation and abuse nel peace-keeping delle Nazioni Unite: analisi della strategia di contrasto tra prevenzione e repressione degli illeciti*, in *Archivio penale*, 2018, n. 2, pp. 1-39; E. BRANCA, *Recenti sviluppi in materia di repressione degli abusi sessuali commessi dai ca-*

The SG bulletin provides the definitions of “sexual exploitation” and “sexual abuse” in order to single out the corresponding types of offences. However, such definitions have a very broad content, including a series of heterogeneous conducts, which have in common that they constitute, on a psychological or physical level, a form of violence, coercion, or disproportionate exercise of power, aimed at obtaining from the victim sexual activities. Namely, “sexual exploitation” is described as “any actual or attempted abuse of a position of vulnerability, differential power, or trust, for sexual purposes, including, but not limited to, profiting monetarily, socially or politically from the sexual exploitation of another”, while the definition of “sexual abuse” in-

schì blu nel corso delle missioni pace delle Nazioni Unite, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, pp. 68-97; R. S. BURKE, *Sexual Exploitation and Abuse by UN Military Contingents. Moving beyond the Current Status Quo and Responsibility under International Law*, Leiden, 2014; R. FREEDMAN, *UNaccountable: A New Approach to Peacekeepers and Sexual Abuse*, in *European Journal of International Law*, 2018, pp. 961-985; K. GRADY, *Sexual Exploitation and Abuse by UN Peacekeepers: A Threat to Impartiality*, in *International Peacekeeping*, 2010, pp. 215-228; J. MCGILL, *Survival sex in peacekeeping economies. Re-Reading the Zero Tolerance Approach to Sexual Exploitation and Sexual Abuse in United Nations Peace Support Operations*, in *Journal of International Peacekeeping*, 2014, pp. 1-44; C. MUDGWAY, *Sexual Exploitation and Abuse by UN Peacekeepers. Towards a Hybrid Solution*, London-New York, 2019; G. NESI, *The Repression of the Crimes of Sexual Exploitation and Abuse Committed by Peacekeepers. Recent Developments*, in *La comunità internazionale*, 2017, pp. 327-342; M. O'BRIEN, *Criminalising Peacekeepers. Modernising National Approaches to Sexual Exploitation and Abuse*, London, 2017; M. ODELLO, R. S. BURKE, *Between immunity and impunity: peacekeeping and sexual abuses and violence*, in *International Journal of Human Rights*, 2016, n. 20, pp. 839-853; O. SIMIĆ, *Regulation of Sexual Conduct in UN Peacekeeping Operations*, Berlin, 2012; G. SIMM, *Sex in Peace Operations*, Cambridge, 2013; J.-K. WESTENDORF, L. SEARLE, *Sexual exploitation and abuse in peace operations: trends, policy responses and future directions*, in *International Affairs*, 2017, pp. 365-387; V. ZAMBRANO, *I casi di abuso e sfruttamento sessuale da parte dei peacekeepers e la recente risoluzione 2272 del Consiglio di sicurezza dell'ONU: tra responsabilità degli Stati e potere di rimpatrio del Segretario Generale*, in *federalismi.it*, 2016, n. 3, pp. 1-17. See also N. COLACINO, «Sfruttamento e abuso sessuale» nelle operazioni di pace. *Le fattispecie di illecito le misure internazionali di contrasto e i profili di responsabilità*, Napoli, 2020.

cludes “any actual or threatened physical intrusion of a sexual nature, whether by force or under unequal or coercive conditions”³.

Some serious episodes had already occurred during the UNOMOZ missions in Mozambique and UNTAC in Cambodia at the beginning of the 1990s. However, only in 2002 they erupted into resounding cases, such as those affecting the UN missions in West African countries, Bosnia-Herzegovina and Kosovo, Somalia, the Democratic Republic of Congo and the Central African Republic.

The crimes of sexual violence, exploitation of prostitution, pedophilia and other forms of sexual exploitation and sexual abuse that have gradually emerged in such contexts were initially underestimated by the United Nations, and sometimes even justified due to the harsh environmental conditions faced by international personnel, particularly military personnel, deployed on missions. Only in the early 2000s the UN began to openly denounce such cases and promote a series of initiatives to prevent their widespread recurrence.

It should be remembered, however, that the first explicit reference to the prohibition of acts of sexual exploitation and abuse dates back to the “Ten Rules”, a ten-point code of conduct adopted in 1998 and delivered individually to Blue Helmets at the end of the preliminary training phase prior to deployment⁴. Rule no. 4 expressly recommends not indulging “in immoral acts of sexual, physical or psychological abuse or exploitation of the local population or United Nations staff,

³ The prohibition of committing acts of sexual exploitation and abuse is enshrined in par. 2.2, in association with the “particular duty of care towards women and children”, already stated in a previous bulletin of the Secretary-General of 1999 concerning the observance of international humanitarian law by the “United Nations forces”, to which the document of 2003 expressly refers (UN Secretariat, UN Doc. ST/SGB/1999/13 of 6 August 1999).

⁴ The adoption of a code of conduct for the Blue Helmets had been urged by the Special Committee on Peacekeeping Operations (SCPO) in its report of 22 June 1995 titled “Comprehensive Review of the Whole Question of Peace-Keeping Operations in all Their Aspects” (UN Doc. A/50/230). Par. 73 of the report states: “[t]he Special Committee calls upon the Secretary-General to complete the elaboration of a code of conduct for United Nations peace-keeping personnel, consistent with applicable international humanitarian law, so as to ensure the highest standards of performance and conduct”. The text of the “Ten Rules - Code of Personal Conduct for Blue Helmets” is available at <https://conduct.unmissions.org>.

especially women and children”, although this is the only formal reference to sexual exploitation and abuse (hereinafter also SEA) in that document. Moreover, considering sexual crimes just as a form of “physical” and “psychological” exploitation and abuse unveils the absence of a concrete strategy of intervention at the time. In this regard, someone argued⁵ that the UN’s first reaction to SEA cases was not based on a sufficiently accurate analysis of its root causes. The very wording of the “Ten Rules” seems to respond more to the need to build an image of peacekeepers faithful to the ideals of integrity and honour for the benefit of public opinion, than to provide an information tool for peace operations personnel useful in fostering full awareness of the importance of their role.

It is known that the personnel participating to peace operations is usually composed of international and local officials belonging to the UN staff, the volunteers (United Nations Volunteers - UNV) assimilated to UN officials, police officers, members of Formed Police Units (FPUs), military observers and other specialised government personnel, generally recruited as mission experts⁶, and, finally, of military personnel of contingents provided by the so-called Troops-Contributing Countries (henceforth also TCCs). Each category is subject to a specific liability regime.

Operations may also include agents of private companies, personnel and volunteers from private agencies and non-governmental organisations (NGOs), international or local, authorised to perform support functions for the mission’s activities⁷. Personnel of NGOs or private agencies that provide humanitarian aid do not enjoy any recognised international status. Therefore, their workers are hosted by the territorial State exclusively as members of a foreign private entity.

⁵ C. HARRINGTON, *Politicization of Sexual Violence: From Abolitionism to Peacekeeping*, Farnham, 2010, p. 180.

⁶ It is also possible that Member States provide the mission with specific civilian police corps, which participate in a support capacity and are thus placed under the direct control of the UN.

⁷ For a general examination of the activities carried out by NGOs in the context of peace operations v. C. STAHN, *NGOs and International Peacekeeping - Issues, Prospects and Lessons Learned*, in *Heidelberg Journal of International Law*, 2001, n. 61, pp. 379-401.

The need to regulate the responsibilities attributable to each category arose dramatically in connection with the cases of sexual exploitation reported in 2002 in the refugee camps set up in the south-west African regions, which consistently involved humanitarian aid workers employed by local aid agencies partnered with international NGOs and the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR).

It is precisely the peculiar situation of refugee camps that poses certain problems with regard to the exercise of jurisdiction, especially when it comes to prosecuting criminal offences committed by camp management personnel (international or private).

A study commissioned in 2006 by the UNHCR⁸ highlights that national governments “when it comes to assuming authority over refugee camps [...], frequently abscond from their responsibilities”, although Article 16 of the Geneva Convention of 1951 recognises to refugees the right to access to Courts under the same conditions as nationals⁹. This appears to be attributable partly to the host State’s unwillingness to activate the ordinary mechanisms of judicial review in this specific context and partly to the objective difficulty for local institutions of setting up a system that takes into account the high level of complexity that the administration of justice in the camps requires¹⁰.

This paper focuses on the problem of impunity for sexual crimes committed by international (UN and member States military personnel) and NGOs staff in the context of peace operations and in the specific context of humanitarian response, a condition that prevents the correct assessment of responsibility towards the perpetrators, irrespec-

⁸ R. DA COSTA, *The Administration of Justice in Refugee Camps: A Study of Practice*, in UNHCR, *Legal and Protection Policy Research Series*, 2006, available at <https://www.unhcr.org>.

⁹ Article 16 of the Geneva Convention of 1951 relating to the Status of Refugees states that “[a] refugee shall have free access to the courts of law on the territory of all Contracting States. A refugee shall enjoy in the Contracting State in which he has his habitual residence, the same treatment as a national in matters pertaining to access to Courts, including legal assistance and exemption from *cautio judicatum solvi*. A refugee shall be accorded in the matters referred to in paragraph 2 in countries other than that in which he has his habitual residence the treatment granted to a national of the country of his habitual residence”.

¹⁰ *Ibid.*, p. 1 ss.

tive of whether they belong to a specific category among those mentioned above.

2. *The case of “humanitarian aid workers” of 2002: a lesson (not fully) learned*

The so-called “humanitarian aid workers” case originated in 2002, when researchers from UNHCR and the NGO Save the Children UK, while carrying out a study on the sexual abuse of refugee children, discovered a series of abuses committed against young women and girls by humanitarian workers in the West African camps (namely, in Guinea, Liberia e Sierra Leone) run by the High Commissioner¹¹.

The seriousness of the scandal can be gauged both by the large number of operators involved (over sixty-seven, from around forty different local associations and agencies, partners of international NGOs, to which the UNHCR had delegated the management of the camps), and by the systematic nature of the abuses discovered.

The diffusion of exploitative practices was such that any product or benefit due to refugees residing in the camps (from food to medical care, to school grades) was conditioned on the provision of sexual acts by the beneficiaries, who were also subject to pressure from their parents and relatives to obtain goods or benefits for the whole family¹².

¹¹ The report, co-authored by researchers from UNHCR and Save the Children UK and dated 31 January 2002, but published in full only 16 years after (on 31 July 2018) following an inquiry conducted by the British Parliament on the SEA cases in the humanitarian aid sector, is entitled “Sexual violence and exploitation: the experience of refugee children in Liberia, Guinea and Sierra Leone” and is available at www.parliament.uk. An excerpt of its contents was already published in an article signed by one of the authors of the report. See A. NAIK, *Protecting children from the protectors: lessons from West Africa*, in *Forced Migration Review*, 2002, n. 15, pp. 15-19. In 2008, Save the Children UK published a further report on the subject, entitled “No One to Turn To. The under-reporting of child sexual exploitation and abuse by aid workers and peacekeepers”, available on the website of the organisation.

¹² The report states that “[s]adly, sexually exploitative relationships have become a survival and coping mechanism for the refugee communities, families and individuals”, reporting a significant testimony of the mother of a victim residing in the refugee camp of Sierra Leone: “[i]f your family does not have a girl, your family is in crisis” (p. 40).

The victims, mostly girls between the ages of thirteen and eighteen, reported having received basic goods such as oil, wheat, plastic sheeting, medicines, but also intangible ones such as transport and education facilities, in exchange for sexual relations with workers employed locally by non-governmental humanitarian associations and agencies. Victims also named members of NGOs and governmental agencies providing humanitarian aid, UN peacekeepers, refugee leaders and local businessmen as persons informed or directly implicated in the abuses. The allegations ranged from sexual exploitation in exchange for food, to abuse consistent with the forced exposure of one's body and other forms of humiliation.

Among the causes at the origin of the mentioned episodes, the report indicates the progressive habituation of the local population to sexual crimes, attributable to the previous experience of the conflict that had ravaged the region. A condition of widespread personal frustration which had determined the development in the population of a "unhealthy tolerance" to such practices, exasperated by the guarantee of substantial impunity which held the perpetrators of the crimes harmless from any form of liability.

Even more significantly, it is acknowledged that "[t]he high levels of sexual exploitation have also served to blur the distinction between consensual and non-consensual acts". Among additional factors behind SEA cases, the report includes "[t]he prevalence of drug and alcohol abuse [which] is said to be a direct cause of acts of sexual violence", "low levels of reporting due to social stigma or the need for money in exchange for silence or consent", and the "ineffective prosecution of reported cases due to costly, cumbersome and corrupt legal processes that favour the perpetrator"¹³.

After the publication of the UNHCR and Save the children UK report, the United Nations launched an official investigation, managed by the Office of Internal Oversight Services (OIOS). The office set up its own investigative team, sent to the site to verify the reliability of the accusations made against humanitarian workers. This intended to greatly reduce the scope of the findings to which the previous researcher had arrived, harshly criticized for the fact that they failed to

¹³ *Ibid.*, p. 14.

provide sufficiently detailed evidence to support of the allegations made in their report.

According to the team sent by OIOS, the report prepared by UNHCR and Save the children UK contained only “a few vague or dated examples of uncorroborated incidents of sexual exploitation” and “a variety of reports of sexual exploitation involving local persons and internally displaced persons, commercial sex, and war-related incidents”, none of which would have highlighted a direct responsibility of international personnel with respect to the supervisory activity on the management of missions¹⁴.

Nonetheless, the investigation carried out by OIOS has brought out forty-three possible cases of exploitation, ten of which were confirmed by clear probative evidence, which led to the dismissal of a volunteer employed by the UNHCR, the repatriation of a peacekeeper and the report of eight aid workers involved to their agencies.

It is interesting to note how the OIOS report refers to “relationships of a sexual nature” that the refugee women and girls interviewed allegedly established with aid workers, encouraged by the concrete expectation of obtaining a greater quantity of goods or economic benefits (but also simple facilitations) compared to that generally due to the people living inside the camp. In a significant number of cases, the investigation confirmed that victims accepted “transactional sex” for their condition of extreme poverty, combined to the lack of perspectives for developing suitable skills to allow them to carry out paid activities. The resulting frustration and the necessity to provide for basic needs for themselves and their families constituted the strongest incentive to search for alternative gains, included the subjection to sexual exploitation.

In contradiction with the small number of confirmed cases, the OIOS report portrays a situation in which the relationship between camp personnel and victims was based on the systematic prevarication

¹⁴ The report of the OIOS investigative team, entitled “Report of the Office of Internal Oversight Services on the investigation into sexual exploitation of refugees by aid workers in West Africa”, is published as Annex 1 to the note submitted by the SG to the General Assembly on 11 October 2002 (UN Doc. A/57/465). See, in particular, p. 4.

of the subjects most vulnerable. Accordingly, SEA crimes cannot be considered as isolated cases attributable to the unscrupulousness of a few transgressors, but the outcome of an ordinary “trade” between goods and sexual activities imposed by the serious conditions of need in which the victims poured and, for this reason, likely to perpetuate itself indefinitely.

From this point of view, the report drawn up by the UNHCR/Save the children UK and the one of the OIOS investigative group a different approach to the case. In the latter, the use of expressions such as “engage in relationships” or “the absence of skills training and employment” tend to “normalize” the condition of exploitation experienced by the victims, mostly adolescents, putting it in a general context of spontaneous development of a survival economy within the camp. Instead, the price paid by the exploiters in exchange for the sexual services was almost negligible and certainly could not represent for the victims an effective means of liberation from their condition of extreme poverty¹⁵.

Precisely because of this scandal, the Secretary-General was induced to issue the first “special measures” aimed at defining and contrasting SEA cases, albeit a year earlier the Inter-Agency Standing Committee (IASC), a committee composed of representatives of UN internal bodies and specialised agencies and NGO representatives to coordinate humanitarian assistance activities, had established a “Task Force on Sexual Abuse and Sexual Exploitation”, which first formulated the definitions of “sexual exploitation” and “sexual abuse” together with six recommendations that can be considered the original regulatory core on which all subsequent enforcement action promoted by the UN has developed¹⁶.

¹⁵ *Ibid.*, par. 12.

¹⁶ It is interesting to notice the similarity of the wording used in the recommendations with that of the SG bulletin of 2003: “1. Sexual exploitation and abuse by humanitarian workers constitute acts of gross misconduct and are therefore grounds for termination of employment. 2. Sexual activity with children (persons under the age of 18) is prohibited regardless of the age of majority or age of consent locally. Mistaken belief in the age of a child is not a defence. 3. Exchange of money, employment, goods, or services for sex, including sexual favours or other forms of humiliating, degrading or exploitative behaviour, is prohibited. This includes exchange of assistance

Nevertheless, as someone rightly remarked, no legal consequences affected those responsible of SEA acts. Such crimes, in fact, “occurred with impunity”, since “[n]o staff member of an agency lost his or her job for exploiting children”, even considering that “the costs of reporting such cases are high for vulnerable refugee and displaced women particularly when complaints would have to be lodged with people who themselves are perpetrators of sexual exploitation”¹⁷.

This is one of the most serious problem that the remedial action promoted by the UN Secretary-General still failed to resolve, as will be explained in the next paragraph.

3. The problem of the accountability of the perpetrators: NGOs and private agencies workers

Before 2002, local and international NGOs cooperating with UN mission in peacekeeping operations were usually allowed to work in substantial autonomy by adopting codes of self-regulation and main-

that is due to beneficiaries. 4. Sexual relationships between humanitarian workers and beneficiaries are strongly discouraged since they are based on inherently unequal power dynamics. Such relationships undermine the credibility and integrity of humanitarian aid work [in his report of 2019 on the implementation of the Special measures, presented to the General Assembly on 17 February 2020 (UN Doc. A/74/705), the Secretary-General, at par. 11, acknowledges the review of principle 4 “to prohibit any sexual relationship between those providing humanitarian assistance and protection and a person benefiting from such assistance or protection involving improper use of rank or position”]. 5. Where a humanitarian worker develops concerns or suspicions regarding sexual exploitation or abuse by a fellow worker, whether in the same agency or not, s/he must report such concerns via established agency reporting mechanisms. 6. Humanitarian workers agencies are obliged to create and maintain an environment which prevents sexual exploitation and abuse and promotes implementation of their code of conduct. Managers at all levels have particular responsibilities to support and develop systems which maintain this environment”. See IASC, *Report of the Inter-Agency Standing Committee Task Force on Protection from Sexual Exploitation and Abuse in Humanitarian Crises*, 2002, p. 5, available at www.unicef.org/emerg/files/IASCTFReport.pdf.

¹⁷ E.G. FERRIS, *Abuse of Power: Sexual Exploitation of Refugee Women and Girls*, in *Journal of Women in Culture and Society*, 2007, n. 3, pp. 584-591, especially p. 585.

taining exclusive control over their own personnel without external interference¹⁸. Since then, however, some common normative references were considered necessary to outline a general liability regime applicable also to officers and volunteers of NGOs and humanitarian agencies called upon to support the activities of the missions.

It has already been said that the NGOs staff members formally remain subject to the jurisdiction of the host State, as they are not covered by any formal exemption. Specific guarantees could be just unilaterally granted by the State, in consideration of the humanitarian activity exercised by the private entity in its own territory.

Regardless of this case, which however do not find clear confirmation in States' practice¹⁹, host States are generally disinclined to exercise their jurisdiction over foreign humanitarian operators, to avoid diplomatic tensions both with the States of nationality of the NGOs members and with the international agencies participating in the mission.

It is a matter of fact that the private legal status of non-governmental organizations and humanitarian agencies (and, therefore, of their personnel) does not affect the exercise of the activities in which such entities are involved, that are, by definition, of internation-

¹⁸ See, e.g., "The Code of Conduct for the International Red Cross and Red Crescent Movement and Non-Governmental Organisations (NGOs) in Disaster Relief", drawn up in 1992 by the Steering Committee for Humanitarian Response (SCHR - which includes Caritas International, the Catholic Relief Services organisation, the International Federation of National Red Cross and Red Crescent Societies, the International Coordination of Save the Children, the Lutheran World Federation, Oxfam and the Ecumenical Council of Churches), together with the International Committee of the Red Cross, and formally approved in 1994. The code establishes some general standards of conduct applicable to the personnel of private organisations and agencies engaged in humanitarian assistance activities, but it does not include any reference to the prohibition of committing acts of sexual exploitation or abuse.

¹⁹ The relevant practice rather offers some examples of agreements concluded between States receiving humanitarian assistance and intergovernmental bodies involved in coordinating initiatives and delivering aid. G. VERDIRAME, *The UN and Human Rights: Who Guards the Guardians*, Cambridge, 2011, p. 150, reports on the agreements concluded by UNICEF in the 1990s with both the Sudanese government and the Sudan People's Liberation Army forces to allow the delivery of humanitarian aid under the *Operation Lifeline Sudan*.

al relevance²⁰. The need to outline common operating standards, including those regulating the conduct of the personnel deployed, has accordingly arisen.

A first element can be identified in the codification project drawn up by the Commission of International Law since 2008 on protection of people in the event of disasters, which concluded in 2016 with the presentation at the General Assembly of the “Draft articles on the protection of persons in the event of disasters”²¹. According to article 3, letter (a) the meaning of the expression “disaster” includes any “calamitous event or series of events resulting in widespread loss of life, great human suffering and distress, mass displacement, or large-scale material or environmental damage, thereby seriously disrupting the functioning of society”.

Article 6 identifies in the principles of humanity, neutrality, impartiality and non-discrimination the general rules of conduct that all the subjects involved in rescue activities must comply with²². It is hardly worth noting that any act of sexual exploitation or sexual abuse perpe-

²⁰ This is taken into account, for example, in the notion of non-governmental organisation adopted in Article 1 of the 1986 “Convention on the Recognition of the Legal Personality of International Non-Governmental Organisations”, promoted within the framework of the Council of Europe and entered into force on 1st January 1991: “[t]he present Convention shall apply to associations, foundations and other private institutions (hereinafter referred to as “NGOs”) which fulfil the following conditions (a) they have a non-profit purpose of international utility; (b) they have been established by an instrument governed by the domestic law of a Party; (c) they carry out their activities with effect in at least two States; and (d) they have their registered office in the territory of a Party and their central management and control in the territory of that Party or of another Party” (see ETS n. 124, available at <http://conventions.coe.int>).

²¹ General Assembly, UN Doc. A/71/10, par. 48, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2016, vol. II, Part 2, available at https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/-draft_articles/6_3_2016.pdf.

²² See the Article 6 of the Draft Articles: “[r]esponse to disasters shall take place in accordance with the principles of humanity, neutrality and impartiality, and on the basis of nondiscrimination, while taking into account the needs of the particularly vulnerable”.

trated against the beneficiaries of the aid openly disregards these principles²³.

If it is true that, by express admission of the Commission, the correspondence of these principles to customary international law has not been specifically investigated so far²⁴, it is not hard to recognise a certain symmetry with the international standards applicable to peace operations (notoriously impartiality, consent and prohibition of the use of force except for purposes of self-defense), that could lead to a homogeneous interpretation and implementation in the relevant practice²⁵.

It is also necessary to ascertain whether the respect of such principles can be imposed to NGOs and local humanitarian agencies staff

²³ Neither the Draft Articles, nor their commentary, however, take into consideration such cases of violation. The commentary to Article 6 only refers to the greater degree of impact of disasters and humanitarian crises on the most vulnerable categories of persons (“[t]he Commission was cognizant of the fact that disasters frequently affect women, girls, boys and men differently”) and, more significantly, to the risks of a personal nature to which these categories are exposed: “[t]hey are often disproportionately affected and exposed to risks, including increased loss of life and livelihoods and gender-based violence, during and in the aftermath of disasters”. On the limits of the notion of “vulnerability” incorporated in the draft, see the interesting critical considerations of T. O’ DONNELL, *Vulnerability and the International Law Commission’s Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2019, n. 68, pp. 573-610.

²⁴ On this point, the commentary clarifies, indeed, that “[t]he Commission did not consider it necessary to determine whether these principles are also general principles of international law and noted that the principles do not apply to the exclusion of other relevant principles of international law” (see *Draft articles on the protection of persons in the event of disasters with commentaries*, cit., par. 1). On the conformity of the Draft Articles, as a whole, with general International law see the critical opinion of D. TLADI, *The International Law Commission’s Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters: Codification, Progressive Development or Creation of a Law out of Nothing?* in *Chinese Journal of International Law*, 2017, n. 16, pp. 425-451, who underlines the dual and not fully coherent relationship between rights and obligations outlined in the draft: one, aimed at protecting the human rights of disaster-affected persons, reflecting “a vertical rights-duties approach in the classical human rights sense”, and the other, “presented in the Draft Articles [...] through the creation of horizontal rights and duties between affected States and other States and entities”.

²⁵ See Article 13: “[t]he provision of external assistance requires the consent of the affected State”.

members, since they are not public officials acting as States or international organizations organs or agents. Although it can be argued, in fact, that any subject, public or private, that is engaged in humanitarian assistance should be required to observe some rules of conduct, in the event of a violation it will be necessary to clearly establish what is the actual legal source of the related obligation.

Formally, the individual responsibility of the perpetrator and any subsequent liability for *culpa in vigilando* (if any) of the NGO where he or she works may be enforced by the forum State, in application of the *locus commissi delicti* rule (sometimes concurring with the jurisdiction of the perpetrator's State of nationality where the relevant laws admits to extend it to acts committed outside the territory). However, it cannot be excluded that, from the same generative unlawful act, also the UN (or another international organization involved), which availed itself of the collaboration of the perpetrator for the execution of tasks directly falling within the objective of the peace operation, will be considered responsible.

To this end, it must be established whether, given the private legal nature of these entities, it is possible to attribute the liability, for the misconduct of their operators, directly to the international organisation, removing the diaphragm represented by the legal interposition of the private entity the operators are employed²⁶.

Such a finding presupposes the identification of a link, which is not based on the special rule relating to the attribution of responsibility for acts performed by State organs (or organs and agents of other organisations) placed at the disposal of an international organisation, enshrined in Article 7 of the Draft Articles on the Responsibility of International Organisations²⁷, but on the general rule of the previous Ar-

²⁶ In this regard, G. SIMM, *Sex in Peace Operations*, cit., p. 129, argues how international organisations, and the UN in particular, “regularly contract humanitarian NGOs as implementing partners for their programmes and management of refugee camps. The conduct of NGOs could be imputed to the UN under the Draft Articles on responsibility of international organisations where an NGO is an agent through whom the UN acts”.

²⁷ See the *Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries* (DARIO), UN Doc. A/66/10, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2011, vol. II, Part 2, available at <https://legal.un.org/ilc/texts/>

ticle 6, which attributes to the organisation the responsibility for any unlawful act carried out by its organs or agents “in the performance of functions”, whatever position they occupy within the organisation, referring to internal rules of the organization for the purposes of determining functions²⁸.

On this point, in the Seventh Report on the Responsibility of International Organisations, the Special Rapporteur Gaja²⁹, while specifying that the reference to the “rules of the organization” contained in Article 6 of the DARIO should not be interpreted as exclusive, clarifies that “as was noted by ILO, conduct of a person or entity could also be attributed to an international organisation on a different, factual basis, when the person or entity is “acting on its instructions, or under its direction or control”.

In the same report, the Special Rapporteur also dwells on the notion of agent, highlighting the need to clarify its scope. In fact, when an international organisation uses external entities, such as NGOs and private agencies, to carry out institutional activities, the mere inclusion in the partnership agreement of a clause aimed at preventing the entrusted entity from forging the status of agent is not in itself sufficient to prevent the attribution of the organisation’s international liability in the event of offences committed by the NGO’s personnel. According to Gaja, “this type of clause cannot exclude the possibility that, because of factual circumstances, the conduct of the private contractor would nevertheless be attributed to the organisation under international law”. Rather, it must be assessed, in accordance with the indications provided by the International Court of Justice in its famous advisory opinion on the “Reparation of Damages Suffered in the Service of

[instruments/english/commentaries/9_11_2011.pdf](#).

²⁸ See Article 6 “Conduct of organs or agents of an international organization” of the DARIO: “1. The conduct of an organ or agent of an international organization in the performance of functions of that organ or agent shall be considered an act of that organization under international law, whatever position the organ or agent holds in respect of the organization. 2. The rules of the organization apply in the determination of the functions of its organs and agents”.

²⁹ G. GAJA (Special Rapporteur), *Seventh report on responsibility of international organizations*, UN Doc. A/CN.4/610 of 27 March 2009, par. 22.

the United Nations”³⁰, whether the person “has been charged by an organ of the international organisation with carrying out, or helping to carry out, one of the functions of that organization”³¹.

It is in the light of these considerations that the practice of the “Programme Cooperation Agreements” (hereinafter also PCAs), promoted on the joint initiative of UNHCR, UNICEF and WFP and stipulated with some private agencies (which thus acquire the status of partners in the context of specific initiatives), must be assessed³². These are negotiation instruments of a private nature, drawn up unilaterally by the promoting body, which, for the resolution of any disputes, apply the rules of UNCITRAL³³. In the “general terms and conditions” attached to the main body of the model agreement used by UNICEF, for example, is specified that the partner organisation “shall be considered as having the legal status of an independent contractor vis-à-vis UNICEF”. Therefore, “[its] employees, personnel and subcontractors shall not be considered in any respect as being the employees or agents of UNICEF”³⁴.

³⁰ See International Court of Justice, *Reparation for injuries suffered in the service of United Nations*, *Advisory Opinion*, in *I.C.J. Reports*, 1949, p. 174 ss., especially p. 177: “[t]he Court understands the word “agent” in the most liberal sense, that is to say, any person who, whether a paid official or not, and whether permanently employed or not, has been charged by an organ of the Organization with carrying out, or helping to carry out, one of its functions – in short, any person through whom it acts”.

³¹ G. GAJA, *Seventh report on responsibility of international organizations*, cit., par. 23. In the second report (General Assembly, A/71/10UN Doc. A/CN.4/541 of 2 April 2004), the Special Rapporteur had already observed that “when practice develops in a way that is not consistent with the constituent instrument, the organisation should not necessarily be exempt from responsibility in case of conduct that extends beyond the organisation’s competence” (par. 24). This is a further profile of investigation, which, while for the most part affecting the problem of attribution of *ultra vires* acts performed by the organisation, has a specific relevance in the context of peace operations, due to their progressive expansion on the functional level attested by the practice.

³² The model is available at <https://www.unpartnerportal.org>.

³³ See, e.g., Art. 12 of the Model PCA used by UNICEF, which refers to the rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) where conciliation (par. 2) or arbitration (par. 3) between the parties is necessary. It significantly specifies that “[t]he arbitral tribunal shall have no authority to award punitive damages”.

³⁴ See point 1.0 of the “general terms and conditions” attached to the body of the

The Fund also reserves the right to suspend or terminate the agreement early if the partner organisation “fails to take preventive measures against sexual exploitation and abuse, or child safeguarding violations, if [it] fails to investigate allegations of sexual exploitation or abuse, or child safeguarding violations, or if [it] fails to take corrective action if sexual exploitation or abuse or child safeguarding violations have occurred”.

Early termination of the agreement obviously determines the loss of the funding granted and the possible obligation to repay the sums received, “up to the total amount paid [...] by UNICEF prior to the date of the notice of termination”³⁵.

It can hardly be argued that such instruments, even if declaredly aimed at preventing the NGOs personnel from assuming the status of “agent” of the international organisation partner, are sufficient to exclude the attribution of that status as a matter of fact, that means as a consequence of the concrete assessment of the performance of the organisation’s tasks by the NGO staff member on the basis of the direc-

agreement. It goes on to clarify that the private entity (named “implementing partner” or “IP”), “will be responsible for the professional and technical competence of its employees, staff and subcontractors and will select, for work under this Agreement, reliable persons who will work effectively in the implementation of this Agreement, respect local customs and conform to a high standard of moral and ethical conduct”.

³⁵ *Ibid.*, par. 11.2(b). Point 14 is entirely devoted to dealing with SEA cases and “child safeguarding violations”. It should be noted that, by entering into the PCA, the private entity staff undertakes not to engage in “any sexual exploitation and abuse conduct, or child safeguarding violations” and accepts that UNICEF will apply the policy of “zero tolerance” towards it. The contractual conditions expressly refer to the SEA cases codified in the 2003 SG Bulletin and also impose on the IP precise obligations of prevention (including “ensure that its employees, personnel or subcontractors shall have undertaken and successfully completed appropriate training with regard to the prevention of sexual exploitation and abuse, and training on safeguarding children”), reporting and internal investigation, which does not preclude UNICEF’s right to initiate investigations on its own initiative under paragraph 15 below. 3 below, and/or to allow formal investigations to be initiated by the competent national authorities (which are presumed to be those of the forum State, although this is not expressly stated). In the latter case, “IP shall assist UNICEF and take all necessary steps, to the extent legally possible, for UNICEF to obtain information on the status and outcome of the investigation”. The same obligation to cooperate is also incumbent on the IP for investigations conducted directly by UNICEF (para. 15.3).

tives directly given by the organisation. Should such a finding prove positive, in line with the jurisprudential trend of the International Court of Justice, and according with the aforementioned Article 6 of the DARIO, the attribution of the unlawful act of the NGO worker to the international organisation could reasonably be admitted (with all the implications that this would have, also in terms of the recognition of the same privileges and immunities due to the organization staff).

A further element of weakness of the PCAs is represented by the fact of limiting the prejudicial effects deriving from the ascertainment of a case of SEA (*i.e.* the failure to report or the non-cooperation of the organs of the NGO in the investigation activity) only to contract resolution, with the ensuing revocation of the financing granted. This means that, even in the most serious cases, the offences committed by the NGO staff would act just as a cause of non-performance of the PCA that justifies its resolution in application of the well-known principle *inadimplenti non est adimplendum*.

However, such a clause would prevent the adoption of more significant measures, such as, for example, the application of penalties or other remedial measures aimed at restoring the victims. Ultimately, given the possible inability or unwillingness of the forum State to prosecute foreign NGOs members for criminal offences (and the NGO itself for civil liability), the solution to the problem of punishment of perpetrators remains essentially entrusted to instruments of self-discipline and their capacity for deterrence³⁶.

³⁶ Given the non-profit nature of non-governmental organisations and agencies operating in the field of humanitarian assistance, the risk associated with the possible loss of funding in the event of the detection of illegal or fraudulent conduct by staff and lack of internal supervision constitutes a real deterrent factor. Most funding contracts, including those promoted by states or charitable foundations, contain special clauses binding the disbursement of funds to the observance of ethically correct behaviour and the acceptance of codes of conduct. G. SIMM, *op. cit.*, pp.130-131, reports, on this point, that “[o]ne example of government (donor) regulation of NGOs is the US State Department’s Bureau of Population, Refugees and Migration’s requirement, implemented following the Indian Ocean tsunami in 2004, that agencies have a code of conduct including prevention of sexual exploitation and abuse as a precondition to receiving funding”, although the Author does not fail to observe that the control exercised by funders “suffers a number of problems including lack of skilled evaluators, the variable extent to which donors seek beneficiary and other

4. (follows): *UN staff members and military personnel*

The *Special Measures* enclosed in the 2003 Bulletin of the Secretary-General are formally addressed only to personnel under the direct dependence of the Organisation (“all staff of the United Nations”), including those belonging to UN organs and programmes under separate administration. Hence, military personnel belonging to national contingents is not directly obliged to comply with them, although an obligation of compliance can be deduced from the incorporation of the prohibition of sexual exploitation and abuse both in the Status-of-Force Agreement (the agreement signed between the UN and the State on whose territory the operation takes place, henceforth also SOFA), and in the Memorandum of Understanding (henceforth also MOU), concluded between the Secretary-General and the Troop-Contributing Countries. The Memorandum of Understanding, in particular, commits TCCs to cooperate effectively with the UN when a SEA case involving military personnel has been reported.

Paragraph 3.2 of the bulletin sets up the rules of conduct applicable to mission personnel, specifying which behaviors constitute SEA acts (“[e]xchange of money, employment, goods or services for sex, including sexual favours or other forms of humiliating, degrading or exploitative behavior”), in order to distinguish them from others not considered illegal, but likely to discredit the prestige of the Organisation anyway. The latter behaviors – in particular, the “[s]exual relationships” established by UN personnel with the “beneficiaries of assistance” (a category which includes host State’s nationals, as well as legal residents, refugees or internal displaced persons, if any), although not formally prohibited, are “strongly discouraged” and may nevertheless give rise to the application of administrative and disciplinary sanctions³⁷.

views, and the unsystematic way recommendations made are implemented due to political sensitivities within organisations”. Against this, “NGOs tend to regard regulation by the state as potential political interference which undermines their independence and effectiveness”. For a general discussion of the topic, see L. JORDAN, P. VAN TUIJL (eds.), *NGO Accountability: Politics, Principles and Innovations*, London, Earthscan, 2006.

³⁷ See par. 3.2 (d): “[s]exual relationships between United Nations staff and bene-

According to Section 3.3 of the bulletin, the above standards are not exhaustive. Other conducts may, in fact, be considered relevant to the initiation of disciplinary action. Specific duties are placed on the heads of departments, offices and missions. They essentially concern the adoption of measures to prevent the occurrence and proliferation of SEA cases among staff members, first by disseminating information on the rules of conduct and discipline approved by the Secretary General³⁸.

The main task assigned to the administrative and operational leadership of the missions, however, deals with the monitoring of the violations, for which they assume full responsibility to the UN³⁹. To this end, the bulletin provides for the establishment of “focal point[s]”, to collect complaints of abuse and violence and to handle them in strict confidence – also with a view to their use in disciplinary proceedings – to ensure first the protection of victims, who are exposed to the risk of possible retaliation. Due to the limited efficacy of legal procedures aimed at prosecuting the perpetrators of SEA acts, (regardless their belonging to UN staff or military contingents), the creation of a useful and efficient system for victims’ protection has become in recent years one of the most important targets of the whole UN strategy in countering SEA crimes⁴⁰.

Of utmost importance is the provision in section 5 of the Bulletin, which establishes, after consultation with the UN Office of Legal Affairs, the referral of perpetrators of SEA acts to the competent national authorities, to let them start a criminal proceeding if the relevant legal conditions are met.

Such a provision calls into question the problem of the exercise of jurisdiction over personnel deployed in peace operations, with respect to some unlawful conducts not formally associated to the mission functions. Although qualified by the same UN bulletin as violations of

ficiaries of assistance, since they are based on inherently unequal power dynamics, undermine the credibility and integrity of the work of the United Nations and are strongly discouraged”.

³⁸ *Ibid.*, par. 4.1.

³⁹ *Ibid.*, par. 4.2.

⁴⁰ *Ibid.*, par. 4.3.

“universally recognised international norms” they actually do not fall within the jurisdiction neither of the forum State, nor of the State of nationality of the victims, however nearly always coinciding.

Two different scenarios must be considered. Perpetrators belonging to UN staff categories (officials and military or police personnel enjoying the status of expert) can be prosecuted by the Organisation on a disciplinary level, while the opening of a criminal proceeding by the authorities of the State of *locus commissi delicti* or by the State of nationality of the accused is subject to the waiver of the UN staff jurisdictional immunity by the Secretary-General. This amounts to a limitation of the judicial control against SEA crimes.

Military personnel of national contingents is subject to the jurisdiction of the State of nationality of the accused, for the initiation of both a disciplinary action and a criminal prosecution, being impossible for the Secretary General to start a proceeding or to adopt sanctions *motu proprio*, and for the host State to exercise its jurisdiction in derogation of the SOFA provisions. However, given the resistance of the troop-contributing States to proceed, especially at the criminal level, against their own military personnel, since the adoption of the 2003 bulletin the UN has begun to set up a complex framework of measures, for the most part of voluntary application, to bypass the aforementioned limits, albeit there has been no shortage of attempts to establish a shared legal source to legitimise the exercise of criminal jurisdiction over the perpetrators of SEA crimes.

5. The failure of the draft convention on the criminal accountability of United Nations officials and experts on mission

The difficulties in establishing a clear liability regime for perpetrators of SEA crimes were initially undervalued by the United Nations, which on this issue relied on greater cooperation from Member States. However, SG focused his action on other two different lines of intervention. The first aimed at preventing the spread of SEA cases by strengthening staff training activities, with the intention of changing the perception of the social and institutional role of women in conflict and post-conflict reconstruction contexts and, therefore, also in the

milieu of peace operations, and the second one specifically directed at assisting the victims, which will be addressed in more detail below.

The identification of such areas of intervention dates back to the publication, in 2005, of the so-called “Zeid Report”, from the name of the Special Advisor to the Secretary-General in charge of its drafting, Prince Zeid Ra’ad Zeid Al-Hussein of Jordan⁴¹. The report inspired all the initiatives that can be traced back to the “zero tolerance policy” implemented by the UN, although the strategy outlined therein would have deserved greater consideration as a whole, having been implemented, in reality, only in limited aspects and with results that were not always satisfactory.

With regard to the need to prosecute the perpetrators of SEA crimes, particularly noteworthy was the proposal of the “Zeid Report” which recommended the conclusion of an international agreement to consent the exercise of jurisdiction over UN personnel for certain typical criminal offences, following the example of the Convention on the Security of United Nations and Associated Personnel of 1994 (which promotes this approach for crimes committed *against* UN staff members)⁴². Alternatively, the report suggested to incorporate in the SOFAs specific provisions to ensure respect for due process of law by the host State in all criminal proceedings against UN personnel⁴³.

Welcoming the special adviser’s suggestion, the Secretary-General

⁴¹ The report “A comprehensive strategy to eliminate future sexual exploitation and abuse in United Nations peacekeeping operations” (UN doc. A/59/710), known as the “Zeid report”, follows the Special Adviser’s direct experience in the Democratic Republic of Congo, in order to assess the real gravity and extent of the SEA cases within one of the most controversial missions of the United Nations, MONUC, launched in 1999 and active until 2010, the year of its conversion into the MONUSCO mission.

⁴² *Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel*, New York, 9 December 1994, entered into force on 15 January 1999, in UN, *Treaty Series*, vol. 2051, p. 363.

⁴³ However, this would lead to the introduction of a special jurisdictional regime, more favourable to the accused, the application of which would remain precluded in judgments aimed at ascertaining the crimes (hypothetically, the same crimes) committed by nationals of the territorial State and/or by the personnel of NGOs and private agencies not covered by immunity, with the effect of creating a plain inequality of treatment.

appointed a Group of Legal Experts (hereinafter also GOLE) with the specific task of studying the matter. In 2006, the Group presented to the General Assembly a report entitled “Ensuring the accountability of United Nations staff and experts on mission with respect to criminal acts committed in peacekeeping operations”⁴⁴, which, in order to resolve the problem of the lack of jurisdiction of the host State against the perpetrators of SEA crimes, basically confirms the conclusions of the “Zeid report”.

The orientation followed by the GOLE is to facilitate the exercise of jurisdiction by the host State as much as possible. However, in cases where the host State is not yet endowed with the necessary legislation and justice administrations tools to ensure a fair trial, the report, on the assumption that “[j]urisdiction is not an indivisible concept”, suggests to join the jurisdiction of the forum State with that of other States, which should be entitled to exercise it when the former does not appear to be able to do it by itself.

Such concurring jurisdictions should be, in order of relevance, those of the State of nationality of the accused or the State in which the accused resides, unless this State prefers to extradite him to the first one. In a subordinate position, also the State in which the accused habitually resides, if he or she is a stateless person, and the State of nationality of the victim, if different from the host State, should be entitled to initiate a criminal proceeding⁴⁵.

The normative basis for regulating such a coexistence between different jurisdictions is outlined in a “Draft convention on the criminal accountability of United Nations officials and experts on mission” annexed to the GOLE report⁴⁶. The draft merely sets out the conditions for the exercise of criminal jurisdiction over UN officials and experts on mission, excluding from its scope military personnel of the TCCs⁴⁷. Moreover, the regime of responsibility proposed in the draft Convention does not derogate from the general rules on immunity established by the 1946 Convention and SOFA, nor from the prerogatives recog-

⁴⁴ General Assembly, UN Doc. A/60/980, 16 august 2016.

⁴⁵ See par. 45 of the report.

⁴⁶ *Ibid.*, Annex 3, p. 29.

⁴⁷ See Article 2, par. 2 of the Draft Convention.

nised to the Secretary General (and to the Security Council should the Secretary General himself be accused) to waive them, with the consequence that the exercise of jurisdiction in the cases provided for therein “is conditioned upon such immunity being either non-existent or being waived”⁴⁸. However, the draft does not clarify the conditions “upon which such waiver will or will not be given”, but refers, on this point, to the “policies” of the Secretary General relating to the organisation of the judicial system of the host State and the respect of international human rights standards.

In addition to the aforementioned criteria for the allocation of jurisdiction, another relevant element of the draft Conventions is the proposed selection of criminal offences, which provides for “(a) Murder; (b) Willfully causing serious injury to body or health; (c) Rape and acts of sexual violence; (d) Sexual offences involving children” together with the related hypotheses of attempt and conducts constituting complicity, assistance or instigation⁴⁹. Such types of offence, however, do not match the corresponding notions of sexual exploitation and sexual abuse codified in the 2003 bulletin. Namely, while the offences referred to in letters (c) and (d) can be considered to substantially cover the material scope of “sexual abuse”, the list in article 3 of draft convention does not include the various criminal offences that can be referred to as “sexual exploitation”.

This could be interpreted as an attempt to distinguish between the two categories of offences on the basis of their respective seriousness and to limit, as a result, the exercise of the jurisdiction in competition with the host State only in cases of greater impact and for hypotheses

⁴⁸ In this regard, the “Zeid Report” does not fail to highlight the problem of the possible lack of the guarantees of due process of law in the jurisdictional system of the host State. In such circumstances, waiving immunity “would not be in the interests of the United Nations”, since it is the only legal instrument at the Organisation’s disposal to prevent one of its agents from being subjected to a criminal trial in breach of “basic international human rights standards”. Likewise, at par. 87 the report emphasizes: “[w]hat was not anticipated at the time the General Convention was drafted was that the United Nations would, on occasion, be operating in areas where there was no functioning legal system or where the legal system was so devastated by conflict that it no longer satisfied minimum international human rights standards”.

⁴⁹ Article 3, par. 2 of the Draft Convention.

of higher social dangerousness. It must be noticed, however, that the draft Convention also contains an alternative version of the same provision, which is not based on a list of the types of offence, generally allowing the exercise of jurisdiction with regard to intentional crimes of a violent nature committed against the person, as well as sexual offences punishable in national law “by imprisonment or other deprivation of liberty” for a maximum period of not less than one to two years (the decision on this point is left to the negotiation) or by a more severe penalty.

Accordingly, the States Parties would only have been required to extend the applicability of certain offences already regulated by domestic criminal law to the context of peace operations, without the need to uniformly establish the constituent elements of the individual offences or the penalty conditions (such as, for example, the attribution of adulthood for the purposes of assessing cases of sexual offences against minors).

Nevertheless, some differences between the competing jurisdictions would have been inevitably arisen, so that a risk of “forum shopping” with respect to the judicial system most favourable to the perpetrator would have been likely.

As far as the specific condition of refugee camps is concerned, also article 4 of the draft convention could have played an important role. At para. 4 it prescribes, in fact, that each State Party, “in cases where the alleged offender is present in its territory”, provided that the act perpetrated constitutes a crime under domestic law⁵⁰, “must” exercise its jurisdiction, unless it prefers to extradite the accused to one of the other States entitled⁵¹.

The scope of this obligation is specified in Article 7 below, according to which the States Parties whose territory an accused person is

⁵⁰ This clarification is the subject of Article 5 of the Draft Convention: “[s]ubparagraph 1(b) and paragraphs 2 and 4 of Article 4 do not impose an obligation on a State Party to establish jurisdiction over conduct that does not constitute a crime under the law of the State in which the conduct occurred”.

⁵¹ The legal model for the definition of jurisdiction criteria referred to in the Draft Convention is the *International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism* annexed to Resolution of the General Assembly 59/290 of 13 April 2005 (UN Doc. A/RES/59/290), in force since 7 July 2007.

found must initiate a criminal proceeding “without exception whatsoever and without undue delay” and take all consequent decisions “as in the case of any other offence of a serious nature under the law of that State”⁵². If such a project of convention had been successful, the host State would have been equipped with a sound legal instrument, helpful to overcome its caution in exercising the jurisdiction against perpetrators from foreign countries (provided the adequacy of its criminal law to international standards).

Broadly speaking, the draft convention stands out as the first real element of discontinuity from the “softer” regulatory approach followed by the Secretary General since 2003. It represented an attempt to involve the Member States in the definition of a shared responsibility regime, according to which the exercise of jurisdiction over the UN staff members accused of serious crimes against the person in the context of peace operations would have been admitted even if the judicial system of the host State, due to a lack of legislation or administration, did not offer sufficient guarantees with regard to the celebration of a due process of law, dissuading the Secretary General from waiving the immunity recognised to the accused.

Apart from few controversial points, this initiative would have introduced a simplification compared to the more complex control mechanism provided for in SOFAs. However, it had no concrete follow-up and any prospect of reform on this point has been soon abandoned⁵³. It is notable, about it, that the draft convention drawn up by the GOLE is not even mentioned in the Secretary General’s 2017 report on the “new approach” to the strategy to counter SEA crimes, revealing the Secretary’s changed attitude towards such an instrument⁵⁴.

⁵² See Article 7 of the Draft Convention.

⁵³ Z. DEEN-RACSMÁNY, ‘Exclusive’ Criminal Jurisdiction over UN Peacekeepers and the UN Project(s) on Criminal Accountability: A Self-Fulfilling Prophecy?, in *The Military Law and the Law of War Review*, 2014, n. 53, pp. 247-284.

⁵⁴ According to G. NESI, *The Repression of the Crimes of Sexual Exploitation and Abuse Committed by Peacekeepers. Recent Developments*, cit., p. 340, “[t]his implies that in this report the Secretary-General does not include the work that has been done in the last ten years in the Sixth Committee as an element to be taken into account, at least in the short run”.

6. *The UN strategy for the victims' assistance: an alternative but unsatisfactory mean of redress*

Given the difficulties of setting up an effective mechanism for determining individual responsibility, victims' assistance has progressively become a central aspect of the UN strategy, although the various measures taken in this area must be considered "as an expense incidental to the Organisation's general responsibility for the conduct of a peacekeeping operation" while they do not serve any restorative function resulting from the assumption of direct responsibility for violence and abuses committed by personnel deployed in missions⁵⁵. Assistance is therefore recognised irrespective of the outcome of investigations into the culpability of the perpetrator.

The "Zeid report" firstly clarified that "[a] peacekeeping operation usually has neither the resources nor the mandate to provide comprehensive assistance to victims of sexual exploitation and abuse". The concept of "comprehensive assistance" to which the Special Adviser refers is not specified, but, in the light of the subsequent assessments made in the report and the initiatives taken by the Secretary-General on the basis of these, it can be correctly understood in the broadest meaning of immediate assistance and support (of a material, psychological, medical and legal nature), as well as ongoing support, aimed at promoting all useful initiatives to enable the victim to be fully reintegrated into society and work, and to support any children that may have been born as a result of the violence suffered or as a result of a relationship with a member of the mission.

Again according to the report, the need to guarantee the victims of sexual exploitation and abuse the earliest forms of aid should be accompanied, as far as possible, by the need to collect the evidence necessary to facilitate the identification of the perpetrator and to enable one or more liability actions to be taken against him or her⁵⁶. It is also

⁵⁵ See the "Zeid Report", at par. 52.

⁵⁶ In paragraph 55 of the report, the Special Adviser emphasises the importance of "providing feedback to alleged victims on their complaints to the mission", namely "on the action that has been taken as a result of a complaint and the outcome of the mission's investigation". Such information "would serve to assure the victims, as well

suggested that a “voluntary trust fund” be set up, recommending maximum simplicity and timeliness in the disbursement of payments⁵⁷.

After the publication of the “Zeid Report”, the issue of assistance to SEA victims was formally brought to the attention of the General Assembly. On the basis of the indications provided therein, as well as on the basis of the Assembly’s approval of the proposals⁵⁸, recommendations and conclusions formulated by the Special Committee on Peacekeeping Operations in its own report of 2005⁵⁹, the first “comprehensive strategy for assistance to victims of sexual exploitation and abuse” was drawn up, summarised in a “draft policy statement” sent to the President of the General Assembly in a letter of 25 May⁶⁰.

The relevance of the document – which for a long time remained almost completely unimplemented due to the lack of the necessary funds to finance the assistance measures proposed therein – is to be measured precisely against the innovative character of its “victim-oriented approach”. Indeed, it is provided that, even if the charges have not yet been formally established, persons who have filed a complaint “should receive basic treatment and care”. Therefore, in order to benefit from assistance, they should not be forced to identify the offender, nor to prove that they have been subjected to an act of vio-

as the host population, that neither the United Nations nor the countries contributing troops and police tolerate sexual exploitation and abuse, take complaints seriously, investigate them and take action against the alleged perpetrators”.

⁵⁷ “The United Nations ought to establish a voluntary trust fund for victims to provide assistance to victims of sexual exploitation and abuse by United Nations peacekeepers. Staff might be encouraged to make a donation to the fund each year. But it is crucial that the trust fund has simplified procedures so that payments can be made quickly” (*ibid.*, par. 56).

⁵⁸ General Assembly, UN Doc. A/RES/59/300 of 30 June 2005, par. 2.

⁵⁹ See the *Report of the Special Committee on Peacekeeping Operations and its Working Group* (2005 resumed session), cit., Chapter 2.

⁶⁰ General Assembly, UN Doc. A/60/877. The annual report on “special measures” of 15 June 2007 also reports on this initiative, stating that “[w]ith a view to enabling victims of sexual exploitation and abuse to receive the assistance they need, the Task Force engaged in broad consultations with Member States to finalize the draft policy statement and comprehensive strategy on assistance and support to victims of sexual exploitation and abuse by United Nations staff and related personnel” (General Assembly, UN Doc. A/61/957, par. 20).

lence or exploitation, nor, finally, to cooperate with the investigative bodies, since by the mere fact of filing a complaint, the victim, in the broad sense, is exposed to the risk of personal and social retaliation.

In this perspective, the strategy is characterised by the twofold intention of favouring the immediate application of assistance measures, thus widening the range of potential beneficiaries, and implicitly obviating the highlighted difficulties in prosecuting perpetrators, by excluding in principle that the ascertainment of responsibility can be a prerequisite for access to assistance. Ultimately, by freeing the application of the measures from the need for a prior formal ascertainment of the unlawfulness of the conduct and thus equating the condition of “complainant” with that of “victim”, this approach deliberately neglects to give pivotal importance to the outcome of the investigations, ensuring all potential victims access to assistance, even if their accusations remain unproven or, for various reasons, it is not possible to proceed against the perpetrators⁶¹.

Nevertheless, it should be noted that the strategy proposed a differentiation between the forms of protection accessible to “complainants”⁶² and “victims”, who should receive “additional assistance and support” in view of their social reintegration⁶³, without neglecting,

⁶¹ In this regard, at the end of Paragraph 14 it is made clear that “[c]omplainants will be made aware that provision of assistance by the Organization is not an acknowledgement of the validity of the claim or an indication of acceptance of responsibility by the alleged perpetrator”.

⁶² In par. 18, the strategy specifies that “[c]omplainants should receive basic assistance that includes, as a minimum, where needed: medical care, psychosocial support, access to legal services (where the alleged act constitutes a crime) and immediate material care, such as food, clothing and emergency shelter”. These basic forms of support should also be complemented, already at this stage – in particular if the reported abuse or exploitation constitutes a crime – by legal assistance to inform the person concerned both of the possibility of filing a complaint with the local police authorities, with the help of mission staff, and, in more general terms, of the content of the rights and entitlements deriving from the application of the assistance strategy developed by the Organisation. At the conclusion of the investigation, the complainant should be informed of its outcome and of any subsequent action that will be taken against the perpetrators (*ibid.*, par. 19).

⁶³ See par. 20 of the strategy: “[v]ictims should receive additional assistance and support, depending on their individual needs and the particular circumstances of the

however, the need to guarantee their access to appropriate forms of judicial protection.

On this point, the document obviously calls upon Member States, recalling their formal commitment to allow SEA victims to obtain appropriate redress through “formal or informal procedures that are expeditious, fair, inexpensive and accessible”⁶⁴. For its part, the UN is called upon to take action to assist victims in procedures before national judicial authorities, “facilitating access to legal services or, at its discretion, the financing of legal counsel”⁶⁵. It does not exclude in principle that victims may obtain from the perpetrator “other forms of redress [...] in accordance with established rules and procedures”. However, the document does not fail to emphasise that any possible initiative by members of the organisation’s staff aimed at favouring the extra-judicial settlement of cases “that have possible criminal implications”, whether conducted in the victim’s country of nationality or in that of the perpetrator, should be prohibited.

Equally significant is the indication that the UN, from the moment a complaint is received, should endeavour to ensure the personal safety of the victim by taking all necessary measures to protect them and to ensure “that s/he does not encounter intimidation or further violence as a result of having made a complaint or of participating in the system’s investigative processes, or because of the nature of the assistance or support received”⁶⁶.

The UN strategy for SEA victims’ assistance has been more recently updated thanks to the “United Nations protocol on the provision of assistance to victims of sexual exploitation and abuse”, developed by the “Conduct and Discipline Service” and the UNICEF, with the contribution of the “Victims’ Rights Advocate”⁶⁷ and adopted on 19 De-

case. This additional assistance and support may comprise any or all of the following: assistance in seeking educational opportunities; assistance in accessing expanded psychosocial services, including economic reintegration and income-generating activities, job training or skill building; access to legal services; access to judicial and civil administrative processes to obtain redress; and financial support”.

⁶⁴ *Ibid.*, par. 21.

⁶⁵ *Ibid.*, par. 22.

⁶⁶ *Ibid.*, par. 23.

⁶⁷ See the SG report on the implementation of the “Special measures” of 17 Feb-

ember 2019⁶⁸. The new strategy applies “to all United Nations system entities”⁶⁹ and has a broader subjective scope than the previous one. In fact, among the reference principles listed in Article 3, it establishes that “[a]ssistance and support will be made available to all victims of sexual exploitation and abuse irrespective of whether the victim initiates or cooperates with an investigation or any other accountability procedure”, overcoming the distinction resulting from the dual meaning of victim provided by the 2007 strategy.

The protocol is unambiguously aimed at promoting a “victim-centred, rights-based, age, disability-and gender-sensitive, non-discriminatory and culturally appropriate” approach. To confirm this, Article 4 defines a victim as “a person who is or has been sexually exploited or abused”, without further specification. Accordingly, Article 5(1) establishes the responsibility of the entities referred to in Article 2 to provide appropriate assistance and support “as soon as information indicating that an individual may be a victim of sexual exploitation or abuse is received in any way or form”, clarifying that such information does not require “the receipt of a credible allegation of sexual exploitation or abuse”.

The ability of a judicial system to investigate, charge and convict perpetrators of criminal acts is dependent on a number of factors (such as the conduct of appropriate investigations, the gathering of sufficient evidence to support the charges and the integration of the constituent elements of the case) that do not directly affect the recognition of the status of victim in the persons who have suffered harm as a consequence of such acts. That status, therefore, must be protected independently, through the recognition of appropriate forms of assistance and support, including of an economic nature, which form the basis of compensation schemes provided for by trust funds, such as the one established by the Assembly of States Parties to the Interna-

bruary 2020 (General Assembly, UN Doc. A/74/705), at par. 22.

⁶⁸ The text of the Protocol is available at: https://www.un.org/en/pdfs/UN%20Victim%20Assistance%20Protocol_English_Final.pdf.

⁶⁹ See Article 2 of the Protocol.

tional Criminal Court in 2004, in implementation of Article 79 of the Statute of the Court⁷⁰.

In order to reduce the difficulties of proving the victim's status, these schemes provide for an attenuated burden of proof, which can be discharged by means of legal presumptions, especially in cases where it is acknowledged that the harm suffered is the main cause preventing the victim from proving his or her status.

The increasing attention given to assisting victims of sexual exploitation and abuse acknowledges the willingness of the UN and the States most concerned about protecting women's rights to take on the problem even in the absence of legal instruments that clearly and jointly establish the criteria for prosecuting the perpetrators.

Initiatives such as the adoption of the "Protocol on the Provision of Assistance to Victims of Sexual Exploitation and Abuse" and the establishment of the "Victims' Rights Advocate" should, therefore, be warmly welcomed, as they are symptomatic of the tendency to accept voluntary commitments in this area, the concrete content of which is not dissimilar to the due diligence obligations that should in any case be placed on the organisation and the TCCs to prevent the spread and limit the impact of SEA cases in peace operations.

However, the problem of the demand for ethically responsible conduct by civilian and military personnel involved in peace operations still remains in the background, inseparable from that of the operative effectiveness of the repressive instruments that can be activated to ensure the prosecution of offences that, in most cases, are relevant both on criminal and disciplinary level. It is still worth pointing out that such problems require to be addressed through an overall strategy aimed at acquiring an ever greater knowledge and awareness of the risk situations inherent to the presence of international missions in a given territorial and social context. The framework of initiatives taken

⁷⁰ Article 79 states that "1. A Trust Fund shall be established by decision of the Assembly of States Parties for the benefit of victims of crimes within the jurisdiction of the Court, and of the families of such victims. 2. The Court may order money and other property collected through fines or forfeiture to be transferred, by order of the Court, to the Trust Fund. 3. The Trust Fund shall be managed according to criteria to be determined by the Assembly of States Parties".

by the UN in recent years reflects this type of approach, but at the same time denounces the difficulty of promoting and assimilating, even by national contingents, a new cultural paradigm based on respect for women, by virtue of which the condemnation resulting from the detection of all forms of prevarication, violence or exploitation of all those people who rely on the protection of international and private organisations participating in peace operation is made tangible.

Abstract

The paper aims to examine the cases of sexual exploitation and abuse in UN peace operations, with a focus on the context of refugee camps. The victims, generally women and girls, are often forced to violence or into prostitution in exchange for basic necessities by the same personnel responsible for managing the operations: humanitarian workers, military and/or police personnel and volunteers employed in various capacities support. Starting from the analysis of the counter strategy followed by the UN Secretary-General since 2003, the paper intends both to highlight certain aspects for a correct assessment of the condition of the victims and to dwell on the question of accountability and the difficulty relating with the criminal prosecution of perpetrators, finally emphasising the growing attention of the United Nations and its members to the implementation of victims' assistance measures as a form of compensation, albeit not fully satisfactory.

KEYWORDS: Peace operations – sexual exploitation and abuse – refugee camps – criminal accountability – victims' protection

IL PROBLEMA DELLA RESPONSABILITÀ
PER GLI ATTI DI SFRUTTAMENTO E ABUSO SESSUALE
NELLE OPERAZIONI DI PACE
E LE MISURE DI ASSISTENZA ALLE VITTIME

Il contributo prende in esame i casi di sfruttamento e abuso sessuale nelle operazioni di pace delle Nazioni Unite, con particolare attenzione al contesto dei campi profughi, nel quale le vittime, generalmente donne e ragazze, sono spesso costrette alla violenza o alla prostituzione in cambio di beni di prima necessità dallo stesso personale incaricato di gestire le operazioni: operatori umanitari, personale militare e/o di polizia e volontari impiegati a vario titolo nel supporto. Partendo dall'analisi della strategia di contrasto seguita dal Segretario Generale delle Nazioni Unite a partire dal 2003, il contributo intende sia porre in evidenza alcuni elementi utili ai fini di una corretta valutazione della condizione delle vittime, sia soffermarsi sul problema della difficoltà di perseguire i responsabili sul piano giudiziario, soffermandosi, infine, sulla crescente attenzione delle Nazioni Unite e degli Stati membri

all'implementazione di misure di assistenza alle vittime come forma di compensazione, seppur non pienamente soddisfacente.

KEYWORDS: Operazioni di pace – sfruttamento e abuso sessuale – campi profughi – responsabilità penale – protezione delle vittime

“VIOLENZA CLIMATICA” E MIGRAZIONI DI GENERE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

*Sara De Vido**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Questioni di definizione: violenza “climatica” quale violenza lenta e migrazioni “di genere”. – 3. Della non neutralità dell’impatto del cambiamento climatico: dalla Raccomandazione 38 del Comitato EDAW al Rapporto della *Special Rapporteur* delle Nazioni Unite contro la violenza di genere. – 4. Metodo di analisi: l’ecofemminismo giuridico. – 5. Rileggendo *Teitiota* (Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite) per una protezione *par ricochet* sensibile al genere ed “ecologica”. – 5.1. Il caso *Teitiota* e l’opinione dissenziente dell’esperta Sancin. – 5.2. Una lettura ecofemminista. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il cambiamento climatico è “una questione di disuguaglianza nei confronti delle donne e di ingiustizia”¹. Fenomeno solo apparentemente neutrale, il cambiamento climatico “esacerba” situazioni di discriminazione, incluse quelle di genere, già presenti nelle società: è, dunque, un fenomeno sociale e, come questo contribuirà, una forma di violenza di genere nei confronti delle donne. Esso, alla pari di altri fenomeni di deterioramento dell’ambiente provocati da una parte dell’umanità, “contribuisce” a determinare i flussi migratori, costituendo la ragione per cui gruppi di individui decidono di lasciare il loro paese di origine². Del resto, già nel 2016, la Dichiarazione di New

* Associata di Diritto Internazionale, Università Ca’ Foscari di Venezia. Indirizzo e-mail: sara.devido@unive.it

¹ C. ALBERTYN, H. ALVIAR GARCÍA, M. CAMPBELL, S. FREDMAN, M. RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO, *Introduction*, in C. ALBERTYN, H. ALVIAR GARCÍA, M. CAMPBELL, S. FREDMAN, M. RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO (eds.), *Feminist Frontiers in Climate Justice: Gender Equality, Climate Change and Rights*, Cheltenham, 2023, p. 10.

² Sul fenomeno della migrazione come conseguenza del cambiamento climatico, si veda, *inter alia*, J. MCADAM, *Swimming Against The Tide: Why A Climate Change Displacement Treaty is not the Answer*, in *International Journal of Refugee Law*, 2011, n.

York per i rifugiati e i migranti ha riconosciuto che la migrazione avviene anche in risposta a cambiamenti climatici, disastri naturali o altri fattori ambientali³.

L'obiettivo del presente lavoro è di analizzare, utilizzando il metodo ecofemminista del diritto internazionale, le migrazioni come conseguenza di cambiamento climatico o altri fenomeni di deterioramento graduale dell'ambiente⁴. Il riconoscimento della dimensione di genere

23, pp. 2-27; J. MCADAM, *Climate Change, Forced Migration, and International Law*, Oxford, 2012; W. KÁLIN, N. SCHREFFER, *Protecting People Crossing Borders in the Context of Climate Change Normative Gaps and Possible Approaches*, Ginevra, 2012; E. FORMALÉ, A. BALDWIN, *Adaptive Migration: Pluralising the Debate on Climate Change and Migration*, Themed Section (con numerosi contributi), in *The Geographical Journal*, 2017, vol. 183, n. 4, p. 322-328 <https://www.unhcr.org/media/31129>; F. PERRINI, *Verso una tutela internazionale dei migranti ambientali*, Napoli, 2018; E. CORCIONE, *Diritti umani, cambiamento climatico e definizione giudiziale dello standard di condotta*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, n. 13, pp. 197-204; M. SCOTT, *Climate Change, Disasters, and the Refugee Convention*, Cambridge, 2020; L. CARROLL, *Not Quite Migrant, Not Quite Refugee: Addressing the Protection Gap for Climate-Induced Movement; Conceptualisation, Governance, and the Case of Mr. Ioane Teitota*, in *Politikon*, 2020, n. 47, pp. 36-59; E. FORMALÉ, *A l'envers: Setting the Stage for a Protective Environment to Deal with 'Climate Refugees' in Europe*, in *European Journal of Migration and Law*, 2020, n. 22, pp. 518-540; S. ATAPATTU, *Climate Change and Displacement: Protecting 'Climate Refugees' within a Framework of Justice and Human Rights*, in *The Journal of Human Rights and the Environment*, 2020, n. 11, pp. 86-113; OHCHR, *Human Rights Climate Change and Migration in the Sabel*, Ginevra, 2021; R. LUPORINI, *Cambiamento climatico, disastri e diritti umani nel diritto internazionale*, in *Eunomia*, 2021, n. 1-2, pp. 25-46; S. BEHRMAN, A. KENT (eds.), *Climate Refugees. Global, Local and Critical Approaches*, Cambridge, 2022; i contributi nella sezione 2 "Migrazioni e crisi climatica", in O.M. PALLOTTA (a cura di), *Crisi climatica, migrazioni e questioni di genere. Problemi giuridici*, Napoli, 2022; con riferimento alle riforme nell'UE, F. GAUDIOSI, *Environmental Migrants: UN Recent and "Soft" Sensitivity v. EU Deafening Silence in the New European Pact on Migration and Asylum*, in *Freedom, Security & Justice*, 2021, n. 2, pp. 150-166. Sulle questioni giuridiche in materia di migrazioni, I. CARACCILO, G. CELLAMARE, A. DI STASI, P. GARGIULO (a cura di), *Migrazioni internazionali. Questioni giuridiche aperte*, Napoli, 2022.

³ Dichiarazione di New York per i rifugiati e i migranti, risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 19 settembre 2016, A/71/L. 1.

⁴ Sul punto si veda S. DE VIDO, *In dubio pro futuris generationibus: una risposta giuridica eco-centrica alla slow violence*, in M. FRULLI (a cura di), *L'interesse delle generazioni future nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, 2023, pp. 419-445.

nelle migrazioni per cambiamento climatico è stato affermato da numerosi organismi internazionali⁵, non così decisa è stata tuttavia la risposta in prospettiva di genere, che riesca a cogliere la drammaticità e l’impatto non soltanto di grandi e devastanti disastri ma anche del progressivo deterioramento dell’ambiente, la c.d. “violenza lenta”⁶. La migrazione indotta dal cambiamento climatico per le donne è spesso strettamente connessa alla riduzione delle risorse naturali di cui esse sono principali utilizzatrici. Vi è dunque un effetto generalmente sproporzionato del cambiamento climatico sulle donne, che è fenomeno di genere. E ciò deriva non già dalla differenza biologica delle donne rispetto agli uomini, quanto dalle barriere sociali, economiche e politiche che le donne incontrano nelle società. Ad esempio, nei paesi in cui le donne sono le principali responsabili dell’approvvigionamento di acqua, queste subiscono i maggiori effetti del cambiamento climatico e possono essere indotte a migrare in un altro paese o a spostarsi all’interno dello stesso. Talvolta, durante questi fenomeni la migrazione è negata alle donne, in quanto in posizione subordinata nelle società, al punto che queste diventano le principali vittime dirette ed indirette dei disastri naturali. I due esempi qui presentati di impatto sproporzionato del cambiamento climatico sulle donne – approvvigionamento idrico e divieto di migrazione – richiedono una lettura non essenzialista del fenomeno: una lettura, in altri termini, che non collochi automaticamente le donne nella categoria dei “soggetti vulnerabili”, ma che sia in grado di cogliere la complessità di intersezionali forme di discriminazione e il contesto in cui queste si producono.

Il contributo, dopo aver spiegato le nozioni di “violenza climatica” e “migrazioni di genere”, partirà dalla centrale analisi del problema

⁵ Si veda, ad esempio, IOM, *A Gender Approach to Environmental Migration*, Brief n. 13 in *IOM Outlook on Migration, Environment and Climate Change*, Ginevra, 2014, https://publications.iom.int/system/files/pdf/mecc_outlook.pdf; UNHCR, *Gender, Displacement and Climate Change*, Ginevra, 2022, <https://reporting.unhcr.org/document/3568>; UN Women, *Explainer: How gender inequality and climate change are interconnected*, 2022, <https://www.unwomen.org/en/news-stories/explainer/2022/02/explainer-how-gender-inequality-and-climate-change-are-interconnected>. Si vedano poi *infra* i rapporti esaminati nel dettaglio ai fini del contributo.

⁶ R. NIXON, *Slow Violence and the Environmentalism of the Poor*, Boston, 2011.

proposta da alcuni organismi a livello internazionale, inclusa la *UN Special Rapporteur on Violence against Women, its Causes and Consequences* (UNSRVAW) in un rapporto del 2022⁷, per spiegare poi il metodo utilizzato in queste pagine – quello ecofemminista del diritto internazionale – di cui si forniranno brevi annotazioni teoriche. Il contributo procederà poi all'applicazione di una tesi, già sostenuta altrove, definita “protezione *par ricochet* sensibile al genere”⁸, ai casi di migrazione per cambiamento climatico e violenza lenta, rileggendo il caso *Teitiota*, deciso dal Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite il 24 ottobre 2019⁹. Il *focus* del contributo sarà sulla situazione del paese di origine e non affronterà altri, pur interessanti, profili del “percorso” delle migrazioni.

2. *Questioni di definizione: violenza “climatica” quale violenza lenta e migrazioni “di genere”*

Il termine “violenza” di per sé meriterebbe uno studio – giusinternazionalista, si intende – a sé stante. Essa, infatti, permea la società tanto a livello internazionale, esprimendosi nel rapporto fra Stati, quanto a livello privato nelle relazioni interpersonali del quotidiano. Hannah Arendt sosteneva che la violenza è la più evidente manifestazione del potere, una costruzione sociale e non un attributo naturale dell'essere umano: Né la violenza né il potere sono fenomeni naturali, cioè manifestazioni di un processo vitale; appartengono alla sfera politica delle cose umane, la cui qualità essenzialmente umana è garantita

⁷ Assemblea Generale NU, *Special Rapporteur on violence against women and girls, its causes and consequences*, REEM ALSALEM, *Violence against Women and Girls in the Context of the Climate Crisis, including Environmental Degradation and Related Disaster Risk Mitigation and Response*, A/77/136, 11 luglio 2022.

⁸ S. DE VIDO, *Un approccio di genere alle migrazioni nella prospettiva del diritto internazionale alla luce della Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa*, in O.M. PALLOTTA (a cura di), *Crisi climatica, migrazioni e questioni di genere*, cit., pp. 31-63.

⁹ Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, *Ioane Teitiota c. Nuova Zelanda*, comunicazione n. 2728/2016, CCPR/C/127/D/2728/, 23 settembre 2020.

dalla facoltà dell'individuo di agire, dalla capacità di dare inizio a qualcosa di nuovo¹⁰.

La violenza non è dunque “naturale”, ma è strumento di perpetuazione di relazioni di potere che si sono radicate e si riproducono nella società. Così è, ad esempio, la violenza “strutturale” e sistemica contro le donne iraniane, oggetto di una forma di violenza “di Stato”, i cui diritti civili sono costantemente calpestati per il solo fatto di “essere donna”¹¹. La violenza si produce inoltre anche quando lo Stato “tolle- ra” le sue manifestazioni nei rapporti privati, ad esempio quando le autorità non rispondono in modo immediato alle denunce delle vittime o quando non svolgono una adeguata valutazione del rischio in azione di prevenzione dell'*escalation* di comportamenti violenti¹². La violenza si esprime altresì attraverso la dominazione degli esseri umani sulle altre specie, ripetendo schemi presenti intra-specie¹³. Essa, infine, costituisce, secondo interessante dottrina, il diritto, in quanto fornisce “l'occasione e il metodo per fondare i sistemi giuridici, dà al diritto

¹⁰ H. ARENDT, *Sulla violenza*, Parma, 2008 (versione originale del 1970), p. 90.

¹¹ Mahsa (Jina) Amini, 22 anni, è morta il 16 settembre 2022 a Teheran, dopo essere stata arrestata dalla polizia perché non portava il velo in modo corretto. L'episodio ha scatenato la rivolta in tutto il Paese, nonché una dura repressione da parte del regime. A livello internazionale, la società civile di molti paesi è scesa in piazza al fianco delle donne iraniane. Numerose sono state altresì le dichiarazioni di leader politici e organizzazioni internazionali contro la repressione. L'essere donna in Iran è dunque condizione di persecuzione – che combina più di una delle ragioni indicate dalla Convenzione del 1951, sia l'appartenenza ad un gruppo sociale, ma anche la condizione politica – che può dare vita ad una richiesta e successivo accoglimento di una richiesta di protezione internazionale. Si veda UN Women, *Statement on women's rights in Iran*, 27 settembre 2022, <https://www.unwomen.org/en/news-stories/statement/2022/09/un-women-statement-on-womens-rights-in-iran>; UN News, *UN condemns violent crackdown against hijab protests*, 27 settembre 2022, <https://news.un.org/en/story/2022/09/1128111>.

¹² Si rinvia, per un'analisi dei casi più recenti della Corte europea dei diritti umani, S. DE VIDO, *Verso un test di dovuta diligenza sensibile al genere nei casi di violenza domestica? Sulla recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, n. 3, pp. 613-635.

¹³ E. JONES, *Feminist Theory and International Law. Posthuman Perspectives*, Londra, 2023 e bibliografia *ivi* citata; in italiano si veda S. DE VIDO, *Approcci ecocentrici ed ecofemministi al diritto internazionale: la lezione della pandemia di COVID-19 per una rivoluzione giuridica*, in *Deportate, Esuli e Profughe*, 2021, n. 45, pp. 212-226.

(come regolatore della forza e della coercizione) una ragione di essere” e identifica “i mezzi attraverso i quali il diritto agisce”¹⁴.

Perché parlare di violenza nel senso “statale” – ed “interstatale” – per delineare i confini di quella che abbiamo definito “violenza climatica” e del suo impatto (sproporzionato, come il contributo dimostrerà) sulle donne?

Il nuovo concetto che questo contributo propone, quello di violenza climatica, coglie da un lato il fatto che il cambiamento climatico è *conseguenza* di un insieme di situazioni provocate dall’umanità – *rectius*, una parte dell’umanità¹⁵ – inclusa la violenza esercitata dagli esseri umani sulle altre specie. Dall’altro lato, il termine violenza climatica identifica le forme di violenza, inclusa la violenza di genere nei confronti delle donne, che vengono esacerbate *a causa* del cambiamento climatico. Si sostiene dunque che il cambiamento climatico contribuisce all’inasprimento di forme già presenti di discriminazione nelle società e alla materializzazione di fenomeni di violenza. La comprensione delle radici dell’impatto sproporzionato del cambiamento climatico sulle donne consente di formulare una risposta alle migrazioni che da questi fenomeni sono facilitate; una risposta che non è universalizzante e univoca, ma tiene conto delle esperienze individuali. Come è stato osservato, il clima non è mai la sola causa della migrazione (o della non migrazione) ma è “*socially mediated*”¹⁶.

¹⁴ A. SARAT, T.R. KEARNS, *Introduction*, in A. SARAT, T.R. KEARNS (eds.), *Law’s Violence*, Ann Arbor, 1995: “*violence, as a fact and a metaphor, is integral to the constitution of modern law [...] law is a creature of both literal violence, and of imaginings and threats of force, disorder, and pain*”. Riferimenti alle opere di W. BENJAMIN, *Critique of Violence*, in W. BENJAMIN, *Selected Writings*, vol. 1, 1913-1926, Cambridge, 1996, p. 236 ss.; H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York, 1961; N. BOBBIO, *Law and Force*, in *The Monist*, 1965, n. 49, pp. 321-341. Applicazione del concetto di violenza del diritto, nello specifico internazionale, si trovano, in chiave femminista sul diritto alla salute riproduttiva delle donne, in S. DE VIDO, *Violence against Women’s Health in International Law*, Manchester, 2020, e, in chiave *queer*, V. HAMZIC, *International Law as Violence*, in D. OTTO (ed.), *Queering International Law*, Routledge, 2018, pp. 77-90.

¹⁵ “Classe medio-alta, umano, tecnologicamente ed industrialmente ‘sviluppato’, maschio”: G. GAARD, *Living Interconnections with Animals and Nature*, in G. GAARD (ed.), *Ecofeminism. Women, Animals, Nature*, Philadelphia, 1993, p. 1.

¹⁶ P. LAMA, M. HAMZA, M. WESTER, *Gendered Dimensions of Migration in Rela-*

La violenza climatica come qui intesa va oltre il cambiamento climatico per abbracciare altre forme di “violenza lenta”, che sfuggono spesso alla comprensione sul piano giuridico. La violenza è spesso concepita come evento o azione che “esplode” in un determinato momento della storia, ad esempio un disastro naturale. Il diritto internazionale sulla gestione dei disastri si focalizza sulle questioni giuridiche che originano dalla prevenzione, risposta e la *recovery* di diversi eventi catastrofici naturali, ma anche da disastri provocati dall’umanità, quali gli incidenti industriali su larga scala¹⁷. Tuttavia, questa concezione della violenza è in grado di cogliere solo una parte delle situazioni prodotte dall’attività umana e non riesce ad identificare altre forme che non sono “né spettacolari né istantanee”, quanto piuttosto “incrementali”¹⁸. La violenza lenta è una forma apparentemente invisibile, benché i suoi effetti si producano tanto sugli esseri umani, in prospettiva intragenerazionale e intergenerazionale, quanto sulla natura. Esempi ne sono il cambiamento climatico, lo scongelamento del *permafrost*, l’acidificazione degli oceani, la deforestazione, l’innalzamento dei mari, l’utilizzo di pesticidi, l’utilizzo di sostanze come il mercurio¹⁹.

tion to Climate Change, in *Climate and Development*, 2021, n. 13, pp. 326-336, in part. p. 329.

¹⁷ Si veda, *inter alia*, A. DE GUTTRY, M. GESTRI, G. VENTURINI, *International Disaster Law Response*, L’Aja, 2016; i contributi offerti dallo *Yearbook of International Disaster Law*; K.L.H. SAMUEL, M. ARONSSON-STORRIER, K. NAKJAVANI BOOKMILLER (eds.), *The Cambridge Handbook of Disaster Risk Reduction and International Law*, Cambridge, 2019; F. ZORZI GIUSTINIANI, *International Law in Disaster Scenarios – Applicable Rules and Principles*, Cham, 2021; L. BAKOŠOVÁ, M. SCOTT, *Climate Change, Disasters, and the Refugee Convention*, Cambridge, 2020.

¹⁸ R. NIXON, *Slow Violence*, cit., p. 2.

¹⁹ Il riferimento è alla c.d. malattia di Minamata, che si è sviluppata nell’omonima città giapponese. Come rilevato dallo *Special Rapporteur on the implications for human rights of the environmentally sound management and disposal of hazardous substances and wastes*, nel suo rapporto del 2022: “Women and girls aged 14–45 years are particularly vulnerable to the neurotoxic impact of mercury. Particular risks involve the impact on unborn children. In utero exposure to mercury at very low levels can result in significant IQ deficits and developmental disorders. If mothers have highly elevated mercury levels, their children can be born with deformities, severe cognitive impairment, and symptoms reported in Minamata disease such as paraesthesia, ataxia, dysarthria, tremors, and constriction of visual fields, or ‘tunnel vision’. These symptoms can be progressive and sometimes fatal. Offspring of survivors of Minamata disease have intellectual disabil-

Ad esempio, in Kiribati, inondazioni di acqua marina hanno inquinato i pozzi, limitando l'accesso delle donne residenti in aree rurali all'acqua, ma anche alla legna da ardere necessaria per preparare il cibo e alle piante medicinali²⁰. La violenza lenta può sfociare in un disastro ambientale – e probabilmente tutti gli esempi citati sfoceranno prima o poi, nel breve, medio, lungo, lunghissimo termine, in un disastro di grandi proporzioni – ma la sua particolarità è quella di prodursi gradualmente e, proprio per questo, essere poco e male considerata, anche sul piano giuridico, bloccati nella “trappola” del presente o quantomeno dell'imminente. Così – ed è un esempio paradigmatico, in quanto esistono obblighi internazionali discendenti, tra l'altro, dall'Accordo di Parigi – i dibattiti relativi al cambiamento climatico sono stati accantonati durante la pandemia da COVID-19, superati dall'urgenza di rispondere ad un'emergenza sanitaria di proporzioni globali²¹, senza cogliere la relazione tra distruzione dell'ambiente e diffusione delle pandemie²². Le emissioni da carbone, che possono anche non rappresentare un disastro nell'immediato, hanno però un impatto sproporzionato sulle donne incinte e sono collegate a crescenti tassi di mortalità delle partorienti in Sud Corea²³. La *slow violence* può essere letta giuridicamente sotto molteplici punti di vista: in termini di obblighi discendenti da convenzioni internazionali – vedi, a titolo di esempio, l'Accordo di Parigi per quanto riguarda il cambiamento climatico, la Convenzione di Montego Bay per quanto attiene l'inquinamento dei mari, la Convenzione di Stoccolma sugli inquinanti organici persistenti,

limb deformities, chorea, seizures and microcephaly”. Cfr. Human Rights Committee, *Mercury, small-scale gold mining and human rights*, A/HRC/51/35, 8 luglio 2022. Sul lavoro della scrittrice Michiko Ishimure, che ha documentato nei suoi scritti gli effetti del mercurio a Minamata, v. M. MIZUTAMARI, *Michiko Ishimure e i “popoli nomadi”*, in *Deportate, esuli e profughe*, 2020, nn. 41-42, pp. 125-134.

²⁰ Comitato per l'eliminazione della discriminazione nei confronti delle donne (Comitato ED AW), *Concluding observations* su Kiribati, 2020, CE-DAW/C/KIR/CO/1-3, par. 45 b.

²¹ Così anche N. ROGERS riflette su questo aspetto nel caso dei “*megafires*” australiani, in *Law, Climate Emergency*, cit.

²² S. DE VIDO, *Health*, in J. D'ASPREMONT, J.D. HASKELL (eds.), *Tipping Points in International Law*, Cambridge, 2021, p. 149 ss.

²³ CEDAW Committee, *Concluding observations* sulla Corea del Sud, 2018, CE-DAW/C/KOR/CO/8, par. 14.

ti del 2001 – in termini di principi applicabili, anche di diritto internazionale ambientale, così come in termini di violazione dei diritti umani fondamentali²⁴. In questa sede, la leggeremo alla luce del diritto internazionale dei diritti umani e del diritto internazionale delle migrazioni.

Sul tema delle migrazioni di genere, tanto è stato scritto e detto in dottrina. In questa sede, per contestualizzare l’analisi, ci limitiamo soltanto ad osservare che l’approccio di genere è pressoché assente nel diritto internazionale pattizio delle migrazioni. Senza pretesa di esaurire l’argomento, già ampiamente esplorato dalla dottrina²⁵, basti sotto-

²⁴ Sulla relazione tra guerra, pace ed ecologia, si veda E. CUSATO, *The Ecology of War and Peace*, Cambridge, 2021.

²⁵ Si veda a riguardo, *ex multis*, D. INDRA, *Gender: A Key Dimension of the Refugee Experience*, in *Refugee*, 1987, n. 7; J. GREATBATCH, *The Gender Difference: Feminist Critiques of Refugee Discourse*, in *International Journal of Refugee Law*, 1989, n. 1, pp. 518-527; N. KELLY, *Gender-Related Persecution: Assessing the Asylum Claims of Women*, in *Cornell International Law Journal*, 1993, n. 26, pp. 625-674; A. MACKLIN, *Refugee Women and the Imperative of Categories*, in *Human Rights Quarterly*, 1995, n. 17, pp. 231-277; H. CRAWLEY, *Women and Refugee Status: Beyond the Public/private Dichotomy in UK Asylum Policy*, in D. INDRA (ed.), *Engendering forced migration (Theory and practice)*, New York – Oxford, 1998, pp. 308-333; H. CRAWLEY, *Refugees and Gender: Law and Process*, Bristol, 2001; P. PESSAR, S. MAHLER, *Transnational Migration: Bringing Gender*, in *International Migration Review*, 2003, n. 37, n. 3, pp. 812-846; S. VAN WALSUM, T. SPIJKERBOER, *Women and Immigration Law: New Variations on Classical Feminist Themes*, London, 2007; A. GAYE, S. JHA, *Measuring Women’s Empowerment through Migration*, in *Diversities*, 2011, n. 13, pp. 49-66; S. MULLALLY, *Domestic Violence Asylum Claims and Recent Developments in International Human Rights Law: A Progress Narrative?*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 2011, vol. 60, n. 2, pp. 459-484; G. FIRTH, B. MAUTHE, *Refugee Law, Gender and the Concept of Personhood*, in *International Journal of Refugee Law*, 2013, n. 25, pp. 470-501; V. OOSTERVELD, *Gender at the Intersection of International Refugee Law and International Criminal Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2014, n. 12, pp. 953-974; J. FREEDMAN, *Gendering the International Asylum and Refugee Debate*, Basingstoke, 2015; T. SPIJKERBOER, *Gender and Refugee Status*, Londra, 2016; C. TIMMERMAN ET AL. (eds.), *Gender and Migration: A Gender-Sensitive Approach to Migration Dynamics*, Leuven, 2018; S. DE VIDO, *Escaping Violence: The Istanbul Convention and Violence against Women as a Form of Persecution*, in G.C. BRUNO, F.M. PALOMBINO, A. DI STEFANO (eds.), *Migration Issues before International Courts and Tribunals*, Roma, 2019, p. 301 ss.; H. CRAWLEY, *Gender, ‘Refugee Women’ and the Politics of Protection*, in C. MORA, N. PIPER (eds.), *The Palgrave Handbook of Gender and Migration*, 2021, pp. 359-372; S. DE VIDO, *Un approccio di genere*, cit.

lineare che la Convenzione delle Nazioni Unite del 1951 relativa allo *status* dei rifugiati definisce “rifugiato” in modo apparentemente neutrale, ma concepito, come ha sottolineato una giurista femminista, “*in the male form*”, in quanto riproduce categorie giuridiche di persecuzione che riflettono esperienze maschili²⁶. È chiaro che la Convenzione, così come formulata nell'immediato dopoguerra, era incapace di rispondere a casi di richiesta di *status* di rifugiata come conseguenza di violenza di genere intesa come forma di persecuzione. L'assenza della dimensione di genere non dipende solo dal contesto socio-politico in cui i negoziati sono stati condotti, ma anche dall'allora radicata contrapposizione pubblico/privato, in virtù della quale lo Stato non aveva obblighi giuridici internazionali con riguardo alla dimensione c.d. “privata” della violenza²⁷. I diritti delle donne e il riconoscimento della discriminazione di genere sono, del resto, emersi soltanto negli anni Settanta, con l'adozione nel 1979 della Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne (CEDAW) e la successiva Raccomandazione generale n. 19 del Comitato istituito dalla CEDAW (Comitato EDAW), che ha ricondotto la violenza contro le donne nel campo di applicazione dello strumento giuridico ONU. Le donne erano assenti e invisibili nell'arena internazionale, relegate alla dimensione privata. Rimanendo in questa sfera private, le attività delle donne non potevano ottenere quel carattere di “politiche” che era tradizionalmente concepito proprio dell'esperienza maschile e, quindi, oggetto di protezione anche in base al diritto internazionale. La dimensione di genere è stata recuperata da strumenti internazionali di *soft law*. Così, ad esempio, le linee guida UNHCR del 2002 (*Gender Guidelines*)²⁸ hanno indicato le donne quale esempio di

²⁶ N. KELLY, *Gender-Related*, cit., p. 627.

²⁷ Sul c.d. “*public-private divide*”, si veda, senza pretesa di esaustività, C. ROMANY, *State Responsibility Goes Private: A Feminist Critique of the Public/Private Distinction in International Human Rights Law*, in R. COOK (ed.) *Human Rights of Women*, Philadelphia, 1994; D. SULLIVAN, *The Public/Private Distinction in International Human Rights Law*, in J. PETERS, A. WOLPER (eds.), *Women's Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives*, New York, 1995.

²⁸ UNHCR, *Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/02/01 7 May 2002 (*Gender Guidelines*). Precedentemente, nel 1991 UN-

“social subset defined by innate and immutable characteristics [...] and who are frequently treated differently than men”²⁹.

3. Della non neutralità dell’impatto del cambiamento climatico: dalla Raccomandazione 38 del Comitato EDAW al Rapporto della Special Rapporteur delle Nazioni Unite contro la violenza di genere

In prima battuta si potrebbe sostenere che il cambiamento climatico affligge tutta l’umanità e non distingue in base, ad esempio, al genere, all’età, all’etnia, alla provenienza geografica, alla condizione sociale ed economica dei singoli. Eppure, se si va oltre la superficie, si coglie la problematicità di questa affermazione. Il cambiamento climatico, così come le altre forme di violenza lenta di cui si è detto *supra*, è fenomeno umano, sociale, ambientale. È un “(un)natural disaster”, che provoca effetti più marcati là dove vi siano già situazioni di vulnerabilità che vengono esacerbate dal cambiamento climatico stesso. In altri termini, il cambiamento climatico diventa una questione di rispetto dei diritti umani per tutte e tutti, ma soprattutto per coloro i cui diritti umani sono già compromessi³⁰. Ciò è vero tanto per la situazione delle persone che vivono nei paesi del terzo mondo³¹, quanto nei confronti delle donne. Sull’impatto del cambiamento climatico sulle donne³² si sono già espressi organismi delle Nazioni Unite. Così, nella Raccomandazione generale n. 37 (2018) sulla dimensione di genere della ri-

HCR aveva adottato UN High Commissioner for Refugees (UNHCR) le *Guidelines on the Protection of Refugee Women* (Luglio 199), online: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3310.html>, seguite nel 1995 da specifiche linee guida sulla violenza sessuale contro i rifugiati online: <https://www.unhcr.org/publications/operations/3b9cc26c4/sexual-violence-against-refugees-guidelines-prevention-response-unhcr.html>

²⁹ UNHCR, *Gender Guidelines*, cit., par. 30.

³⁰ S. ATREY, *The Inequality of Climate Change and the Difference it Makes*, in C. ALBERTYN, H. ALVIAR GARCÍA, M. CAMPBELL, S. FREDMAN, M. RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO (eds.), *Feminist Frontiers*, cit., p. 18.

³¹ Sul punto, si veda, ad esempio, UNCTAD, *The Least Developed Countries Report 2022*, https://unctad.org/system/files/official-document/ldc2022_en.pdf, p. 3 ss.

³² Con il termine “donne” si intende in questo paragrafo anche, dove rilevante, adolescenti e bambine.

duzione del rischio di disastri e al cambiamento climatico, il Comitato EDAW ha osservato che disuguaglianze strutturali nei confronti delle donne le rendono maggiormente esposte ai rischi derivanti dai disastri e alla perdita dei loro mezzi di sostentamento³³. In particolare, i livelli di mortalità e di malattia sono più alti tra donne in situazioni di disastro, quale conseguenza delle loro già precarie condizioni di vita (accesso a servizi sanitari, acqua, cibo, ad esempio), ma anche come risultato di meccanismi di risposta alle emergenze ambientali che non tengono conto delle specifiche esigenze di gruppi diversi di donne³⁴. La violenza di genere contro le donne, inclusa la violenza sessuale che è diffusa in caso di crisi umanitaria, è esacerbata in situazioni di disastro e di distruzione delle risorse naturali³⁵. L'accesso all'istruzione, già limitato per le ragazze e le bambine come risultato di barriere sociali, culturali ed economiche, diviene ancora più complesso a seguito di disastri come conseguenza della distruzione di infrastrutture, della mancanza di insegnanti, delle difficoltà economiche³⁶. Anche con riferimento al diritto al lavoro e alla protezione sociale, la situazione di disuguaglianza sociale tra donne e uomini, le prime spesso impiegate in lavori precari ed informali, si acuisce. Il carico di lavoro domestico e di cura aumenta a seguito dei disastri per la distruzione degli stock di cibo, delle abitazioni e delle infrastrutture, tra cui la fornitura di acqua e di energia³⁷. Il diritto delle donne alla salute è limitato in modo sproporzionato come conseguenza di catastrofi e cambiamento climatico, sempre a causa delle disuguaglianze strutturali nella società, con riferimento all'accesso al cibo, alla salute e alla cura³⁸. Il Comitato EDAW ha ricordato l'accesso ai servizi di salute e salute riproduttiva, pur non menzionando il fatto che, ad esempio, alti livelli di inquinamento da alcune sostanze, incluso il mercurio, hanno un impatto sui diritti ri-

³³ Comitato EDAW, *Raccomandazione Generale n. 37 (GR 37) on Gender-Related Dimensions of Disaster Risk Reduction in a Changing Climate*, 13 marzo 2018, CE-DAW/C/GC/37, par. 3.

³⁴ *Id.*, par. 4.

³⁵ *Id.*, parr. 55-56.

³⁶ *Id.*, parr. 58-59.

³⁷ *Id.*, parr. 61-62.

³⁸ *Id.*, par. 66.

produttivi delle donne³⁹. Le donne, specialmente se residenti in zone rurali, sono inoltre direttamente affette dal cambiamento climatico, che provoca ridotta sicurezza alimentare, degrado della terra e minore accesso all’acqua e ad altre risorse naturali⁴⁰. In molte aree, pur non avendo titolo per possedere la terra, le donne restano sole nella conduzione dell’attività agricola, in quanto la componente maschile della società emigra⁴¹. Il movimento delle donne è a rischio dopo disastri e come conseguenza del cambiamento climatico: una violenza che opera attraverso la tratta, che si produce nei campi, al confine e nel paese di destinazione⁴². È stato rilevato altresì che alcune società impediscono alle donne di emigrare, a causa di leggi discriminatorie, stereotipi di genere, responsabilità di cura⁴³. Nell’applicazione della CEDAW alla riduzione del rischio di disastri e al cambiamento climatico, il Comitato ha enfatizzato tre principi generali dello strumento giuridico: uguaglianza e non discriminazione; partecipazione ed *empowerment*; accesso alla giustizia⁴⁴. Nonostante l’importante passo avanti nel considerare questioni ambientali quali questioni di disuguaglianza ai sensi della CEDAW, come è stato osservato, il Comitato si concentra sulla gestione dei disastri, in particolare sulla mitigazione e l’adattamento, ma rinuncia ad adottare un “approccio più radicale e trasformativo”⁴⁵.

La Commissione delle Nazioni Unite sullo *status* delle donne, nella sua sessantaseiesima sessione dal 14 al 25 marzo 2022, ha identificato il suo tema prioritario in “*Achieving gender equality and the empowerment of all women and girls in the context of climate change, environmental and disaster risk reduction policies and programmes*”. Nelle con-

³⁹ Si veda *supra*, nota 19, l’esempio di Minamata.

⁴⁰ Comitato EDAW, *Raccomandazione Generale n. 37 (GR 37)*, cit., par. 69.

⁴¹ *Id.*, par. 70.

⁴² *Id.*, par. 75. Sui fattori che contribuiscono alla tratta, S. DE VIDO, *A Legal Analysis of the Contributing Factors to Trafficking in Women: Points of Strength and Weakness of the Recent Developments in Europe*, in *Freedom, Security & Justice*, 2023, n. 1, pp. 41-73.

⁴³ Comitato EDAW, *Raccomandazione Generale n. 37 (GR 37)* cit., par. 75.

⁴⁴ *Id.*, par. 26. Si veda altresì S. DE VIDO, E. FORMALÉ, *Achievements and Hurdles Towards Women’s Access to Climate Justice*, in E. FORMALÉ, F. CRISTANI (eds.), *Women’s Empowerment and its Limits*, di prossima pubblicazione.

⁴⁵ S. ATREY, *The Inequality*, cit., p. 35.

clusioni del 29 marzo 2022, la Commissione ha confermato l'impatto sproporzionato del cambiamento climatico, del degrado ambientale e dei disastri sulle donne, le quali sono maggiormente esposte a rischi e alla perdita dei mezzi di sussistenza, ma ha altresì evidenziato l'importanza di riconoscere il ruolo delle donne come agenti del cambiamento (*agency*)⁴⁶. In particolare, questi fenomeni creano le condizioni per la migrazione delle donne, costituiscono dei “*drivers and factors that compel women and girls to leave their countries of origin*”: perdita della propria abitazione, scarsità d'acqua e/o interruzione della sua fornitura, distruzione e danni a scuole e strutture sanitarie⁴⁷. È proprio nello spostamento provocato da cambiamento climatico e degrado ambientale che le donne si trovano a dover affrontare “*specific challenges*”, inclusi aumentati rischi di violenza; ridotto accesso al lavoro, all'istruzione, a servizi sanitari essenziali, tra cui i servizi di salute riproduttiva e di sostegno psicosociale⁴⁸. Con specifico riguardo alle migrazioni, la Commissione ha enfatizzato l'importanza di riconoscere il contributo positivo delle donne migranti nella promozione di una prospettiva di genere nelle politiche migratorie e nei programmi volti a rispondere alle situazioni di vulnerabilità da queste vissute e nella risposta a tutte le forme di violenza che possono prodursi come risultato dello spostamento⁴⁹. La Commissione ha inoltre ricordato l'*Agenda for the Protection of Cross-Border Displaced Persons in the Context of Disasters and Climate Change* e la Piattaforma sugli spostamenti provocati da disastri⁵⁰.

Qualche mese più tardi, nel luglio 2022, la *Special Rapporteur* sulla violenza contro le donne, le sue cause e conseguenze, Reem Alsalem, ha pubblicato un rapporto sulla violenza contro le donne nel contesto della crisi climatica, incluso il degrado ambientale e la relativa risposta

⁴⁶ Commissione delle Nazioni Unite sullo *status* delle donne, *Achieving gender equality and the empowerment of all women and girls in the context of climate change, environmental and disaster risk reduction policies and programmes, Agreed conclusions*, sessantaseiesima sessione, E/CN.6/2022/L.7, par. 22.

⁴⁷ *Id.*, p. 16, Raccomandazione (r).

⁴⁸ *Id.*, par. 26.

⁴⁹ *Id.*, par. 60.

⁵⁰ *Id.*, p. 16, Raccomandazione (r).

e mitigazione del correlato rischio di disastro⁵¹. Già nel titolo emerge, più chiaramente rispetto alla Raccomandazione CEDAW che si limitava ad estendere le medesime osservazioni svolte con riguardo al cambiamento climatico a forme di degrado ambientale⁵², la correlazione tra cambiamento climatico ed altre forme di violenza “lenta”. La *Special Rapporteur* ha, infatti, osservato che “*the combined impacts of sudden-onset natural disasters and slow-onset events, environmental degradation and forced displacement seriously affect women’s and girls’ rights to life, access to food and nutrition, safe drinking water and sanitation, education and training, adequate housing, land, decent work and labour protection*”⁵³.

Nel rapporto si è enfatizzato, in linea con la definizione di violenza fornita *supra*, che il cambiamento climatico espone coloro che ne sono colpiti, specialmente donne, a violazioni dei diritti umani che costituiscono forme di violenza e costituiscono persecuzione ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiata⁵⁴. Nella categoria delle donne vulnerabili, come risultato di intersezionali elementi di discriminazione, si devono includere coloro che difendono, conservano e denunciano la condizione di risorse ed ecosistemi: le *defenders* dei diritti umani (diritti delle donne e diritti ambientali). Il fenomeno migratorio e lo spostamento interno (*displacement*) emergono in vari punti dell’analisi della *Special Rapporteur*. Così, ad esempio, il rapporto ha evidenziato come le probabilità di subire violenza si moltiplicano quando le donne sono dislocate o si trovano in rifugi di emergenza⁵⁵; quando migrano verso paesi, città ed aree periurbane come conseguenza di uno spostamento forzato o di una ricollocazione pianificata, incontrando difficoltà nell’accesso ad una abitazione adeguata, al lavoro e a meccanismi di protezione sociale⁵⁶. Le donne sono inoltre a rischio di tratta a scopo di sfruttamento sessuale o lavoro domestico a seguito di disastri: ciò

⁵¹ Assemblea Generale NU, *Special Rapporteur on violence against women and girls*, Reem Alsalem, A/77/136, cit.

⁵² Comitato EDW, *Raccomandazione Generale n. 37 (GR 37)*, cit., par. 13.

⁵³ Assemblea Generale NU, *Special Rapporteur on violence against women and girls*, Reem Alsalem, A/77/136, cit., par. 7.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.*, par. 25.

⁵⁶ *Id.*, par. 27.

è avvenuto, ad esempio, nelle Filippine dopo il tifone Haiyan del 2013⁵⁷. Similmente a quanto evidenziato dal Comitato EDAW, il cambiamento climatico può causare migrazioni in uscita da parte della componente maschile della società, lasciando le donne a dover provvedere alla sopravvivenza della famiglia e a dover inserirsi in un mercato del lavoro che può caratterizzarsi per divario retributivo di genere e *disempowerment* economico⁵⁸. Con l'obiettivo di evitare migrazioni forzate o tratta di essere umani, quindi di sfuggire alla violenza, le bambine vengono costrette a matrimoni precoci, che sono a loro volta forme di violenza di genere ma vengono avvertite da famiglie piegate dall'insicurezza e dall'instabilità economica come forme di protezione⁵⁹. Il cambiamento climatico e il degrado ambientale determinano lo spostamento forzato di donne, che sono così costrette ad affrontare alti rischi di violenza, soprattutto sessuale⁶⁰.

Benché non specificatamente rivolto alla situazione delle *donne* sfollate, è opportuno richiamare altresì il rapporto pubblicato nel 2020 della *Special Rapporteur on the Human Rights of Internally Displaced Persons* (SRIDP), che ha messo in rilievo le “sfide particolari” che le persone sfollate devono affrontare “nel contesto degli effetti avversi *slow-onset* del cambiamento climatico”⁶¹. In particolare, rifacendosi ad un rapporto della *Task Force* sugli sfollati, nel quadro della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico, la SRIDP ha ricordato quattro modi in cui gli effetti avversi *slow-onset* del cambiamento climatico possono trasformarsi in disastro ed aumentare i rischi di *displacement*⁶². Il primo, il fatto che il cambiamento climatico gradualmente riduce la disponibilità di risorse vitali, quali acqua e cibo (ad esempio attraverso l'inaridimento del suolo), portando a fenomeni di *food insecurity* che causano *displacement* e migrazioni. Il secondo, un fenomeno *slow-onset* può tramutarsi in disastro a causa di

⁵⁷ *Id.*, par. 30.

⁵⁸ *Id.*, parr. 43-44.

⁵⁹ *Id.*, par. 47.

⁶⁰ *Id.*, par. 55.

⁶¹ Assemblea Generale NU, *Report of the Special Rapporteur on the human rights of internally displaced persons, Cecilia Jimenez-Damary, A/75/207*, 21 luglio 2020, par. 2.

⁶² *Id.*, par. 13.

un *sudden-onset event*, quale ad esempio una alluvione o un incendio. Il terzo, eventi *slow-onset* indeboliscono la capacità delle comunità di affrontare rischi futuri, aumentandone la vulnerabilità. Il quarto, *slow-onset events* costituiscono un fattore aggravante che moltiplica fattori economici, sociali, culturali e politici di crisi. Ai fini di questo lavoro, è importante rilevare come il movimento, inteso nel rapporto evidentemente in altra zona del paese di origine, non è necessariamente un elemento che aumenta la vulnerabilità delle persone che ne sono colpite, ma è altresì visto come una strategia di adattamento, che può concretizzarsi, ad esempio, in migrazione stagionale o temporanea⁶³. La SPIDP ha colto perfettamente la complessità di quella che qui definiamo come *slow violence*, in quanto ne comprende la natura “umana”, e il fatto che si produca sia in tempo di pace⁶⁴ sia in tempo di conflitto⁶⁵.

4. Metodo di analisi: l'ecofemminismo giuridico

Le migrazioni come conseguenza di cambiamento climatico hanno già ricevuto adeguata attenzione da parte della dottrina internazionalistica, a cominciare dalla rilevazione del silenzio – storicamente inevitabile, ma oggi non più giustificabile – della Convenzione sullo *status* dei rifugiati del 1951 sul punto⁶⁶. Tuttavia, l'approccio tradizionale che viene comunemente utilizzato per identificare chi possa essere titolare dello *status* di rifugiato, che proprio su questa Convenzione si basa, ovvero quello di individuare: a. l'appartenenza di un individuo ad un gruppo particolare, ad esempio le donne che appartengono ad una comunità affetta da cambiamento climatico; b. il fatto che l'individuo sia specificatamente a rischio in virtù dell'appartenenza a quel gruppo – non coglie la complessità della sfida posta non tanto dai disastri

⁶³ *Id.*, par. 15.

⁶⁴ *Id.*, par. 18

⁶⁵ *Id.*, par. 23: “*Environmental degradation linked to armed conflict and the financing of armed conflict through the exploitation of natural resources can also compound the adverse effects of climate change*”.

⁶⁶ Si veda *supra*, par. 2.

(*sudden onset events* di cui si è detto), ma da fenomeni di *slow violence* quali il cambiamento climatico, il depauperamento delle risorse, l'inquinamento da specifiche sostanze. Prima di procedere alla lettura critica di un caso sottoposto al Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, il contributo offrirà uno sguardo innovativo su un metodo di analisi internazionalista che viene qui utilizzato, ovvero l'eco-femminismo giuridico.

La dottrina giusinternazionalfemminista ha già denunciato la struttura patriarcale del diritto internazionale per come lo conosciamo oggi, caratterizzato dalla marginalizzazione delle donne nel sistema giuridico internazionale. Come hanno scritto Chinkin e Charlesworth in *The Boundaries of International Law*, l'esclusione delle donne è "una parte integrante della struttura dell'ordine giuridico internazionale, un elemento critico della sua stabilità" e i silenzi della disciplina sono "tanto importanti quanto le sue norme positive e le sue strutture retoriche"⁶⁷. Dianne Otto, utilizzando un'analisi *queer* e femminista, ha sottolineato i limiti dei diritti umani, che non hanno messo in discussione la concezione di sesso/genere come dualista (m/f)⁶⁸ e "le supposizioni di genere, razziste, imperialiste, eteronormative, privilegiate, autonome e prive di disabilità implicite in questo soggetto 'universale' – l'essere umano che è pienamente in grado di godere dei propri diritti umani e libertà fondamentali"⁶⁹.

Schemi di oppressione e dominazione sono comunque non solo *intra-specie* ma anche *inter-specie*, nella relazione tra esseri umani e natura, e in prospettiva intergenerazionale. La dicotomia umani/natura è stata utilizzata al fine di determinare schemi di oppressione e discrimi-

⁶⁷ H.C. CHARLESWORTH, C. CHINKIN, *The Boundaries of International Law*, Manchester, 2022, p. 49.

⁶⁸ D. OTTO, *Queering Gender [Identity] in International Law*, in *Nordic Journal of Human Rights*, 2015, n. 33, pp. 299-303; R. KAPUR, *The (Im)possibility of Queering International Human rights law*, in D. OTTO (ed.), *Queering International Law*, pp. 131-132.

⁶⁹ E. JONES, D. OTTO, *Thinking through Anthropocentrism in International Law: Queer Theory, Feminist New Materialism and the Postcolonial*, 2020, <http://www.lse.ac.uk/women-peace-security/assets/documents/2020/Final-Jones-and-Otto-Anthropocentrism-Posthuman-Feminism-Postcol-and-IL-LSE-WPS-Blog-2019-002.pdf>.

nazione che vanno *oltre* gli esseri umani, includendo animali non-umani e “oggetti naturali”⁷⁰. Il diritto, come la *Earth Jurisprudence* ha fatto notare⁷¹, è stato teorizzato in una specifica dicotomia umani/natura, dove i primi dominano la seconda⁷². Disastri ecologici e pandemie sono la punta dell’iceberg di un lungo processo di distruzione. Ciò a cui assistiamo ora è il prodotto di decenni di sfruttamento ambientale e dominio degli esseri umani, i “privilegiati”, sull’ambiente naturale. I concetti che usiamo nel diritto internazionale incorporano inevitabilmente “tracce di potere e di dominio”⁷³ e questo riconoscimento ci permette di riflettere su possibili cambiamenti caratterizzati dall’assenza di dominio. Come sostiene lo *Special Rapporteur* sui diritti umani e l’ambiente delle Nazioni Unite, David Boyd, “la cultura dominante odierna e il sistema giuridico che la supporta sono distruttivi di per sé. Abbiamo bisogno di un nuovo approccio che trovi le sue radici nell’ecologia e nell’etica [...] Siamo parte della natura: non indipendenti, ma interdipendenti”⁷⁴.

L’ecofemminismo ha giocato un ruolo cruciale nel denunciare gli schemi di oppressione tra gli esseri umani e di una parte degli esseri umani verso la natura, sebbene ne esistano diverse correnti di pensiero⁷⁵. Come ha sostenuto la filosofa Plumwood, “le ecofeministe dif-

⁷⁰ Si veda A. GREAR, *Deconstructing Anthropos: A Critical Legal Reflection on ‘Anthropocentric’ Law and Anthropocene ‘Humanity’*, in *Law Critique*, 2015, n. 26, pp. 225-241.

⁷¹ M. ITO, M. MONTINI, *Nature’s Rights and Earth Jurisprudence – a New Ecologically Based Paradigm for Environmental Law*, in E. APOSTOLOPOULOU, J.A. CORTES-VAZQUEZ (eds.), *The Right to Nature. Social Movements, Environmental Justice and Neoliberal Natures*, Abingdon e New York, 2018, p. 221.

⁷² V. PLUMWOOD, *Feminism and the Mastery of Nature*, Londra, 1993, p. 63.

⁷³ Sull’uso di tali concetti nel diritto internazionale, si veda S. SINGH, J. D’ASPROMONT, *Introduction: The Life of International Law and its Concepts*, in S. SINGH, J. D’ASPROMONT (eds.), *Concepts for International Law*, Cheltenham 2019, pp. 1-18.

⁷⁴ D. BOYD, *The Rights of Nature*, Toronto, 2017, p. XXXIV. Si veda altresì M. MONTINI, *The Transformation of Environmental Law into Ecological Law*, in K. ANKER *et al.* (eds.), *From Environmental to Ecological Law*, Abington, 2011, pp. 11-22.

⁷⁵ Si veda, *inter alia*, tra gli studi tutti non giuridici, K. WARREN, *The Power and the Promise of Ecological Feminism*, in *Environmental Ethics*, 1990, n. 12, pp. 125-146; M. MIES, V. SHIVA, *Ecofeminism*, Londra-New York, 1993; M. MELLOR, *Feminism and*

feriscono sul come e persino sul se le donne siano connesse alla natura, se tale connessione sia condivisibile con gli uomini, su come trattare l'esclusione delle donne dalla cultura e su come rivalutare la connessione con la natura"⁷⁶. La descrizione dell'ecofemminismo va oltre lo scopo di questo contributo, ma è opportuno evidenziare come questo approccio (metodo, come in questo contributo sosteniamo) sia stato sottovalutato dal giurista internazionalista, anche in recenti scritti che hanno valorizzato metodi e teorie post-umane⁷⁷. Una delle ragioni è l'accusa di essenzialismo mossa alle ecofemministe negli anni Novanta; accusa che è fondata per alcuni aspetti, ma che per altri banalizza la ricchezza di un pensiero che non ha semplicemente eguagliato le donne con la natura⁷⁸. Allo stesso tempo, comunque, dovrebbe essere altresì riconosciuto che né l'ecofemminismo, né l'umanesimo ambientale (*environmental humanities*) hanno mai preso in seria considerazione la disciplina giuridica⁷⁹. Eppure, l'ecofemminismo ha un grande poten-

Ecology, New York, 1997; C. MALLORY, *Val Plumwood and Ecofeminist Solidarity: Standing with the Natural Other*, in *Ethics and the Environment*, 2009, n. 14, pp. 3-21; B. BIANCHI, *Ecofemminismo: il pensiero, i dibattiti, le prospettive*, in *Deportate, Esuli e Profughe*, 2012, n. 20, pp. 1-26 (e l'intero numero speciale del portale dell'Università Ca' Foscari di Venezia dedicato all'ecofemminismo, n. 20, 07/2012 <https://www.unive.it/pag/31491/>); D.A. VAKOCH, S. MICKEY (eds.), *Women and Nature? Beyond Dualism in Gender, Body, and Environment*, Abingdon, 2018.

⁷⁶ V. PLUMWOOD, *Feminism and the Mastery of Nature*, cit., p. 8.

⁷⁷ E. JONES, *Feminist Theory*, cit.

⁷⁸ L'ecofemminismo è stato criticato (e abbandonato da parte della dottrina) negli anni Novanta per il suo essenzialismo. Su queste critiche, ma soprattutto sull'eredità dell'ecofemminismo e la sua importanza, G. GAARD, *Ecofeminism Revisited: Rejecting Essentialism and Re-Placing Species in a Material Feminist Environmentalism*, in *Feminist Formations*, 2011, vol. 23, n. 2, pp. 26-53. L'Autrice sottolinea, in tono piuttosto critico, che "*current critical developments in allegedly new fields such as animal studies and naturalized epistemology are now 'discovering' theoretical perspectives on interspecies relations and standpoint theory that were developed by feminists and ecofeminists decades ago, yet unlike those eco-feminists who theorize about speciesism (a branch variously called 'vegetarian ecofeminism' or 'animal ecofeminism'), few of these animal studies scholars address interspecies or gender justice*".

⁷⁹ Si veda la prospettiva multidisciplinare invocata nel libro pubblicato da K. WARREN (ed.), *Ecofeminism. Women, Culture, Nature*, Bloomington, 1997, il quale comunque difetta di un'analisi giuridica. Si veda anche l'eccellente lavoro S. OPPERMANN, S. IOVINO, *Environmental Humanities*, Londra, New York, 2017, che non in-

ziale di applicazione quale metodo giuridico del diritto internazionale, perché mette in discussione categorie giuridiche monolitiche, quali appunto lo *status* di rifugiato/a, e le riconsidera alla luce dell’interdipendenza tra tutte le specie (umane e non umane) e con la natura, dando priorità alle necessità delle comunità marginalizzate che sono maggiormente colpite da cambiamento climatico. Karen Morrow ha sostenuto che “*When ecofeminism is pursued in an international context, its goal is to import this paradigm shifting approach to accommodating alternative/additional procedural and substantive expertise and experience, from the periphery to the mainstream*”⁸⁰.

L’applicazione del metodo ecofemminista è piuttosto limitata nell’analisi qui citata della Morrow, che svolge certo alcune considerazioni sul diritto del cambiamento climatico e sul come i principi chiave dell’ecofemminismo, tra cui l’identificazione di molteplici forme di oppressione, possano contribuire alla definizione delle politiche per l’adattamento e la mitigazione, ma si focalizza quasi esclusivamente su un *decision-making* partecipativo ed inclusivo delle donne per costruire il consenso attorno a tematiche ambientali. Un’altra autrice, Wilkinson Cross, ha messo in discussione in un interessante scritto, in chiave ecofemminista, il concetto di equità intergenerazionale come inglobante l’umano e il non umano e ha offerto uno sguardo critico sul discorso dominante in materia ambientale (marcatamente antropocentrico) di modernizzazione e di sviluppo sostenibile⁸¹.

L’ambizione di questo contributo è quella di presentare una possibile evoluzione della quasi giurisprudenza del Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, capace di incorporare l’esperienza di donne che affrontano fenomeni di violenza lenta e cambiamento climatico,

clude un capitolo riguardante il diritto.

⁸⁰ K. MORROW, *Ecofeminism and the Environment: International Law and Climate Change*, in M. DAVIES, V. MUNRO (eds.), *The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory*, Londra-New York, 2016, pp. 377-393.

⁸¹ K. WILKINSON CROSS, *A Critical Evaluation of Inter-generational Equity and its Application in the Climate Change Context*, in C. ALBERTYN, H. ALVIAR GARCÍA, M. CAMPBELL, S. FREDMAN, M. RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO (eds.), *Feminist Frontiers*, pp. 40-67, p. 43. Sul punto si veda altresì S. DE VIDO, In Dubio Pro Futuris Generationibus: una risposta giuridica eco-centrica alla slow violence, in M. FRULLI (a cura di), *L’interesse delle generazioni future nel diritto internazionale e dell’Unione europea*, cit.

in chiave ecofemminista, su cui costruire la tesi di una protezione *par ricochet* sensibile al genere ed “ecologicamente” sostenibile.

5. *Rileggendo Teitiota (Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite) per una protezione par ricochet sensibile al genere ed “ecologica”*

Numerosi sono i ricorsi in materia di cambiamento climatico che sono stati presentati innanzi a giurisdizioni interne – in particolare contro governi inerti nell’attuazione di misure di adattamento al e mitigazione del cambiamento climatico⁸². È altresì in crescita il numero di ricorsi a corti regionali sui diritti umani e di comunicazioni inviate a organismi delle Nazioni Unite di tutela dei diritti umani da individui la cui argomentazione consiste nel denunciare asserite violazioni dei propri diritti umani fondamentali come conseguenza della mancata adozione da parte dello Stato di misure volte a contenere gli effetti del cambiamento climatico⁸³. Tuttavia, meno diffusi sono i ricorsi che esplorano quanto si è affrontato in queste pagine, ovvero la *slow violence*, incluso il cambiamento climatico, come *driver* della migrazione e quale forma di persecuzione nei confronti delle donne.

Ci vogliamo qui concentrare tuttavia sull’(ormai ben noto) caso *Teitiota*, deciso dal Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite nell’ottobre del 2019⁸⁴, per offrirne una rilettura – più che una riscrit-

⁸² Si veda, a titolo meramente esemplificativo la decisione della Corte Suprema olandese, *Urgenda Foundation c. Paesi Bassi*, sentenza del 20 dicembre 2019, HAZA C/09/00456689. Sul punto, ad esempio, F. PASSARINI, *Ambiente. CEDU e cambiamento climatico, nella decisione della Corte Suprema dei Paesi Bassi nel caso Urgenda*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, n. 3, pp. 777-785. Per una lista di casi decisi e pendenti in varie giurisdizioni si veda il *Climate Change Litigation Databases* della Columbia University <http://climatecasechart.com/>.

⁸³ Sul punto, si veda, *inter alia*, M. MONTINI, *Verso una giustizia climatica basata sulla tutela dei diritti umani*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, n. 3, pp. 506-537; M. LA MANNA, *Cambiamento climatico e diritti umani delle generazioni presenti e future: Greta Thunberg (e altri) dinanzi al Comitato sui diritti del fanciullo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, n. 14, n. 1, pp. 217-224; P. PUSTORINO, *Cambiamento climatico e diritti umani: sviluppi nella giurisprudenza nazionale*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, pp. 596-605.

⁸⁴ J. HAMZAH SENDUT, *Climate Change as a Trigger of Non-Refoulement Obliga-*

tura⁸⁵ – che tenga conto delle ipotesi di violenza lenta e utilizzi il metodo ecofemminista.

5.1. *Il caso Teitiota e l'opinione dissenziente dell'esperta Sancin*

L'autore del ricorso, Ioane Teitiota, residente sull'isola di Tarawa a Kiribati, nel Pacifico centrale, presentava richiesta di *status* di asilo in Nuova Zelanda, sostenendo che la situazione nel proprio paese di origine era divenuta sempre più instabile e precaria come conseguenza

tions Under International Human Rights Law, in *EJIL: Talk!*, 6 Febbraio 2020, www.ejiltalk.org; A. BRAMBILLA, M. CASTIGLIONE, *Migranti ambientali e divieto di respingimento*, 14 Febbraio 2020, www.asgi.it; G. REEH, *Climate Change in the Human Rights Committee*, in *EJIL: Talk!*, 18 Febbraio 2020, www.ejiltalk.org; F. MALETTO, *Non-refoulement e cambiamento climatico: il caso Teitiota c. Nuova Zelanda*, in *SIDIBlog*, 23 marzo 2020, www.sidiblog.org; F. MUSSI, *Cambiamento climatico, migrazioni e diritto alla vita: le considerazioni del Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite nel caso Teitiota c. Nuova Zelanda*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2020, n. 103, n. 3, pp. 827-832; S. BEHRMAN, A. KENT, *The Teitiota Case and the Limitations of the Human Rights Framework*, in *Questions of International Law*, 2020, n. 75, pp. 25-39; V. RIVE, *Is an Enhanced Non-Refoulement Regime under the ICCPR the Answer to Climate Change-Related Human Mobility Challenges in the Pacific? Reflections on Teitiota v New Zealand in the Human Rights Committee*, in *Questions of International Law*, 2020, n. 75, pp. 7-24; M. FERRARA, *Looking Behind Teitiota v. New Zealand Case: Further Alternatives Of Safeguard For 'Climate Change Refugees' Under the ICCPR and the ECHR?*, in G. CATALDI, A. DEL GUERCIO, A. LIGUORI (eds.), *Migration and Asylum Policies Systems Challenges and Perspectives*, Napoli, 2020, pp. 291-307; A. DEL GUERCIO, *Una governance integrata della mobilità umana nel contesto del cambiamento climatico. Spunti di riflessione a partire dalla decisione Teitiota del Comitato per i diritti umani*, in *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna Online*, 2022, vol. 17, n. 1.

⁸⁵ La lettura che si propone in queste pagine è solo parzialmente comparabile all'esercizio del “*feminist rewriting*”, che consiste nel riscrivere, secondo una prospettiva femminista, sentenze decise da organi giurisdizionali (internazionali e non) o decisioni di comitati ONU. Da un lato, come i *feminist rewriting*, la rilettura che si propone in queste pagine utilizza il metodo femminista, che “vede” aspetti trascurati tanto nella comunicazione al Comitato quanto nel corso del procedimento; dall'altro lato, essa non è comparabile ad una vera e propria riscrittura, in quanto questa richiederebbe, per essere completa, l'analisi del contesto, la riscrittura della decisione vera e propria, una riflessione tanto metodologica quanto sostanziale e uno sforzo collaborativo. Si veda a riguardo l'importante progetto di L. HODSON, T. LAVERS (eds.), *Feminist Judgments in International Law*, Oxford, 2019.

dell'innalzamento del livello del mare causato dal cambiamento climatico. Egli in particolare sottolineava le intrusioni di acqua marina che riducevano drammaticamente l'accesso all'acqua potabile e all'acqua per l'agricoltura. Inoltre, l'impatto del cambiamento climatico si era avvertito anche sul piano sociale, con controversie su porzioni di terra dell'isola, soggetta ad un processo di erosione. Il Tribunale dell'immigrazione e della protezione neozelandese aveva adottato una decisione negativa nei confronti del ricorrente, benché non avesse del tutto escluso la possibilità che il degrado ambientale potesse “*create pathways into the Refugee Convention or protected person jurisdiction*”. L'appello del ricorrente era stato respinto sia dalla Corte d'Appello sia dalla Corte Suprema, con conseguente rimpatrio, nel 2015, dell'uomo, della moglie e dei figli nati, nel frattempo, in Nuova Zelanda. Alcuni aspetti del caso sono rilevanti per l'analisi che si vuole svolgere in questo contributo. Il *focus* del caso è sulla situazione del ricorrente, che tuttavia è emigrato con la moglie, della cui esistenza si conosce solo leggendo nel dettaglio le testimonianze rese durante il procedimento. La coppia viveva di pesca di sussistenza e agricoltura. La donna era a sua volta emigrata da un'altra isola di Kiribati a Tarawa, dove aveva sposato il ricorrente. La situazione che descrive *Teitiota* è quella di riduzione della capacità abitativa, contaminazione salina dell'acqua potabile, erosione della terra, malattie infantili⁸⁶. Un *displacement* non era immaginabile all'interno di Tarawa, secondo quanto dichiarato dal ricorrente, considerata la situazione generale dell'isola, ma neppure un trasferimento nel paese di origine della donna, che affrontava comparabili rischi climatici⁸⁷. Nei commenti di *Teitiota* del 2016, l'uomo sottolineava come, dal rientro a Tarawa, la famiglia, in particolare i figli, aveva subito “*reasonably bad health issues*”⁸⁸.

Il ricorrente, esauriti i ricorsi interni, invocava la violazione da parte della Nuova Zelanda, mediante decisione di espulsione verso il paese di origine, dell'articolo 6(1) del Patto internazionale sui diritti civili e politici (diritto alla vita) innanzi al Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite. Durante il procedimento, il governo neozelandese in-

⁸⁶ Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, *Teitiota*, cit., par. 2.6.

⁸⁷ *Id.*, par. 2.7.

⁸⁸ *Id.*, par. 5.

vocava l’inammissibilità del ricorso, argomentando che non vi fossero prove dell’*“actual or imminent harm”* nei confronti dell’autore⁸⁹ e del rischio reale per Teitiota di essere vittima di seri danni fisici come conseguenza della violenza diffusa sull’isola determinata da controversie abitative, sulla terra o sulla proprietà⁹⁰. Con riguardo all’ammissibilità, il Comitato ha notato che il punto non era tanto quello sollevato dal governo, quanto piuttosto quello di verificare se il ricorrente avesse dimostrato un rischio reale di danno irreparabile al proprio diritto alla vita in caso di deportazione⁹¹. Ai fini dell’ammissibilità, il Comitato ha ritenuto che il ricorrente avesse sufficientemente dimostrato che, a causa del cambiamento climatico, egli avrebbe dovuto affrontare un reale rischio di violazione del proprio diritto alla vita in caso di deportazione verso il proprio paese di origine⁹².

Con riguardo al merito, il ricorrente sosteneva che la Nuova Zelanda, con la decisione di espellerlo verso Kiribati, avesse messo in pericolo la sua vita, in violazione dell’articolo 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, e non avesse verificato in modo adeguato il rischio che siffatta deportazione avrebbe comportato. A riguardo, il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite ha richiamato il Commento generale n. 31 (2004)⁹³, secondo il quale gli Stati hanno l’obbligo di non estradare, deportare, espellere o in altro modo rimuovere una persona dal proprio territorio là dove vi siano *“substantial grounds for believing”* che vi sia un rischio reale di danno irreparabile in violazione degli articoli 6 e 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Il rischio deve essere personale e non può ricavarsi da condizioni generali esistenti nello Stato ricevente, tranne nei casi più estremi⁹⁴. Secondo il Comitato, spetta agli organi degli Stati parte l’esame dei fatti e delle prove necessario per determinare l’esistenza di siffatto rischio. Inoltre, ricollegandosi ad un altro Commento generale, n. 36 (2019)⁹⁵, il Comitato ha osservato che il diritto alla vita non può essere

⁸⁹ *Id.*, par. 4.5.

⁹⁰ *Id.*, par. 4.6.

⁹¹ *Id.*, par. 8.5.

⁹² *Id.*, par. 8.6.

⁹³ *Id.*, par. 9.3.

⁹⁴ *Id.*, par. 9.3.

⁹⁵ Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, *General comment No. 36, Arti-*

inteso in senso restrittivo e che l'obbligo per gli Stati parte di assicurare questo diritto si estende a “*reasonably foreseeable threats and life-threatening situations that can result [ma non necessariamente risultano] in loss of life*”⁹⁶. A riguardo, il Comitato ha osservato che il degrado ambientale, il cambiamento climatico e uno sviluppo non sostenibile costituiscono questioni urgenti e serie minacce alla capacità delle generazioni presenti e future di godere del diritto alla vita”⁹⁷.

Nel caso di specie, il Comitato ha ritenuto che: a) non vi fosse un rischio generalizzato di violenza in Kiribati tale da creare un rischio reale di danno irreparabile in capo a Teitiota; b) il ricorrente non avesse dimostrato evidente arbitrarietà o errore nella verifica effettuata da parte delle autorità nazionali sull'esistenza di un rischio reale, personale o ragionevolmente prevedibile al suo diritto alla vita come risultato del clima di violenza esistente sull'isola; c) l'autore del ricorso non avesse fornito informazioni sufficienti sull'inaccessibilità, l'insufficienza o l'insicurezza di acqua potabile tale da comportare una ragionevole minaccia alla salute e dunque una violazione del proprio diritto alla vita o morte prematura; d) il ricorrente non avesse dimostrato che la valutazione delle autorità locali sullo stato delle colture – difficili ma non impossibili – fosse arbitraria, errata o tale da provocare un diniego di giustizia. Ne consegue che, secondo il Comitato, non vi era stata violazione del diritto alla vita del ricorrente. Interessante ai fini del presente contributo è un passaggio in cui il Comitato ha riconosciuto che sia *slow-onset processes*, che producono un graduale deterioramento delle risorse, sia *sudden-onset events*, quali tempeste e allagamenti, “*can propel cross-border movement of individuals seeking protection from climate change-related harm*”⁹⁸. Ha inoltre concluso che senza sforzi a livello nazionale ed internazionale gli effetti del cambiamento climatico in alcuni paesi possono esporre gli individui ad una violazione dei loro diritti garantiti dagli articoli 6 e 7 del Patto⁹⁹. Kiribati stava adottando delle misure di adattamento per ridurre il rischio

cle 6: *Right to life*, CCPR/C/GC/36, 3 settembre 2019.

⁹⁶ Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, *Teitiota*, cit., par. 9.4.

⁹⁷ *Id.* par. 9.4.

⁹⁸ *Id.*, par. 9.11.

⁹⁹ *Id.*, par. 9.11.

di esistenti vulnerabilità e quindi la decisione di deportazione delle autorità neozelandesi, che avevano preso in considerazione molteplici elementi, non doveva ritenersi arbitraria¹⁰⁰.

L’esperta slovena Sancin ha, tuttavia, presentato una interessante opinione dissenziente, utile ai fini del ragionamento che si intende svolgere in questo contributo¹⁰¹. La studiosa ha osservato infatti che esiste una differenza tra acqua potabile e acqua sicura “*safe drinking water*”¹⁰², la prima potendo contenere dei microorganismi dannosi per la salute, in particolare per i minori. Esempio di violenza lenta, la presenza di microorganismi dannosi per la salute, in un’ottica precauzionale, dovrebbe essere presa in considerazione in decisioni che guardano alla situazione del paese di origine di un/a ricorrente. Sancin non ha concordato con l’opinione della maggioranza secondo cui la deportazione del ricorrente a Kiribati non avrebbe causato un rischio imminente o probabile di privazione arbitraria della vita del ricorrente. In particolare, l’esperta ha osservato che non spettava al ricorrente, ma allo Stato neozelandese dimostrare che l’autore e la sua famiglia avrebbero potuto di fatto godere dell’accesso ad acqua salubre in Kiribati¹⁰³. L’onere della prova risulterebbe eccessivamente oneroso se imposto alla persona che invoca lo *status* di rifugiato. Questo è il punto chiave nel ragionamento sulla protezione *par ricochet* che seguirà.

5.2. Una lettura ecofemminista

L’obiettivo di questa parte è quello di considerare come una rilettura del caso *Teitiotia*, alla luce delle considerazioni dell’esperta Sancin e utilizzando il metodo ecofemminista del diritto internazionale, potrebbe contribuire a rivedere il concetto di “imminenza” in esso espresso e capovolgere l’onere della prova.

Nel corso del procedimento, si è parlato del solo ricorrente, Teitiotia, come capo famiglia, e solo di sfuggita – in una testimonianza e nel riferimento alle condizioni di salute di un figlio – dei componenti del

¹⁰⁰ *Id.*, par. 9.13.

¹⁰¹ Opinione dissenziente del membro del Comitato Vasilka Sancin.

¹⁰² *Id.*, par. 3.

¹⁰³ *Id.*, par. 5.

nucleo familiare. Una lettura ecofemminista avrebbe considerato due ulteriori elementi nell'indagine del caso.

Il primo elemento è di genere. Come si è detto, l'impatto del cambiamento climatico e del progressivo deterioramento delle risorse naturali ha un impatto sproporzionato sulle donne. Ciò è vero anche in Kiribati, o meglio in Tarawa, l'atollo corallino dove viveva il ricorrente con la famiglia. Secondo uno studio della Banca asiatica di sviluppo, donne, bambini, anziani, nonché i nuclei familiari più svantaggiati “often bear a disproportionate share of the burden of inadequate WASH (water, sanitation and hygiene) infrastructure and behaviors”¹⁰⁴. Nella parte sud di Tarawa, le donne sono responsabili di tutte le mansioni domestiche legate all'uso di acqua, quali lavare, pulire, prendersi cura di bambini e anziani. La fornitura intermittente di acqua è un problema per molti nuclei familiari e soprattutto per le donne, che hanno necessità di igiene mestruale: acqua pulita e materiale appropriato non sono spesso disponibili nelle case, nelle scuole, nei luoghi di lavoro, con conseguente assenteismo e incapacità di gestire questo fenomeno biologico con dignità. Anche se i bambini soffrono maggiormente di malattie legate all'uso di acqua non salubre, in Tarawa le bambine soffrono di più dei bambini di diarrea e di dissenteria a causa delle disuguaglianze di genere strutturate in una società fortemente patriarcale, che prevede pratiche di alimentazione differenti tra sessi (a danno delle bambine)¹⁰⁵. In Tarawa, inoltre, le donne subiscono l'impatto sproporzionato della carenza di energia, in quanto questa perpetua la povertà economica ed esacerba l'ineguale divisione del lavoro all'interno del nucleo familiare. L'impatto sulla salute di fonti alternative di energia quali legna da ardere e cherosene è altresì maggiore nei confronti delle donne residenti sull'atollo, che hanno generalmente la responsabilità della preparazione dei pasti per la famiglia.

¹⁰⁴ Asian Development Bank, *Climate Change, Water Security, and Women, A Study on Water Boiling in South Tarawa*, 2021, pp. 6-7, <https://www.adb.org/sites/default/files/publication/722186/climate-change-watersecurity-women-kiribati.pdf>.

¹⁰⁵ P. NARSEY LAL, *The Economic Burden of Inadequate Water and Sanitation in South Tarawa, Kiribati: Who bears the Cost?*, in *Global Water Forum*, 2015, <https://globalwaterforum.org/2015/05/25/the-economic-burden-of-inadequate-water-and-sanitation-in-south-tarawa-kiribati-who-bears-the-cost/>.

Come osservato dal Comitato EDAW nelle osservazioni conclusive del 2020, in Kiribati vi è un’eredità culturale patriarcale che si manifesta attraverso costumi e prassi che sono all’origine dei più alti livelli di violenza di genere nei confronti delle donne nel Pacifico¹⁰⁶. Con specifico riferimento al cambiamento climatico, il Comitato ha espresso preoccupazione per la partecipazione limitata delle donne all’attuazione dei programmi di gestione del rischio di disastri e sul cambiamento climatico; per l’impatto dell’allagamento da acqua marina di terre agricole e pozzi sull’accesso delle donne al cibo, all’acqua, alle piante medicinali; per la limitata partecipazione delle donne alle politiche migratorie dello Stato¹⁰⁷.

Il secondo è l’elemento naturale, ovvero l’impatto del cambiamento climatico sulle specie non umane e sugli oggetti naturali, che non viene evidentemente esaminato dal Comitato. Tuttavia, come emerge in alcune indagini degli ultimi anni, l’innalzamento del livello del mare ha un effetto significativo sulle funzioni degli ecosistemi e sulla biodiversità. Uno studio della Banca mondiale, ad esempio, riporta che fenomeni quali inondazioni e allagamenti distruggono importanti rifugi per specie migratorie di uccelli¹⁰⁸. Anche con riferimento all’acqua degli oceani, la situazione deve essere valutata considerando non soltanto gli umani, ma anche gli animali non umani e le specie naturali. L’acidificazione degli oceani – ulteriore esempio di quella che si è definita come *slow violence* – danneggia gli ecosistemi, con conseguente declino delle capacità di pesca per i residenti¹⁰⁹. L’ambiente, di cui gli esseri umani fanno parte¹¹⁰, gioca un ruolo chiave nella definizione dell’imminenza e della prevedibilità del rischio, se lo si considera alla luce del metodo ecofemminista. Vero è che il Comitato ha specificato

¹⁰⁶ CEDAW Committee, *Concluding observations on the combined initial, second and third periodic reports of Kiribati*, 11 marzo 2020, CEDAW/C/KIR/CO/1-3.

¹⁰⁷ *Id.*, par. 45.

¹⁰⁸ Banca Mondiale, *Climate Risk Country Profile*, Kiribati, 2021, p. 13 https://climateknowledgeportal.worldbank.org/sites/default/files/country-profiles/15816-WB_Kiribati%20Country%20Profile-WEB.pdf.

¹⁰⁹ *Id.*, p. 14.

¹¹⁰ Affermazione già di C. STONE, *Should Trees Have Standing?*, Cambridge, 2010, dapprima pubblicato nella *Southern California Law Review* nel 1972 (n. 45, pp. 450-501).

che la situazione in Kiribati deve essere monitorata e aggiornata prima di decidere in merito a futuri casi di deportazione, quindi “apre” a sviluppi anche quasi giurisprudenziali, tuttavia si può ritenere che il caso *Teitiota* contenesse già degli elementi ulteriori da valorizzare nel ragionamento giuridico. La stessa comunicazione al Comitato, presentato solo dal “capo” famiglia, solleva un quesito di natura procedurale sul ruolo del ricorrente, in quanto non tiene conto dell’impatto che fenomeni come cambiamento climatico e altre forme di *slow violence* hanno sulle donne e i bambini.

Ecco allora che l’accertamento della situazione in Kiribati, altro rispetto a quello di cui ha tenuto conto il Comitato, induce ad un’ulteriore riflessione. Si vuole qui fornire un cambio di paradigma che sia maggiormente *victim-oriented*, che “sposti” il peso probatorio dalla vittima allo Stato che decide l’espulsione, come del resto suggerito dalla stessa esperta Sancin. Come già argomentato altrove in prospettiva di genere, questo accertamento si compone di due elementi: uno di carattere “statale” volto all’accertamento del rispetto degli obblighi di dovuta diligenza da parte dello Stato di origine (di destinazione del respingimento) e uno di carattere individuale, che tiene conto della situazione del/la ricorrente. Con riferimento al primo aspetto, il peso probatorio della situazione di rischio derivante da cambiamento climatico non dovrebbe essere posto sulla vittima che richiede protezione internazionale, ma sullo Stato respingente che dovrebbe dimostrare il rispetto da parte dello Stato di destinazione degli obblighi di dovuta diligenza nell’adozione di misure di adattamento al cambiamento climatico tali da ridurre il rischio di danno irreparabile alla vita degli individui. La tutela che verrebbe fornita è dunque *par ricochet* e deve essere sensibile al genere ed “ecologica”. Ad esempio, nel caso *Teitiota*, il Comitato ha rilevato che non vi sia un rischio imminente per la vita del ricorrente, in quanto la violenza non è generalizzata sull’atollo. Una prospettiva ecofemminista avrebbe letto diversamente la situazione: avrebbe tenuto conto dell’incremento della violenza anche “interna” ai nuclei famigliari, quale elemento strutturale di una società patriarcale esacerbato da situazioni di sopravvivenza e carenza di beni di prima necessità. E ancora, come ben osservato da Sancin, l’accesso all’acqua è chiaramente compromesso, in quanto la qualità dell’acqua va misurata tenuto conto della specifica situazione di alcune categorie

della società, quelle più vulnerabili, come i bambini, o quelle la cui vulnerabilità è determinata da specifiche esigenze biologiche, quali la presenza del ciclo mestruale. La ragionevolezza della deportazione nel caso *Teitiota* è stata esaminata alla luce dell’assenza di prove di rischio di danno irreparabile alla propria vita e non mediante uno scrutinio puntuale delle azioni dello Stato ricevente che non è in grado di proteggere i propri residenti. Nel caso di specie, è chiaro che Stati come Kiribati faticano, senza aiuto internazionale, a rispondere alle sfide poste dal cambiamento climatico e da altre forme di violenza lenta. Proprio per questo, l’accertamento dello Stato che deve esaminare una domanda di protezione internazionale di individui provenienti da paesi come Kiribati deve necessariamente considerare tanto la situazione individuale, in tutti i suoi elementi, inclusi intersezionali fattori di discriminazione, quanto quella generale dello Stato, utilizzando una sensibilità ecologica e di genere sempre più necessaria. Un’autrice, riferendosi all’opinione dissenziente di Sancin, ha argomentato nel senso di una categorizzazione dell’obbligo di *non-refoulement* quale “*positive obligation to protect*”¹¹¹. Ecco allora che il cambio di paradigma che si vuole suggerire in queste pagine, la protezione *par ricochet* sensibile al genere ed “ecologica”, è utile nella risposta a migrazioni indotte da cambiamento climatico e da altre forme di *slow violence*, in quanto, pur non dimenticando la dimensione individuale, apprezza la situazione dello Stato che non è in grado (o non vuole) proteggere la propria popolazione dai rischi derivanti dal cambiamento climatico e da altre forme di violenza lenta.

Proponendo un altro esempio, slegato dai fatti all’origine del caso *Teitiota*, se una donna chiede il riconoscimento dello *status* di rifugiata in quanto fugge da un territorio dove a causa di cambiamento climatico o altre forme di disastri e/o deterioramento dell’ambiente è soggetta a violenza in quanto donna, non dovrebbe dover dimostrare di poter ricollocarsi in un’altra zona del Paese o di essere direttamente discriminata. Piuttosto, lo Stato che respinge dovrebbe dimostrare

¹¹¹ A. MANEGGIA, *Non-refoulement of Climate Change Migrants: Individual Human Rights Protection or ‘Responsibility to Protect’? The Teitiota Case Before the Human Rights Committee*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, n. 2, pp. 635-643.

che il Paese di origine o di destinazione del respingimento rispetta gli obblighi di dovuta diligenza nel prevenire e reprimere la violenza nei confronti delle donne che nasce da cambiamento climatico o da forme di *slow-onset emergencies* e che in virtù di ciò la vittima è individualmente perseguitata alla luce della sua complessa situazione che tiene conto di elementi intersezionali di discriminazione.

6. Conclusioni

Questo contributo si è proposto di esaminare la connessione tra violenza di genere contro le donne, migrazioni e cambiamento climatico usando l'approccio ecofemminista come metodo di analisi. A questo scopo, è stato elaborato il concetto di "violenza climatica", che viene qui definito non come un fenomeno naturale, bensì quale costruzione sociale, in quanto ripete e perpetua schemi di discriminazione, anche intersezionale, nei confronti delle donne. Si è poi letta la decisione del Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite nel caso *Teitiota* secondo una prospettiva ecofemminista per sostenere giuridicamente la tesi relativa ad una protezione *par ricochet* sulla base del genere ed "ecologica", che tiene conto degli effetti sproporzionati non soltanto del cambiamento climatico, ma anche di forme di violenza lenta – quali forme gradualmente di inquinamento – nei confronti delle donne. L'analisi che si è proposta, utilizzando un metodo di "rilettura" di decisioni già adottate da organismi internazionali, è in grado di "*expand the judicial lens e unsettling the determinacy of law*"¹¹².

Il divieto di *refoulement* dovrebbe applicarsi tanto quando il governo dello Stato di origine non sia in grado di applicare una politica di protezione dei propri cittadini dagli effetti del cambiamento climatico, quanto nei casi in cui il governo dello Stato di origine discrimini tra cittadini o gruppi di cittadini nelle sue politiche di risposta agli effetti del cambiamento climatico. La protezione *par ricochet* sulla base del genere risponde ad un approccio non-essenzialista, perché, da un

¹¹² H. CHARLESWORTH, *Refiguring Feminist Judgments in International Law*, in L. HODSON, T. LAVERS (eds.), *Feminist judgments*, cit., pp. 479-493, in part. p. 491.

lato, tiene conto della situazione del singolo, inclusi intersezionali forme di discriminazione nei suoi confronti; dall’altro lato, sposta l’attenzione dal singolo che deve dimostrare la “gravità” della situazione esistente nel paese da cui intende fuggire allo Stato che deve dimostrare di adottare le misure necessarie per prevenire, mitigare o adattarsi (a)gli effetti del cambiamento climatico e di altre forme di violenza lenta, a prescindere dal manifestarsi di disastri significativi¹¹³. Siffatta protezione risponde alla necessità di considerare le donne nelle loro diverse identità, quale gruppo eterogeneo dalle diverse esperienze che plasmano l’adattamento al cambiamento climatico¹¹⁴.

¹¹³ Osserva invero Focarelli (C. FOCARELLI, *Duty to Protect in Cases of Natural Disasters*, in *Max Planck EPIL*, 2013, www.mpepil.com) che manca il consenso sul piano internazionale “*on how great a catastrophe has to be in order to be considered a disaster for legal purposes, nor is there any agreement on what criteria should be used to measure its scale*”.

¹¹⁴ M. CAMPBELL, *A Greener CEDAW: Adopting a Women’s Substantive Equality Approach to Climate Change*, in C. ALBERTYN, H. ALVIAR GARCÍA, M. CAMPBELL, S. FREDMAN, M. RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO (eds.), *Feminist Frontiers*, cit., pp. 90-115, in part. p. 113.

Abstract

L'obiettivo del presente lavoro è di analizzare, utilizzando il metodo ecofemminista del diritto internazionale, le migrazioni come conseguenza di cambiamento climatico o altri fenomeni di deterioramento graduale dell'ambiente (violenza lenta). Il contributo, dopo aver spiegato le nozioni di "violenza climatica" e "migrazioni di genere", partirà dalla centrale analisi del problema proposta da alcuni organismi a livello internazionale, per spiegare poi il metodo utilizzato – quello ecofemminista del diritto internazionale – di cui si forniranno brevi annotazioni teoriche. Si procederà poi all'applicazione di una tesi, già sostenuta altrove, definita "protezione *par ricochet* sensibile al genere", ai casi di migrazione per cambiamento climatico e violenza lenta, rileggendo il caso *Teitiota*, deciso dal Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite il 24 ottobre 2019.

KEYWORDS: Cambiamento climatico – violenza lenta – migrazioni di genere – *Teitiota* – protezione *par ricochet*

“CLIMATE VIOLENCE”
AND GENDERED MIGRATION IN INTERNATIONAL LAW

The purpose of this contribution is to analyze, using the feminist method in international law, migrations as a consequence of climate change or other phenomena characterized by the progressive deterioration of the environment (slow violence). The contribution, after explaining the notions of “climate violence” and “gendered migrations”, will start by the pivotal analysis of the issue provided by some international bodies, then explain what an ecofeminist method in international law, also theoretically, means. It will then apply an already developed argument called “gender-sensitive protection *par ricochet*” to cases of migration as a consequence of climate change or slow violence, through an innovative reading of the *Teitiota* case, decided by the United Nations Human Rights Committee on October 24, 2019.

KEYWORDS: Climate change – slow violence – gendered migrations – *Teitiota* – protection *par ricochet*

CONSERVATION AND DISPLACEMENT: INTERNATIONAL ORGANIZATIONS, ENVIRONMENTAL PROTECTION AND THE RIGHTS OF WOMEN

*Giada Giacomini**

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. The International Legal Framework. – 2.1. International Law. – 2.2. Policies of International Organizations. – 3. Critical Perspectives on Conservation. – 3.1. Conservation and Coloniality. – 3.2. Neoliberalism, Protected Areas and Corporate Interests. – 3.3 Conservation Refugees. – 4. Violence and Displacement Against Women in Environmental Conservation Projects. – 5. Way Forward: Accountability and Gender Dimension. – 6. Conclusion.

1. Introduction

In the current epoch of planetary crisis attributable to climate change, biodiversity loss, and environmental degradation, conservation initiatives are one of the main instruments to protect the environment and its natural resources against human exploitation and climate hazards, and to mitigate greenhouse gas emissions. International organizations and funds such as the World Bank (WB), the Global Environmental Facility, the United Nations Development Programme and the Green Climate Fund (GCF), as well as transnational Non Governmental Organizations (NGOs) such as the World Wildlife Fund (WWF), to mention a few, play a key role in locally implemented initiatives to foster biodiversity conservation, create carbon sinks for emissions

* Postdoctoral Researcher, Swiss National Science Foundation Project on the Accountability of International Organizations, Geneva Graduate Institute and Max Weber Fellow, European University Institute. E-mail address: giada.giacomini@graduateinstitute.ch. This contribution is an outcome of the project “*Just transition litigation and the role of Grievance Redress Mechanisms: from international to local practice*”, funded by the EUI-IHEID joint call 2023. More info at <https://www.eui.eu/research-hub?id=just-transition-litigation-and-the-role-of-grievance-redress-mechanisms-from-international-to-local-practice-1>.

trading, green development projects and so on. However, the implementation of such initiatives can jeopardise fundamental human rights, including the rights of Indigenous peoples, women, children, and marginalized communities that might be forcibly relocated in the process of creating Protected Areas (PAs), the installation of green development projects (such as solar and wind farms), and ecological zoning. For a growing number of critical legal and social science scholars, the causes at the heart of such problems lie in the colonial and imperialist origin of nature conservation, and in the corporate spill over into International Organizations (IOs) and Big International Non-Governmental Organizations (BINGOs). As a result, there is a dramatic increase in conservation refugees joining the ranks of “development refugees”.

This chapter looks at such issues from the perspective of gender impacts, specifically the negative impacts on women’s rights, in a review of some of the complaints brought before the accountability mechanisms of the IOs involved. This chapter intends to make a contribution to the literature around gender impacts of green development projects and biodiversity conservation, which is currently scarce in the accountability area of IOs. References to the gender aspect of biodiversity conservation concerns mainly the role of women in conservation, but sufficient attention is not being paid to the harmful practices connected to environmental protection, green development and their negative impacts on the rights of women¹. The obvious constraints related to the length of the chapter mean it is not possible to produce an all-encompassing examination of such complex and diversified issues and a thorough analysis of the gendered dimension of all existing Integrated Conservation and Development Projects (ICDPs). However, the chapter aims to contribute to the critical literature re-

¹ For example, see: H. ZWEIFEL, *The Gendered Nature of Biodiversity Conservation*, in *NWSA Journal*, 1997, n. 9, pp. 107-123; S. VANDANA, *Women’s Indigenous Knowledge and Biodiversity Conservation*, in *India International Centre Quarterly*, 1992, n. 19, pp. 205-14; N. BROECKHOVEN, *Biodiversity Loss and Climate Change: Gender Issues in International Law and Policy*, in *DiGeSt. Journal of Diversity and Gender Studies*, 2014, n. 1(2), pp. 23-38, P. DEDA, R. RUBIAN, *Women and biodiversity: the long journey from users to policy-makers*, in *Natural Resources Forum*, 2004, n. 28, pp. 201-204.

garding the rights of women and the accountability of IOs by putting forward a scholarly approach that can be further replicated in future research.

Implementation of biodiversity conservation and the institution of protected areas may lead to more or less regulated forms of displacement of communities living or relying on the designated areas. Development or conservation refugees are indeed likely to be relocated to other areas of the same country, or to major urban centers. Although internal displacement is often associated, in literature and policy, with armed conflicts and natural disasters, it is large-scale development projects that have produced the largest number of internal refugees². In particular, displacement related to development projects such as pipelines, dams, and mining, is estimated to be around 100 to 200 million people since the 1980s³. Conservation-related displacement, such as the institution of protected areas, because of its inherently geographical and spatial exclusionary nature, results in the internal displacement of millions of people⁴.

When such displacement occurs in IOs-led ICDPs projects, resulting in the violation of the rights of vulnerable people such as Indigenous persons, women, and children, we are clearly facing a problem of accountability of IOs with respect not only to standards imposed by international law, but also to their internal policies.⁵ However, because

² A. AGRAWAL, K. REDFORD, *Conservation and displacement: an overview*, in *Conservation and society*, 2009, n. 7, pp. 1-10.

³ *Ibid.* See also: M. CERNEA, *Risks, safeguards, and reconstruction: A model for population displacement and resettlement*, in M.M. CERNEA, C. MCDOWELL (eds.), *Risks and reconstruction: Experiences of resettlers and refugees*, Washington, 2000, pp. 11-55.

⁴ Some estimates refer to 10-20 million of conservation refugees, others range between 8.5-136 million people. See generally: C. GEISLER, *Your park, my poverty: Using impact assessment to counter the displacement effects of environmental Greenlining*, in S. BRECHIN, P. WEST (eds.), *Protected natural areas and the dispossessed*, 2003 Albany, UK; M. DOWIE, *Conservation refugees: the hundred-year conflict between global conservation and native peoples*, Cambridge, 2011.

⁵ There have been a number of attempts to the theorization of the meaning of accountability in this sense, however, these have remained focused on specific cases and what are the mechanisms that enable such accountability. Andonova has proposed a rethinking of such approaches, by arguing for the need of defining the scope of ac-

of the traditional legal immunity of IOs, such violations might not be taken into account because of the accountability gap that characterizes such organizations⁶. The accountability mechanisms of Grievance Redress Mechanisms (GRMs) might have a decisive role in addressing such gap, although with limitations, as explained in the final section of the chapter.

This contribution is divided into several sections. Section 2 addresses the legal framework concerning the international legal yardsticks against which the problem of evictions for conservation should be evaluated, resulting in a human rights-based approach to environmental conservation. The following section is a literature review of the critical approaches to conservation that have emerged in legal and political science literature in recent years regarding coloniality, neoliberalism and corporate interests in environmental policies and their influence in determining the current international environmental agenda, including a focus on “conservation refugees”. Such a critical framework is helpful if we are to understand how biodiversity conservation projects can be harmful to human rights and specifically the rights of women in a local context. Section 4 deals with three case studies that are representative of human rights violations in the context of ICDPs and which have triggered the investigation of accountability mechanisms or experts’ panels. Finally, the article concludes with a last section on the accountability of international organizations, arguing for the need of further interrogation and investigation, in academia and policy, on the gender impacts of ICDPs.

countability of international organizations by investigating the institutional and political factors likely to increase or limit the scope of international accountability. See generally L. ANDONOVA, *The Scope of Accountability of International Organizations. The Relevance Institutional Structure, Salience and Exercise of Power*, Paper presented at the Annual Meeting of the American Political Science Association, Montreal, 2022.

⁶ On this matter, please see S. JOHANSEN, *The Human Rights Accountability Mechanisms of International Organizations*, Cambridge, 2020.

2. *The international legal framework*

2.1. *International law*

Biodiversity conservation has been recognised as a key strategy to halt environmental degradation, protect flora and fauna from constant depletion and human development and, ultimately, as a key strategy for climate change mitigation⁷. These crucial strategies are reflected in the drafting and development of international law, both through hard law, soft law, international forums, regulation and policies of IOs. Some of these instruments, as we shall see in here, recognize the inter-linkage between women's rights and biodiversity conservation, and prescribe regulation for gender assessment and women's participation in environmental decision making. Other instruments aim to avoid the negative impacts of badly implemented environmental conservation policies; for example, the forced displacement without compensation of local communities who live in the conservation area. International environmental law, and the human rights component of biodiversity conservation, are enshrined in a highly fragmented legal background. Therefore, the aim here is to shed light on the main instruments we look at when we seek legal rationales for the protection of the rights of women against ICDPs-led displacement. Such instruments include – but are not limited to – the Convention on Biological Diversity (CBD) framework, the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP), the UN Guiding Principles on Internal Displacement and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) framework.

The first relevant instrument that merits a mention in this section is, for obvious reasons, the CBD (1992) and the myriad of its different “components” that have built up the biodiversity conservation legal regime throughout the last decades⁸. The CBD in the Preamble recog-

⁷ E. MORGERA, *Far Away, So Close: A Legal Analysis of the Increasing Interactions between the between the Convention on Biological Diversity and climate change law*, in *Climate Law*, 2011, n. 2, pp. 85-115.

⁸ I refer to the protocols and the optional guidelines that are currently part of the international biodiversity regime under the CBD.

nises the role of women in relation to biodiversity conservation, which calls for women's participation in decision making. Following this provision, there has been a consistent development in gender-related initiatives in the context of the CBD regime⁹. The CBD also recognizes the gendered dimension of biodiversity, such as the different uses that men and women make of biological resources. The gendered approach of biodiversity conservation should also take into account the existing imbalances that contribute to gendered inequality and "proactively aim to overcome and remove those inequalities" in order to promote the enjoyment of women's human rights¹⁰.

Ultimately, at the Conference of the Parties (COP) 14, participants agreed that the process to develop the Post-2020 Global Biodiversity Framework needs to take into account gender-responsiveness, by systematically integrating a gender perspective and ensuring appropriate representation, particularly of women and girls, in the process¹¹. In the Post-2020 draft, in the section on Enabling Conditions, gender equality and empowerment of women and girls is considered a crucial condition for success on the implementation of the Post-2020 Global Biodiversity Framework. Among the other relevant decisions crucial for the implementation of the framework, it is worth considering the gender action plan for the post 2020 period, which is a key strategy to integrating gender considerations to implement the CBD¹².

Another relevant instrument of international law, which should be duly considered in relation to ICDPs-led displacement, is the UN Guiding Principles on Internal Displacement. The UN Principles make reference to an obligation imposed on States to refrain from ar-

⁹ See generally I. ALVAREZ, S. LOVERA, *New Times for Women and Gender Issues in Biodiversity Conservation and Climate Justice*, in *Development*, 2016, n. 56, pp. 263-265.

¹⁰ CBD, *Toward a Gender-Responsive Implementation of the Convention on Biological Diversity*, 1 November 2018, CBD/COP/14/INF/21.

¹¹ CBD, 14/34. *Comprehensive and participatory process for the preparation of the post-2020 global biodiversity framework*, 30 November 2018, decision CBD/COP/DEC/14/34.

¹² For an assessment of the implementation of the 2015-2020 Gender Plan of Action, refer to document of "Progress on the implementation of the 2015-2020 Gender Plan of Action", 16 April 2018, CBD/SBI/2/2/Add.3.

bitrary displacement connected to large-scale development projects (unless justified by overriding public interests)¹³. Principle 7 establishes that “the authorities concerned shall ensure that all feasible alternatives are explored in order to avoid displacement altogether. Where no alternatives exist, all measures shall be taken to minimise displacement and its adverse effects”. The same principle also refers to the obligation to seek the prior and informed consent of those to be displaced. However, these principles have not yet crystallized in an international universal treaty, although they reflect international obligations imposed by international human rights and humanitarian law.

The main international law instrument specifically dedicated to the rights of women is the Convention on the Elimination of Discrimination Against Women (1979). While in the convention there is no specific reference to the rights of women in biodiversity conservation or to environmental human rights, such convention can be interpreted in the light of recent developments connected to Agenda 2030 and Sustainable Development Goals¹⁴.

Finally, relevant provisions of international law regarding regulation and remedies to displacement in a gender perspective are mutually reinforced by a joint interpretation of the UNDRIP and General Recommendation No. 39 (2022) on the rights of Indigenous Women and Girls of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW). UNDRIP, in article 10, establishes that no Indigenous people shall be removed from their lands and territories. UNDRIP also establishes that if relocation is necessary, this shall be implemented only with their Free, Prior and Informed Consent (FPIC). If such relocation takes place, Indigenous peoples shall receive adequate compensation for their loss of lands and territories, as well as legal recognition on their acquired lands.

General Comment No. 39 recognizes the pattern of discrimination and abuse Indigenous women are subjected to. Gender-based violence

¹³ Principle 6.

¹⁴ B. RUDOLF, *Freedom from Violence, full access to resources, equal participation, and empowerment: the relevance of CEDAW for the Implementation of the SDGs*, in M. KALTENBORN, M. KRAJEWSKI, H. KUHN (eds.), *Sustainable Development Goals and Human Rights*, Cham, 2020, pp. 73-94.

includes psychological, physical, sexual, economic, spiritual, political and *environmental* violence. CEDAW interlinks such patterns with the absence of a true recognition of the right to self-determination of Indigenous women, which manifests itself in the dispossession of lands, territories and natural resources¹⁵. The right of Indigenous women to FPIC is strongly reiterated in the General Comment in relation to activities associated with investment, infrastructure, development, conservation, climate change adaptation and mitigation initiatives, tourism, mining, logging and extraction. In the section on the right to a healthy environment, CEDAW clarified that FPIC also applies to “any proposal to designate their lands as a *protected area for conservation* or climate change mitigation purposes or carbon sequestration and trading or to implement a green energy project on their lands” (emphasis added)¹⁶.

2.2. Policies of IOs

IOs and funds have adopted their own sets of policies, such as environmental and social standards, aimed at protecting local communities, Indigenous peoples, and the environment when implementing projects at the local level¹⁷. This section exemplifies some of the relevant policies in this sense adopted by the WB and the GCF, because they are IOs directly involved in a consistent number of ICDPs. Obviously, the great majority of IOs has adopted social and environmental policies inspired by the laws and principles of international law that are applicable in the context of project implementation. Such an analysis is helpful in understanding what the legal rules are and the principles IOs have chosen to abide with; and what are the standards against which it is possible to assert their accountability in light of the violation of the rights of women in ICDPs. The adoption of such policies is

¹⁵ CEDAW, General Comment no. 39, para. 11.

¹⁶ *Ibid.*, para. 61.

¹⁷ For example, I have analysed the process of the adoption of the Green Climate Fund's Indigenous peoples policy in the article G. GIACOMINI, *Free prior and informed consent in the Green Climate Fund: the implementation of a project in the Datém del Marañón*, in CUHSO, 2020, n. 30, pp. 102-125.

crucial for the implementation of projects at the country level, because they constitute standards that need to be met in the different phases of the project's pipelines, including project design.

For example, in the WB system, at present there are quite a number of different policies that are labelled under the identifier "Environmental and Social Safeguard Policies" (ESF)¹⁸. Because the WB operates in sectors relevant to biodiversity conservation and the institution of PAs, these policies should help in the protection of communities' rights to land, avoid gendered impacts of conservation, and ensure community participation in the project design¹⁹.

This set of policies was approved by the Board of Executive director of the WB in 2016²⁰. They consist of several Operational Policies (OP), which set out the obligations that apply to Borrowers of the WB funds: the country-level approach mentioned in the above paragraph. According to the WB website, these policies "place[s] an emphasis on strengthening national environmental and social management systems and institutions, and supporting Borrower capacity building." For the purposes of this article, it is important to note the obligations set in the standards no. 5, Land Acquisition, Restrictions on Land Use and Involuntary Resettlement. The objective of the standard is to avoid involuntary resettlement, avoid forced evictions, and mitigate social and economic impacts from land acquisition. The standard sets an obligation for the Borrower of WB funds to compensate the people displaced at replacement cost, or options for relocation for persons whose livelihoods are land-based to replacement land that has a combination of productive potential, locational advantages, and other factors at least equivalent to that being lost in the project implementation. The standard also spells out community engagement rules through the

¹⁸ The policies can be accessed at <https://www.worldbank.org/en/projects-operations/environmental-and-social-framework>.

¹⁹ The WB has been operating, since the 1950s, thousands of projects worldwide. The project database is available at <https://maps.worldbank.org/projects/wb/pid/P099628?status=active>.

²⁰ Before this set of policies, the WB operational manual approved in 2005 was operative, which enshrined OP 4.10 on Indigenous peoples, see Section iv on the case study.

process of “stakeholder engagement”²¹. In such engagement regarding resettlement, women’s perspectives shall be obtained and taken into consideration, since their livelihoods might be affected differently compared to men’s because of the different use they make of natural resources²².

Another relevant example, a younger organization, is the GCF. The GCF has adopted several policies concerning environmental and social standards, Indigenous peoples, and gender policy. The Revised GCF Environment and Social Policy enshrines a set of principles, requirements, and responsibilities to be followed by the GCF and other stakeholders involved in project implementation²³. The Indigenous Peoples Policy sets out crucial standards concerning the full and effective participation and engagement of Indigenous peoples in the design, development and implementation of strategies and activities to be financed by GCF. For example, the policy recognizes the right to FPIC as well as many other important rights of Indigenous peoples, and recommends the disclosure of financing only when the FPIC standard is met. The Gender Policy operates both at the internal level of the GCF (the goal of the policy is to “Enhance gender equality within its governing structure and day-to-day operations”) and at the operational level (“Promote the goals of gender equality and women’s empowerment through its decisions on the allocation of funds, operations and overall impact”)²⁴. At the project level, the GCF, through this policy, is committed to integrating gender considerations in the reduction of inequalities, and resilience to climate-induced risks. This approach translates into a series of requirements to the Accredited Entities (the GCF partners for the implementation of projects) at the project preparation stage. For example, AEs are required to submit as part of the funding proposal “(i) a gender assessment, (ii) a project-level gender

²¹ As outlined in the standard n.10, “Stakeholder engagement and information disclosure”.

²² Standard n. 7, para. 18.

²³ GCF, Revised Environmental and Social Policy, 2021, at <https://www.greenclimate.fund/sites/default/files/document/revised-environmental-and-social-policy.pdf>.

²⁴ GCF Gender Policy, section III, at <https://www.greenclimate.fund/sites/default/files/document/gcf-gender-policy.pdf>.

action plan; and (c) an integrated analysis of context and sociocultural factors underlying climate change exacerbated gender inequality and optimize the potential contributions of women and men of all ages to build both individual and collective resilience to climate change”.

Ultimately, in 2021, the GCF adopted the Revised Policy on the Prevention and Protection from Sexual Exploitation, Sexual Abuse, and Sexual Harassment (SEAH)²⁵. The GCF has a zero-tolerance approach to SEAH in Fund related activities. The policy foresees the possibility of submitting a complaint to the Independent Integrity Unit, which investigates allegations of fraud, corruption and misconduct, and also to the Independent Redress Mechanism (IRM) for allegations of SEAH at the project level.

3. Critical perspectives on conservation

3.1. Conservation and coloniality

Notwithstanding the notable legal and policy development around the importance of respecting and fulfilling women’s rights in environmental protection and biodiversity conservation, several issues connected to forced evictions, violation of human rights, discrimination against women in relation to the implementation of development projects persist. I argue that critical literature on environmental conservation might help in understanding the structural problems inherent to conservation that are often overlooked by legal experts, IOs and policy development. Such critical perspectives offer a framework against which law and policies should be evaluated, and highlight systemic issues that Indigenous peoples, women, and vulnerable local communities have been vocal about.

The first of such critical perspectives relates to the idea that environmental conservation and the institution of protected areas is essen-

²⁵ GCF Revised Policy on the Prevention and Protection from Sexual Exploitation, Sexual Abuse, and Sexual Harassment, 2021, <https://www.greenclimate.fund/document/reviced-policy-prevention-and-protection-sexual-exploitation-sexual-abuse-and-sexual>.

tially rooted in a colonial conceptualization. Traditionally, natural parks and protected areas have been created through forced evictions of Indigenous peoples, killings and other gross violations against Indigenous women and children. The example of the creation of the first US parks is often cited in the literature to track down the interlinkage between conservation and colonialism. The most famous – and first ever created – national parks such as Yellowstone, Yosemite and Glacier, were conceived as nature-without-human-interference environmental reserves. The very idea of “wilderness” is a colonial construction, based on a dualist separation between humankind and nature²⁶. These symbols and practices of American wilderness became a worldwide model for environmental protection – and land taking from Native peoples – with the dramatic legacy we are still facing today in terms of violent practices tied to the institution of particular environmental protected areas or tourism reserves²⁷.

²⁶ M.D. SPENCE, *Dispossessing the wilderness: Indian removal and the making of the national parks*. Oxford, 1999; W. M. DENEVAN, *The pristine myth: the landscape of the Americas in 1492*, in *Annals of the Association of American Geographers*, 1992, n. 82(3), pp. 369-385.

²⁷ There is growing academic literature around environmental conservation and colonial practice, dispossession of Indigenous peoples' lands through evictions, and conservation refugees. See L. DOMÍNGUEZ, C. LUOMA, *Decolonising Conservation Policy: How Colonial Land and Conservation Ideologies Persist and Perpetuate Indigenous Injustices at the Expense of the Environment*, in *Land*, 2020 n. 9, pp. 1-22; W. B. ADAMS, M. MULLIGAN, *Decolonizing nature: strategies for conservation in a post-colonial era*, London, 2012; W. CRONON, *The trouble with wilderness: or getting back to the wrong nature*, in *Environmental history*, 1996, n. 1, pp. 7-28; R. GUHA, *The Authoritarian Biologist and the Arrogance of Anti-humanism*, in *The Ecologist*, 1997, n. 27, pp. 14-20; V. PLUMWOOD, *Decolonisation relationships with nature*, in *PAN: Philosophy Activism Nature*, 2002, n. 2, pp. 7-30; T. A. BENJAMINSEN, I. BRYCESON, *Conservation, green/blue grabbing and accumulation by dispossession in Tanzania*, in *Journal of Peasant Studies*, 2012, n. 39, pp. 335-355; S MOLLETT, T. KEEP, *Introduction: Land rights, biodiversity conservation and justice—rethinking parks and people*, in S.MOLLETT, T. KEPE (eds.), *Land Rights, Biodiversity Conservation and Justice*, London, 2018, pp. 1-13; J. WOLFLEY, *Reclaiming a presence in ancestral lands: The return of native peoples to the national parks*, in *Natural Resources Journal*, 2016, n. 56, pp. 55 -80.

3.2. Neoliberalism, protected areas and corporate interests

Another interesting point of view fostered by critical scholars working on conservation issues focuses on the interlinkage between the establishment of protected areas and neoliberal economies²⁸. The protection of the environment and the institution of protected areas are, in principle, solutions offered to protect nature from capitalist exploitation and destruction. However, authors concerned with the neoliberal contamination of environmental conservation argue that mutual recognition between transnational actors including BINGOs, IOs and companies have implications for local communities where ICDPs are implemented²⁹. In this view ICDPs are seen as an alternative to the colonial conservation discussed in the previous section, whereas the institution of protected areas and ecological zonings serves the purpose of protecting local biodiversity resources, also with the goal of promoting the development of local communities³⁰. However, the ICDPs approach has been heavily criticized because the simultaneous preservation of livelihoods and conservation, this last intended in Western standards, might be highly incompatible³¹.

Therefore, the world has been witnessing the emergence of highly hybridized forms of conservation, whereas international actors collaborate with private and public institutions in target countries in order to implement more or less bottom-up designed conservation projects with legitimized local authorities. The book *Nature™ Inc.: The New Frontiers of Environmental Conservation* offers an interesting point of

²⁸ One such group is referred to as “conservation contrarians”. In 2008, they organized a workshop on “Disobedient Knowledge” that later resulted in the 2009 special volume of *Current Conservation*, edited by Jim Igoe, Sian Sullivan, and Dan Brockington.

²⁹ See generally M.C. LEMOS, A. AGRAWAL. *Environmental governance* in *Annual Review of Environment and Resources*, 2006, n. 31, pp. 297-325.

³⁰ J.F. OATES, *Myth and reality in the rain forest: How conservation strategies are failing in West Africa*, Berkeley/Los Angeles/London, 1999.

³¹ T.O. MCSHANE, P.D. HIRSCH, T. CHI TRUNG, A.N. SONGORWA, A. KINZIG, B. MONTEFERRI, D. MUTEKANGA, *Hard Choices: Making Trade- Offs between Biodiversity Conservation and Human Well-Being*, in *Biological Conservation*, 2011, n. 144, pp. 966-972.

view concerning the role of neoliberal capitalism in reshaping conservation models. The author argues that this contamination is evident in the emergence of hybrid paradigms of conservation such as “ecosystems services”, “ecotourism” (perhaps a new interpretation of the recreation model for white Americans promoted with the institution of the first US parks²), “species and wetlands banking”, and “carbon trade”³². The book’s introduction discusses a general framework of the entanglements between neoliberalism and conservation, highlighting three lines of critical analysis. The first analyses how commodification, competition, financialization, and market discipline articulate with earlier conservation strategies and rural livelihoods. The second focuses on discourses and representations of neoliberal conservation and how they promote new approaches to the relationship between humans and nonhuman natures. The third investigates the mechanisms that allow the circulation of “natural capital” throughout the global economy³³.

In sum, according to this strand of conservation critics, it appears that “conservation is proving instrumental to capitalism’s growth and reproduction”³⁴. This is evident in the way corporate interests and neoliberalism have progressively shaped the biodiversity conservation regime, for example in the way the CBD results in a utilitarian approach to genetic resources, which results in monetization and capitalization; or in the way the net-zero emissions business approach is based in the delocalization of emissions through the creation of protected areas in order to gain carbon credits. In order to realize environmental protection, it is essential to attract economic investment into it through grants, loans, and also private funds. In this way, “conservation has been increasingly creating new spaces and territories for capitalist governance and accumulation through processes of demarcation, enclosure, privatization, marketization, securitization and land grabbing for green and un-green purposes”³⁵. The consequences of such an ap-

³² W. DRESSLER, B. BÜSCHER, *Introduction - Nature™ Inc.: The New Frontiers of Environmental Conservation* in R. FLETCHER, W. DRESSLER, B. BÜSCHER (eds.), *Nature Inc. Environmental Conservation in the Neoliberal Age*, Tucson, 2014, pp. 3-21.

³³ *Ibid.*

³⁴ D. BROCKINGTON, R. DUFFY (eds.), *Capitalism and conservation*, Chichester, 2011, p. 472.

³⁵ E. APOSTOLOPOULOU, A. CHATZIMENTOR, S. MAESTRE-ANDRÉS, M. REQUENA-I-

proach, together with the idea of pristine “wilderness”, is the world-wide increment in “conservation refugees”.

3.3. *Conservation Refugees*

Other critical scholars have evidenced how the above-mentioned approach to conservation results in an escalation of violence and displacement. One of the most cited works on this research strand is the already cited book by Dowie, *Conservation Refugees* (2009)³⁶. Displacement following the creation of protected areas or environmental conservation projects has been gaining the attention of scholars and human rights NGOs, especially in the wake of the 30x30 biodiversity target, which aims to protect 30% of the Earth’s surface by 2030. This objective is enshrined in Target 3 of the Kunming-Montreal Global Biodiversity Framework. The Kunming-Montreal Global Biodiversity Framework is a non-binding agreement among 196 Nation states that are parties to the UN Convention on Biological Diversity. Indigenous peoples have been quite vocal about the need to respect their rights in the implementation of such targets in order to avoid land grabs, violence and harassment connected to the institution of protected areas.

Critical literature on conservation and displacement focuses on the patterns of violence and land grabs that characterize the implementation of certain conservation measures. Hoefle argues for the need to set a middle position between unjust bio-centric conservation and anti-environmentalism of extreme right “populism” using the concepts of conservation refugees and environmental dispossession. Ndoinyo focuses on the use of violence and militarization of protected areas in Tanzania, in the Ngorongoro District. Today, paramilitary units enforce conservation measures in the area, the so-called “conservation commissioners”. The militarization results in forced evictions, burning of homes, and shootings³⁷.

MORA, A. PIZARRO, D. BORMPOUDAKIS, *Reviewing 15 years of research on neoliberal conservation: Towards a decolonial, interdisciplinary, intersectional and community-engaged research agenda*, in *Geoforum*, 2021, n. 124, pp. 236-256.

³⁶ See ft 4. M. DOWIE, *Conservation Refugees*, cit.

³⁷ Y. NDOINYO, *Human rights violations in the name of conservation: Case of*

The creation of protected areas void of human interference resonates with the historical roots of the creation of the first parks discussed in the initial paragraph of this section. While there is a close connection between restrictive environmental policies and cases of human displacement in the name of biodiversity conservation, Agrawal and Redford argue that there is a lack of systematic data about what happens in particular categories of protected areas, including the magnitude of such events and their impacts on the rights of women³⁸. The following section makes a contribution to the knowledge on recent cases of violence, particularly against women, in the context of ICDPs sponsored by IOs.

4. Violence and displacement against women in environmental conservation projects

Because of the inherent issues in conservation described in the above sections, it is not surprising that cases of violence against women are also present in biodiversity conservation projects. This section discusses some of the recent complaints that have escalated to the accountability mechanism of IOs.

Violence against women in ICDPs, and generally in development projects, is a matter that is more and more brought to the attention of the accountability and redress mechanisms of international organizations and BINGOs. Redress mechanisms, or GRMs, are the formal systems through which individuals and communities can lodge any grievances that arise relating to the design, implementation or assessment of projects. GRMs also have several other functions not limited to receiving complaints, they: generate public awareness about the projects through outreach activities; provide project staff with practical suggestions that allows them to be more accountable, transparent, and responsive to beneficiaries; can have an advisory function to the

Ngorongoro district, in M. MENTON, P. LE BILLON (eds.), *Environmental Defenders*, London, 2021, pp. 30-36.

³⁸ A. AGRAWAL, K. REDFORD, *Conservation and displacement: an overview*, cit., pp. 1-10.

Board of Directors of IOs; start autonomous investigations at the project level; and contribute to assessing the effectiveness of internal organizational processes. GRMs have been established in all major international organizations and funds: the WB, International Finance Corporation, United Nations Development Programme, the GCF and so on.

In certain cases, the need for the institution of a GRM was triggered by the accusation – or the potential risk of accusation – of gross human rights violations at the project level. For example, the case against the WWF concerning violations in the name of conservation perpetrated at the project level in several countries was widely shared by the media. The violations included murder, rape, and torture committed by rangers and eco-guards acting under the authority of governments. Such accusations led to the creation of an Independent Panel of Experts to conduct an independent review into WWF's position with respect to alleged human rights abuses in and around protected areas supported by WWF in Cameroon, the Central African Republic, the Democratic Republic of Congo, the Republic of Congo, Nepal and India³⁹. The work of the WWF Panel focused on the allegation against the organization, and not on the individual responsibility of the personnel who allegedly committed the crimes. In particular, the Panel's mandate was to find out if the WWF knew about the allegations, and if they had taken any steps in order to prevent, respond and remedy the abuses. The Panel found “[n]o evidence that WWF staff directed, participated in, or encouraged any alleged abuses”, and therefore, the WWF was not responsible for the actions undertaken by government personnel⁴⁰. However, following the final recommendation from the Panel, WWF is presently in the process of instituting the office of Independent Ombudsperson to deal with future issues of accountability at the project level in a timely manner⁴¹.

³⁹ WWF, *Embedding Human Rights in Nature Conservation: from Intent To Action Report of the Independent Panel of Experts of the Independent Review of allegations raised in the media regarding human rights violations in the context of WWF's conservation work*, 17 November 2020, at https://wwf.panda.org/wwf_news/wwf_independent_review_/.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ WWF Office of the Ombudsperson Opens Consultation Process, at

There are several other cases concerning the violation of human rights, and in particular women's rights, that have been brought officially to the attention of GRMs of IOs in the context of environmental conservation and protected areas projects⁴². The case of the Sengwer community and the women's experience of evictions constitute the case study of a report published by Forest People International, a UK-based NGO concerned about land rights, the environment and the rights of Indigenous peoples⁴³. The report states that Sengwer people have been evicted many times from their ancestral lands and territories since the 1960s by the Kenyan Forest Service (KFS)⁴⁴. Such forced evictions have been carried out with the pretext of environmental conservation, and they had considerable impacts on the rights of Sengwer women, both because of the violent means through by the evictions were carried out, and because of the long-term consequences of displacement. The report notes that such evictions were also carried out in the context of the WB project Natural Resource Management Project (NRMP), which ran from 2007 to 2013 at Embobut. The KFS was directly involved in the project, as one of the project components was

https://wwf.panda.org/wwf_news/wwf_independent_review_/?6965391/WWF-Office-of-the-Ombudsperson-Opens-Consultation-Process.

⁴² The database Accountability Console is a tool to track the nature, scope, and status of grievances brought against international organizations and development funds. For example, filters such as "displacement" and "conservation and environmental protection" can be applied in order to obtain a list of complaints within that scope. Access the database at https://accountabilityconsole.com/complaints/?issues=3&issues=22&issues=20&year_filed=&year_closed=&min_duration=&max_duration=§ors=6.

⁴³ Forest Peoples Programme, *Sengwer Women's Experiences of Evictions*, 2016 at <https://www.forestpeoples.org/sites/default/files/publication/2016/10/sengwerwomenreportweb.pdf>.

⁴⁴ The Republic of Kenya has a long history of evictions related to environmental protection, which has also been the subject of complaints brought before the African Commission on Human and People's Rights. See also L. CLARIDGE, *Litigation as a tool for community empowerment: the case of Kenya's Ogiek*, in *Erasmus Law Review*, 2018, n. 11, pp. 57-66; L. CLARIDGE, D. KOBEL, *Protected areas, Indigenous rights and land restitution: the Ogiek judgment of the African Court of Human and Peoples' Rights and community land protection in Kenya*, in *Oryx*, 2023, pp. 1-12.

to support activities to transform the Forest Department into an accountable and semi-autonomous (KFS)⁴⁵.

Because of the forced evictions and the violence against women and other members of the community, in 2013 the GRM of the WB, the Inspection Panel, received a Request for Inspection related to the project in Kenya. The Request was sent by individuals from Sengwer communities living in four areas of the Cherangany Hills in the western highlands of Kenya, namely the Kapolet Forest (in Trans-Nzoia District), Talau and Kaipos (in West Pokot District), and Empoput Forest (in Marakwet District). The plaintiffs argued that the evictions were carried out without their FPIC, as requested in the OP 4.10, and against OP 4.12 on Involuntary Resettlement⁴⁶. The Panel found that the WB Management did not adequately implement safeguard measures to protect Sengwer people. In particular, KFS's limited and specific mandate was not taken sufficiently into account in its relationship with the affected communities⁴⁷.

Another case, also concerning violations against women's rights, displacement, and the accountability of an IOs, is the complaint against the GCF project "Bio-CLIMA: Integrated climate action to reduce deforestation and strengthen resilience in BOSAWÁS and Rio San Juan Biospheres"⁴⁸. The accountability mechanism of the GCF, the IRM, received a complaint in June 2021. The complainants alleged that this project would harm Indigenous and afro-descendant communities because of the lack of compliance with GCF policies on consul-

⁴⁵ WB, Kenya - Natural Resource Management Project, at <https://projects.worldbank.org/en/projects-operations/project-detail/P095050>.

⁴⁶ OP 4.10 and 4.12 were operational before the more recent adoption of the safeguard policies discussed in Section II b.

⁴⁷ Remedies sought and follow up are available on the webpage of the Inspection Panel concerning this complaint, at <https://www.inspectionpanel.org/panel-cases/natural-resource-management-project>.

⁴⁸ The project aims to reduce emissions by addressing deforestation in the Caribbean Region of Nicaragua; a region that covers 54% of the national territory, contains 80% of Nicaragua's forests and is home to most of the country's indigenous populations. The project areas are important for the conservation of biodiversity and the livelihoods of Indigenous and afro-descendant peoples. Project details can be accessed at <https://www.greenclimate.fund/document/bio-clima-integrated-climate-action-reduce-deforestation-and-strengthen-resilience-bosaw-s>.

tation, participation, FPIC and the gender policy. Furthermore, the complainants denounced allegations of gross human rights violations and violence against women in the project area. In fact, in the areas of Bosawás and Río San Juan Biosphere Reserves, where the project will be implemented, there are ongoing violent conflicts and Indigenous land occupations by non-indigenous settlers. According to the complainants, the locations, severity, and nature of the violence in the region included massacres, forced displacement of Indigenous and afro-descendent peoples, injury of individuals, including gender-based violence⁴⁹.

After completing the compliance appraisal process, the IRM found that there was *prima facie* evidence of adverse impacts that are or might be cause for non-compliance of the obligations set out in the GCF policies⁵⁰. Therefore, the IRM decided to proceed further with this case through an investigation, with a view to present a compliance report to the Board of the GCF. The investigation assessed, inter alia, whether indigenous and afro-descendent communities suffered increased violence, including gender-based violence, from non-indigenous settlers because of non-compliance with the GCF social safeguards, and whether afro-descendent and Indigenous communities face increased risks of expropriation of lands and resources and reduced access to natural resources. Following the compliance appraisal report, the IRM carried out an investigation and prepared a draft report, which was circulated to all the parties including the complainant(s), the GCF Secretariat, the financial intermediary (CABEI) and the government of Nicaragua for comment. Comments received were

⁴⁹ IRM, Compliance Appraisal Report Case C-0006-Nicaragua, 2022, para 26. Accessible at <https://irm.greenclimate.fund/sites/default/files/case/compliance-appraisal-report-publication-c0006.pdf>.

⁵⁰ According to the IRM report, “*The prima facie evidence assessed above shows that these recurrent violent conflicts include (1) killings of dozens of indigenous and afro-descendent peoples, (2) forcible invasions and occupation of lands titled to indigenous peoples by non-indigenous settlers, (3) disappearances of and bodily injuries to indigenous and afro descendent peoples, (4) gender based violence, including sexual assaults on indigenous and afro-descendant women and girls, (5) exposure of indigenous children to the trauma of witnessing violence on their parents and (6) damage to property*”, supra note 49, para. 35.

taken into account by the IRM and a final report presented to the Board.

However, it appears that the GCF Board decided to share this final IRM report (with findings) with some of the parties to the case (GCF secretariat, CABEI and the Government of Nicaragua) seeking a second round of comments, without sharing the final report with the Indigenous complainant(s), as demonstrated in the Board document GCF/B.34/28 of 14 November 2022 (“The Board took note of limited distribution document GCF/B.34/15”)⁵¹. Unfortunately, the GCF Board denied access to the final report to the Indigenous communities who brought the complaint to the attention of the IRM. In a recent online article, which features an interview with the former Head of the IRM, it is shown how the non-disclosure of the report constitutes a violation of the right to participate in grievance redress proceedings and the right to due process⁵². According to the interviewee, by locking out Indigenous peoples from the process, the Board did not comply with international standards and GCF policies, especially the criteria of “predictability” and “transparency” and other effectiveness criteria for redress mechanisms laid down in the UN Guidelines on Business and Human Rights.

In addition, the decision process regarding the Nicaragua case is proceeding at a snail’s pace, as the Board deferred its decision on the IRM report on two occasions, deferring its decision to the following Board meeting. It is now expected to be discussed in the July Board meeting of 2023. This inordinate delay is despite the Board’s own guidelines set for itself for dealing with such matters, which state clearly that the Board will decide on IRM case reports “expeditiously”⁵³.

⁵¹ GCF/B.34/28: Decisions of the Board – thirty-fourth meeting of the Board, 17 - 20 October 2022, available at <https://www.greenclimate.fund/document/gcf-b34-28>.

⁵² Toby McIntosh Green Climate Fund Giving Unequal Access to Report on Controversial Project, 1 May 2023, at <https://eyeonglobaltransparency.net/2023/05/01/green-climate-fund-giving-unequal-access-to-report-on-controversial-project/>.

⁵³ Para 2.1(a) of the Decision of the Board on the guidelines to facilitate Board consideration of Independent Redress Mechanism reports on reconsideration requests, grievances or complaints, accessible at <https://irm.greenclimate.fund/sites/default/files/document/bbm-2021-16-decision->

5. Way forward: accountability and gender dimension

The chapter has demonstrated how, now and again, biodiversity conservation projects promoted by IOs can act in violation of international human rights norms and the internal policies adopted by the same IOs. The accountability gap in the operations of IOs is being addressed by setting up accountability mechanisms that should address such violations and propose remedies or ways to fix issues of participation of affected people in project design and implementation. Future research would necessarily need to focus on the actual power of such mechanisms and the effectiveness of their remedies. The last case discussed, concerning the GCF Nicaragua project, rightfully points in this direction. What is the actual power of an accountability mechanism if its findings are not disclosed to the victims of the violations? Who makes an international organization accountable for violating the participatory rights of the victims in the process? How is monitoring of the implementation of the remedies ensured, and what is the role of local stakeholders in the monitoring procedure?

While these problems are complex and would need an extensive empirical and case law-based research, this chapter has made both a contribution to the consideration of the gender dimension in ICDPs, and promoted a critical reflection on the impacts that especially women are facing when violence meets environmental conservation. IOs are progressively recognizing the importance of providing a gender assessment at the early stages of project design and implementation. Such gender assessment could be reinforced and based on an unbiased opinion of external experts visiting the communities and conducting in-depth research with local civil society's stakeholders. One of the core issues inherent to internationally funded projects rely on their very supra-national nature, and in the implementation of westernized standards into local realities, which often already suffer from problems of poverty, discrimination and gender-based violence. For IOs not to exacerbate such problems through the implementation of biodiversity conservation projects and biodiversity zonings, it would be appropri-

ate to produce a comprehensive due diligence report and a robust conflict analysis prior to the start of any activities.

To have such profound reform, IOs could perhaps engage in a process of self-reflection based on the assertions of conservation critics, and re-consider how protected areas and ecological zoning should be managed in order not to perpetrate a model that is tied to the colonial past and might impact on the rights of local communities, especially on the rights of women.

6. Conclusions

This chapter has argued for the need to integrate concerns of gendered impacts of environmental conservation into discourses on the accountability of IOs involved in climate governance, environmental protection and development. After having set the international legal framework applicable to cases of gender-related displacement, the chapter reviewed the critical literature around conservation, especially concerning the interlinkages between conservation and colonialism, neoliberalism and conservation, and the issue of conservation refugees. The chapter then substantiated these theoretical claims into the presentation of selected cases concerning violence against women in ICDPs. Such cases have triggered complaints and have activated investigations by the accountability mechanisms of IOs. Finally, the chapter has proposed a reflection on the importance of establishing an accountability framework for IOs, which enables a true, and effective process to remedy human rights violations and violence against women. However, IOs should incorporate a much more robust gender analysis for each of the projects they fund at the local level, as well as engaging with the systemic issues that characterize biodiversity conservation and its colonial legacy.

Abstract

Environmental conservation projects, such as protected areas, have led in many cases to forced evictions, destruction of homes, and militarization of ecological zoning. “Conservation refugees” have existed in large numbers since colonial times, when the first national parks were instituted. The impacts of such forced and violent relocations are particularly felt by affected women. The institution of protected areas has resulted in the loss of rights and prerogatives in the use of biological resources by local communities where the gendered impact is particularly felt. This paper presents a case law review of some of the complaints that have been brought before the Grievance Redress Mechanisms (GRMs) of International Organisations, with a view to foster a reflection on the accountability of such organizations for women’s rights violations within conservation and displacement.

KEYWORDS: Displacement – conservation – gender – international organizations – grievance redress

CONSERVAZIONE E TRASFERIMENTO FORZATO:
ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI, TUTELA DELL’AMBIENTE
E DIRITTI DELLE DONNE

I progetti di tutela ambientale, come le aree protette, hanno portato in molti casi a sfratti forzati delle popolazioni locali, distruzione di abitazioni e militarizzazione delle aree di protezione ecologica. I “rifugiati della conservazione” sono esistiti in gran numero fin dai tempi coloniali, quando furono istituiti i primi parchi nazionali. L’impatto di tali delocalizzazioni forzate e violente è particolarmente sentito dalle donne. L’istituzione di aree protette può comportare la perdita di diritti e prerogative nell’uso delle risorse biologiche da parte delle comunità locali in cui l’impatto di genere è particolarmente sentito. Questo contributo presenta una revisione della giurisprudenza di alcune delle denunce che sono state portate dinanzi ai *Grievance Redress Mechanisms* (GRM) delle organizzazioni internazionali, al fine di promuovere una riflessione sulla responsabilità di tali organizzazioni per le violazioni dei diritti delle donne nell’ambito della tutela ambientale.

KEYWORDS: Dislocamento – tutela ambientale – studi di genere – organizzazioni internazionali – meccanismi per la risoluzione delle controversie

IL RICONOSCIMENTO DELLA PROTEZIONE INTERNAZIONALE ALLE VITTIME DI MATRIMONIO FORZATO

*Luigino Manca**

SOMMARIO: 1. Note introduttive e piano dell'indagine. – 2. Il quadro normativo internazionale ed europeo sul contrasto al matrimonio forzato. – 3. Matrimonio forzato e protezione internazionale. Le linee guida dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati e il fondamentale contributo del Comitato esecutivo. – 3.1. L'orientamento del Comitato CEDAW e il pertinente quadro normativo regionale. In particolare, la Convenzione di Istanbul e il principio di *non-refoulement*. – 4. Riflessioni conclusive in merito all'ordinamento giuridico italiano alla luce dei recenti sviluppi giurisprudenziali della Corte di Cassazione.

1. Note introduttive e piano dell'indagine

Secondo recenti stime statistiche, rese disponibili anche da alcune organizzazioni internazionali, in particolare, dall'Organizzazione internazionale del lavoro e dall'Organizzazione internazionale per le migrazioni, il numero delle persone coinvolte in contesti di matrimoni forzati nel 2021 è stato pari a 22 milioni¹. Si tratta di un dato quantitativo (in crescita) molto preoccupante, che sollecita l'attenzione degli studiosi dei diritti umani (e non solo) sull'entità del fenomeno a livello globale e sull'esigenza di rafforzare gli attuali strumenti internazionali di contrasto, nonché di prevenzione².

* Associato di Diritto Internazionale, Sapienza Università di Roma. Indirizzo e-mail: luigino.manca@uniroma1.it

¹ Cfr. OIL, IOM, Walk Free, *Stime globali sulla schiavitù moderna, lavoro forzato e matrimonio forzato*, settembre 2022, disponibile su https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-rome/documents/publication/wcms_855404.pdf.

² In generale, sul tema del matrimonio forzato, cfr., tra gli altri, C. DAUVERGNE, *Forced Marriage as a Harm in Domestic and International Law*, in *International Family*

Questa intollerabile pratica, comunemente e correttamente assimilata da più parti ad una forma contemporanea di schiavitù³, come no-

Law, 2016, N. 73, pp. 189-220; V. NDIOR (sous la direction de), *Les mariages forcés et le droit*, Bayonne, 2018; J. HITCHENS, *Forced Marriage Law and Practice*, London, New York, 2021; A. ALLISON WELDON, *Forced Marriage: An International Issue Calling for International Regulation and Accountability*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2021, n. 50, pp. 284-297.

³ Sul punto, v. *Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Abolishing Slavery and its Contemporary Forms*, Geneva, 2002, HR/PUB/03/04, par. 112. In generale, sulle forme contemporanee di schiavitù, cfr., tra gli altri, R.J. SCOTT, *International Law and Contemporary Slavery: The Long View*, in *Michigan Journal of International Law*, 2017, n. 38, pp. 349-357; P. DE SENA, *Slaveries and New Slaveries: Which Role for the Human Dignity?*, in *Questions of International Law*, 2019, pp. 7-17; N. BOSCHIERO, *Giustizia e riparazione per le vittime delle forme contemporanee di schiavitù. Una valutazione alla luce del diritto internazionale consuetudinario, del diritto internazionale privato europeo e dell'Agenda delle Nazioni Unite 2030*, Torino, 2021. Appare utile rammentare che il matrimonio forzato, in determinate circostanze, in particolare, se si tratta di una pratica con carattere diffuso e sistematico contro la popolazione civile, è considerato anche come crimine internazionale contro l'umanità. In questo senso si è espresso, ad esempio, il Tribunale Speciale per la Sierra Leone già nel 2008, nonché la stessa Corte penale internazionale dapprima nella decisione di rinvio a giudizio del 2016 e poi nella successiva e recente sentenza del 2021. La Corte, in particolare, ha configurato il matrimonio forzato come trattamento inumano ai sensi dell'art. 7, par. 1, lett. k), del suo Statuto. Vedi rispettivamente, *Special Court for Sierra Leone, Judgment of 22 February 2008, Prosecutor v. Brima, Kamara, and Kanu; International Criminal Court, Trial Chamber IX, Judgment of 6 May 2021, Situation in Uganda, Prosecutor v. Dominic Ongwen*. In argomento, cfr. E. GREPPI, *I crimini dell'individuo nel diritto internazionale*, Milano, 2012, pp. 211-212; A. BONFANTI, *Matrimoni forzati, infantili e precoci e tutela dei diritti umani in Europa: considerazioni di diritto internazionale privato*, in *GenIUS*, 2020, p. 4; M. O'BRIEN, *Gender Dimensions of Forced Marriage in International Criminal Law*, in I. ROSENTHAL, V. OOSTERVELD, S. SÁCOUTO (eds.), *Gender and International Criminal Law*, Oxford, 2022, pp. 207-230. Per un'attenta analisi della sentenza del Tribunale Speciale per la Sierra Leone, cfr., tra gli altri, M. FRULLI, *Advancing International Criminal Law: The Special Court for Sierra Leone Recognize Forced Marriage as a "New" Crime against Humanity*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, n. 6, pp. 1033-1042; A. CALIGIURI, *Corte Speciale per la Sierra Leone, matrimonio forzato e diritto internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, n. 2, pp. 623-627; V. OOSTERVELD, *Forced Marriage and the Special Court for Sierra Leone: Legal Advances and Conceptual Difficulties*, in *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 2011, n. 2(1), pp. 127-158. In generale, sulla giurisprudenza del Tribunale Speciale nella materia considerata, cfr. R.

to, riguarda in prevalenza le donne e risulta diffusa in diverse realtà geografiche, con una forte concentrazione dei casi in Paesi del continente Asiatico e del Pacifico⁴. Tuttavia, sempre secondo le citate statistiche, il fenomeno parrebbe investire anche altre aree territoriali, inclusi gli Stati della regione europea⁵. D'altro canto, recenti fatti di cronaca avvenuti anche in Italia, purtroppo, confermano i dati in parola.

La dottrina e gli organi internazionali preposti alla tutela dei diritti umani hanno cercato di mettere in luce le cause, assai complesse, che stanno alla base del fenomeno. Cause, come noto, principalmente riconducibili a realtà precarie, spesso basate su povertà estrema o a pratiche tradizionali negative⁶.

Il contributo, si propone di analizzare, in via preliminare, la normativa internazionale in materia di diritti umani, adottata sia sul piano universale che in ambito regionale, applicabile al contrasto del matrimonio forzato. Si cercherà di evidenziare, anche alla luce dell'importante attività interpretativa svolta dai relativi *treaty bodies*, i principali obblighi internazionali in chiave repressiva e preventiva. Successivamente, l'attenzione si soffermerà sul rapporto tra matrimonio forzato e accesso alla protezione internazionale, con specifico riferimento *inter alia* all'ordinamento giuridico italiano. In relazione a quest'ultimo contesto, in particolare, si terrà conto di alcuni importanti sviluppi giurisprudenziali ad opera del nostro giudice di legittimità. La Corte di Cassazione, infatti, in più occasioni, anticipando quanto si avrà modo di osservare meglio nel prosieguo della trattazione, ha qualificato il

SLATER, *Gender Violence or Violence against Women: The treatment of Forced Marriage in the Special Court for Sierra Leone*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2012, n. 13, pp. 1-42.

⁴ OIL, IOM, *Walk Free, Stime globali sulla schiavitù moderna, lavoro forzato e matrimonio forzato*, cit., p. 5.

⁵ *Ibid.*

⁶ In generale, per un'analisi delle principali cause che determinano il fenomeno dei matrimoni forzati si rinvia, tra gli altri, a N. HONKALA, "An Unhappy Interlude": *Trivialisation and Privatisation of Forced Marriage in Asylum-Seeker Women's Cases in the UK*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2022, n. 41, pp. 472-497, spec. p. 475 ss. In argomento, cfr. anche *Human Rights Council, Preventing and Eliminating child, early and forced marriage. Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, A/HRC/26/22, 2 aprile 2014.

matrimonio forzato come una violenza di genere, ascrivendo tale fattispecie alle ipotesi per le quali è possibile riconoscere la protezione internazionale nei confronti delle vittime.

2. *Il quadro normativo internazionale ed europeo sul contrasto al matrimonio forzato*

Le principali fonti normative in materia di contrasto e prevenzione della pratica del matrimonio forzato si rinvencono sia negli atti internazionali, a carattere generale, riguardanti la tutela dei diritti umani, sia negli atti più specifici volti a proteggere determinati gruppi di individui.

Sotto il primo profilo, viene in rilievo anzitutto la ben nota Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948. L'art. 16, par. 1, afferma che "*men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and found a family [...]*". Il paragrafo successivo, in modo lapidario, precisa poi che "*[m]arriage shall be entered into only with free and full consent of the intending spouses*".

I principi contenuti nella Dichiarazione sono stati poi ribaditi, sia pure con una formulazione parzialmente diversa, nel Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966. L'art. 23, par. 2, statuisce, infatti, che "*[t]he right of men and women on marriageable age to marry and to found a family shall be recognized*" e che "*[N]o marriage shall be entered into without the free and full consent of the intending spouses*"⁷.

Come è piuttosto agevole osservare, la disposizione in parola non dà indicazioni precise in merito all'età. L'organo di controllo del Patto, il Comitato dei diritti umani, nel suo *General Comment* n. 19, relativo all'art. 23, ha precisato che "*[...] the age should be such as to enable each of the intending spouses to give his or her free and full consent in a form and under condition prescribed by law*"⁸. È previsto, dunque, un

⁷ Una disposizione formulata in termini più o meno analoghi si rinviene nel coevo Patto sui diritti economici, sociali e culturali e segnatamente all'art. 10, par. 1.

⁸ *Human Rights Committee, General Comment No. 19: Article 23 (The Family)*, 1990, par. 4. Come ampiamente noto, l'adozione dei *General Comments* costituisce

rinvio alla normativa interna degli Stati contraenti, la quale, come dichiarato espressamente dal Comitato, dovrà essere compatibile con il pieno esercizio di tutti gli altri diritti garantiti dal Patto⁹.

Per quanto attiene agli atti internazionali specifici, l'immediato riferimento normativo che sovviene, come è intuibile, è quello della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne, adottata a New York nel 1979. L'art. 16 impone agli Stati parti di emanare appropriate misure al fine di eliminare qualsiasi forma di discriminazione nei confronti delle donne in relazione al matrimonio e ai rapporti familiari. In particolare, il par. 1, lett. b), ribadisce il principio più volte richiamato finora secondo cui deve essere garantito il diritto "[...] to freely choose a spouse and to enter into marriage only with [the] free and full consent".

Il predetto principio è stato ripreso anche nell'attività interpretativa dell'apposito organo internazionale di controllo previsto dalla Convenzione (Comitato sull'eliminazione della discriminazione nei confronti delle donne, d'ora in avanti Comitato CEDAW) che, come noto, si esplica, tra l'altro, attraverso l'adozione delle cd. *General Recommendations*. Con la Raccomandazione generale n. 21, il Comitato CEDAW ha rimarcato la rilevanza del principio in parola, sottolineandone il carattere essenziale ai fini della tutela della dignità e dell'uguaglianza degli esseri umani¹⁰. Peraltro, la norma in commento, secondo il Comitato CEDAW rientra nell'ambito delle cd. "core provisions" della Convenzione¹¹. Sul punto, preoccupato per le numerose

una pratica interpretativa consolidata del Comitato e comune ad altri organi internazionali di controllo sui diritti umani sia a livello universale che regionale. In generale su questa prassi del Comitato dei diritti umani, cfr., tra gli altri, H. KELLER, L. GROVER, *General Comments of the Human Rights Committee and their Legitimacy*, in H. KELLER, G. ULFSTEIN (eds.), *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, Cambridge, 2012, pp. 116-198; E. KLEIN, D. KRETZMER, *The UN Human Rights Committee: The General Comments. The Evolution of an Autonomous Monitoring Instrument*, in *German Yearbook of International Law*, 2016, n. 58, pp. 189-229.

⁹ Cfr. *Human Rights Committee, General Comment No. 19: Article 23 (The Family)*, 1990, cit.

¹⁰ V. Comitato CEDAW, *General Recommendation No. 21 on Equality in marriage and family relations*, 1994, A/47/38, par. 1.

¹¹ V. Comitato CEDAW, *General Recommendation on article 16 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (economic con-*

riserve apposte dagli Stati, l'organo di esperti indipendenti delle Nazioni Unite ha avuto modo di precisare, a chiare lettere, che eventuali riserve presentate *inter alia* per motivi tradizionali, religiosi o culturali, saranno considerate incompatibili con il trattato e, pertanto, lo Stato riservante dovrà modificarle ovvero ritirarle.

Di particolare e specifico interesse ai fini della nostra indagine sono poi le due Raccomandazioni generali nn. 19 e 35. Con la prima, premesso che “[...] *traditional attitudes according to which woman are considered subordinate or attributed stereotyped functions, perpetuate the spread of practices that involve violence and coercion, such as mistreatment in the family, forced marriage [...]*”¹², si è evidenziato che l'effetto “[...] *of such violence on their physical and mental integrity is to deprive them of effective enjoyment, exercise and even knowledge of their human rights and fundamental freedom*”¹³. Con la successiva Raccomandazione generale n. 35, che si propone, peraltro, di aggiornare il contenuto della Raccomandazione n. 19, il Comitato CEDAW, senza esitazione, ha invitato le parti contraenti ad abrogare “[...] *provisions that allow, tolerate or condone forms of gender-based violence against women, including child or forced marriage [...]*”¹⁴.

Sempre in relazione alla prassi dell'organo di controllo in parola, non meno rilevanti sono le raccomandazioni formulate nell'ambito della procedura di esame dei rapporti che gli Stati sono periodicamente tenuti a presentare ai sensi dell'art. 18 della Convenzione. In chiave meramente esemplificativa, limitando la trattazione ai casi più recenti, il Comitato ha avuto modo di esprimersi rispetto alla persistente pratica del matrimonio forzato in alcuni Stati¹⁵, manifestando preoccupa-

sequences of marriage, family relations and their dissolution), CEDAW/GC/29, 2013, par. 54.

¹² Comitato CEDAW, *General Recommendation No. 19 on Violence against women*, 1992, par. 11.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Comitato CEDAW, *General Recommendation on gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19*, CEDAW/GC/35, 2017, par. 29, par. c, lett.i).

¹⁵ V. Comitato CEDAW, *Concluding Observations, Uzbekistan*, CEDAW/C/UZB/CO/6, 2022, par. 41, lett. b); *Concluding Observations, Indonesia*, CEDAW/C/IND/CO/8, 2021, par. 51, lett. d).

zione per la crescita del fenomeno¹⁶, nonché per l'assenza nell'ordinamento interno del Paese interessato dal monitoraggio di un codice sul diritto di famiglia, con l'immediata conseguenza che le "consuetudini tradizionali" risultano prevalenti nelle relazioni familiari, andando così *de facto* a "formalizzare" la pratica del matrimonio forzato¹⁷. Talvolta, sono state date anche puntuali indicazioni in merito alle misure da introdurre in chiave sia repressiva che di tutela delle vittime. Nella recente Osservazione conclusiva sulla Finlandia, ad esempio, l'organo di controllo ha segnalato la necessità di configurare il matrimonio forzato come reato e di assicurare che "[...] *all suspected cases of forced marriage are effectively investigated and that those responsible are prosecuted and adequately punished, and that victims receive appropriate care, support and reparations*"¹⁸. L'approccio seguito dall'organo non stupisce tenuto conto del fatto che la repressione sul piano penale di tale pratica e la tutela delle vittime costituiscono importanti sfere giuridiche strettamente correlate tra di loro, ancorché differenti, soprattutto in relazione alle tipologie di obblighi che gravano sugli Stati. Per altro verso, si tratta di un approccio che riflette la particolare sensibilità del Comitato CEDAW rispetto alla preminente esigenza di rimuovere intollerabili forme di comportamento ancorate a gravi logiche discriminatorie, che, all'evidenza, risultano del tutto incompatibili con valori fondamentali e intangibili come la dignità e la libertà della persona.

La Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo non contiene specifiche previsioni nella materia considerata. Purtuttavia, il relativo organo di controllo, congiuntamente al già citato Comitato CEDAW, ha inserito i matrimoni forzati, inclusi quelli coinvolgenti i

¹⁶ V. Comitato CEDAW, *Concluding Observations, Yemen*, CEDAW/C/YEM/CO/7-8, 2021, par. 49, lett. a).

¹⁷ V. Comitato CEDAW, *Concluding Observations, South Sudan*, CEDAW/C/SSD/CO-1, 2021, par. 49, lett. a).

¹⁸ V. Comitato CEDAW, *Concluding Observations, Finland*, CEDAW/C/FIN/CO-8, 2022, par. 22, lett. d). In questo contesto, specifica attenzione è stata dedicata ai minori. Nella medesima Osservazione conclusiva, infatti, il Comitato CEDAW ha invitato la Finlandia "[to] *allow victims of forced marriage to freely choose between divorce, annulment or dissolution of marriage*", tenendo altresì conto "*of their specific needs and their individual needs and rights of those of their children*".

minori, tra le pratiche tradizionali negative che danno luogo a plurime violazioni dei diritti umani¹⁹.

A livello regionale, sul tema oggetto della presente trattazione meritano di essere segnalate talune iniziative promosse, in particolare, in seno al Consiglio d'Europa²⁰. Il predetto ente intergovernativo regionale è intervenuto a riguardo sia con atti di *soft law* che di *hard law*. Nella prima tipologia di atti sono ascrivibili alcune risoluzioni adottate dall'Assemblea parlamentare²¹, nonché raccomandazioni del Comitato dei ministri²². In particolare, l'organo assembleare, nel riconoscere che il fenomeno del matrimonio forzato è correlato ad altre pratiche tradizionali negative, orientamento che si colloca in un regime di continuità con la prassi dei *treaty bodies* onusiani di cui si è dato conto, ha invitato gli Stati membri, *inter alia*, ad adottare tutte le misure necessarie per contrastare e prevenire tale pratica²³.

Per quanto concerne i cd. atti di *hard law*, occorre fin da subito richiamare la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), considerato che la pratica in questione si pone in contrasto con plurime norme convenzionali a partire dall'art. 3 che, come noto, sancisce il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti²⁴. Ovviamente, apposita e specifica attenzione deve essere data alla Convenzione di Istanbul del 2011 sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica. La predetta Convenzione, aperta alla firma di Stati

¹⁹ Sul punto, vedi la recente *Joint General Recommendation No. 31 of the Committee on the Elimination of Discrimination against women/General Comment No. 18 of the Committee on the Rights of the Child on harmful practices*, 2019. In effetti, pur in assenza di norme espresse a riguardo, vengono in rilievo tutte quelle disposizioni che *inter alia* hanno ad oggetto la protezione del minore da ogni forma di violenza (art. 19), la tutela della salute (art. 24), nonché il diritto alla libertà di espressione (art. 12).

²⁰ In argomento, cfr. O.A. MACOVEI, *L'action du Conseil de l'Europe en matière de mariage forcé*, in V. NDIOR, *Les mariages forcés et le droit*, cit., pp. 183-193.

²¹ Cfr. Assemblea parlamentare, Risoluzione 2233 (2018), Risoluzione 1468 (2005) e Risoluzione 1723 (2005).

²² Cfr. Comitato dei ministri, Raccomandazione 5 (2002).

²³ Cfr. Assemblea parlamentare, Risoluzione 2233 (2018), cit., par. 7.1. e par. 10.

²⁴ In generale, sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di matrimonio forzato, cfr. Y. LÉCUYER, *Les mariages forcés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., pp. 103-116.

membri del Consiglio d'Europa e Stati non membri che hanno partecipato alla sua elaborazione, nonché dell'Unione europea²⁵, è entrata in vigore sul piano internazionale nel 2014. Come è stato osservato da più parti, essa costituisce il primo atto internazionale a carattere vincolante in Europa e interamente dedicato al contrasto della violenza di genere²⁶. In linea con altre convenzioni del pari adottate in seno al Consiglio d'Europa²⁷, l'atto in esame si caratterizza per la previsione di un approccio normativo integrato nell'affrontare il problema della violenza nei confronti delle donne, includendovi norme che rilevano sul piano della repressione, della prevenzione e della protezione delle vittime. Specifiche previsioni sono dedicate al contrasto del matrimonio forzato, a partire dall'art. 32 in cui si impone alle parti di introdurre nell'ordinamento interno le opportune misure affinché i matrimoni contratti con la forza possano essere invalidati, annullati o sciolti²⁸. Gli Stati, ai sensi dell'art. 37, hanno, inoltre, l'obbligo positivo di criminalizzare “[...] l'atto intenzionale di costringere un adulto o un bambino

²⁵ Sui profili relativi all'adesione dell'Unione europea alla Convenzione, cfr., tra gli altri, S. DE VIDO, *La violenza di genere contro le donne nel contesto della famiglia: sviluppi nell'Unione europea alla luce della Convenzione di Istanbul*, in *Federalismi, Focus Human Rights*, 2017, n. 3, pp. 1-25.

²⁶ Nel momento in cui si scrive (maggio 2023), la Convenzione è stata ratificata da 37 Stati. L'Italia l'ha ratificata e resa esecutiva con legge 27 giugno 2012, n. 77 (Gazzetta ufficiale n. 152 del 01-07-2013). Per una disamina della Convenzione si rinvia, tra gli altri, a D. ŠIMONOVICS, *Global and Regional Standards on Violence Against Women: The Evolution and Synergy of the CEDAW and Istanbul Conventions*, in *Human Rights Quarterly*, 2014, n. 36, pp. 590-606; S. DE VIDO, *Donne, violenza e diritto internazionale. La Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa del 2011*, Udine, 2016; R. J.A. MCQUIGG, *Istanbul Convention, domestic violence and Human Rights*, London, New York, 2017; F. POGGI, *Violenza di genere e Convenzione di Istanbul: un'analisi concettuale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, n. 11, pp. 51-76; L. GRANS, *The Istanbul Convention and the Positive Obligation to Prevent Violence*, in *Human Rights Law Review*, 2018, n. 18, pp. 133-155; J. NIEMI, L. PERONI, V. STOYANOVA, *International Law and violence against women: Europe and the Istanbul Convention*, Abingdon, Oxon, New York, 2020.

²⁷ A mò di esempio, si pensi alla Convenzione contro la tratta degli esseri umani, adottata a Varsavia il 16 maggio 2005.

²⁸ In generale, sulle conseguenze civili del matrimonio forzato, cfr. A. BONFANTI, *Matrimoni forzati, infantili e precoci e tutela dei diritti umani in Europa: considerazioni di diritto internazionale privato*, cit. pp. 1-15.

a contrarre matrimonio”, nonché “il fatto di attirare intenzionalmente con l’inganno un adulto o un bambino sul territorio di una Parte o di uno Stato diverso da quello in cui risiede” sempre al fine di costringerlo a contrarre matrimonio.

Spostandoci in un contesto istituzionale diverso, la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, all’art. 28, impone agli Stati l’obbligo di garantire il principio di non discriminazione, prevedendo tra le cause di discriminazione vietate quelle fondate sul sesso. Riferimenti espressi al matrimonio forzato sono poi contenuti anche in alcuni atti di diritto derivato. Sotto questo profilo, in particolare, si può menzionare la direttiva 2012/29/UE, relativa alla tutela delle vittime di reato, che include i matrimoni forzati nell’ambito della violenza di genere²⁹. Nell’atto in parola, peraltro, si sottolinea il fatto che le “[...] donne vittime di violenze di genere [...] hanno [...] bisogno di un’assistenza e protezione speciali a motivo dell’elevato rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni connesso a tale violenza”³⁰.

Ancora, sul piano regionale, sempre in chiave meramente esemplificativa, senza poter approfondire il discorso nella presente trattazione, norme in tema di contrasto del matrimonio forzato si rinvencono nel Protocollo di Maputo alla Carta africana dei diritti dell’uomo e dei popoli, adottato nel 2003³¹, e nella Carta africana sui diritti e il benes-

²⁹ Cfr. Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*, del 25 ottobre 2012, GUUE L 315 del 14 novembre 2012. Preambolo, par. 17.

³⁰ *Ibid.*

³¹ L’art. 6, par. a) del Protocollo così recita: “*no marriage shall take place without the free and full consent of both parties*”. Il paragrafo successivo, al fine di contrastare il matrimonio forzato di minori, statuisce che “*the minimum age of marriage for women shall be 18 years*”. In generale, sul Protocollo di Maputo, cfr., tra gli altri, K.S.A. EBOKU, *A New Hope for African Women: Overview of Africa’s Protocol on Women’s Rights*, in *Nordic Journal of African Studies*, 2004, n. 13, pp. 264-274; C. OCRAN, *The Protocol to the African Charter on Human and People’s Rights on the Rights of Women in Africa*, in *African Journal of International and Comparative Law*, 2007, n. 15, pp. 147-152; L. A. OBIODA, C. WHALEN, *What is Right with Africa. The Promise of the Protocol on Women’s Rights in Africa*, in *The Transnational Human Rights Review*, 2015, n. 2, pp. 153-167. Sulla portata del citato art. 6 del Protocollo, v. il recente con-

sere del minore del 1990³². Lo strumento normativo internazionale da ultimo richiamato prevede specifici obblighi positivi, in chiave preventiva, in capo agli Stati contraenti. Questi ultimi sono tenuti ad introdurre nell'ordinamento interno l'obbligo di registrazione di tutti i matrimoni, nonché, in piena sintonia con il citato Protocollo di Maputo, a fissare l'età minima per contrarre matrimonio a 18 anni (art. 21, par. 2). Rispetto alla portata e al contenuto dei predetti obblighi gravanti

tributo di C. C. KAMGANG SIMEU, *La lutte contre les mariages forcés à l'aune du Protocole de Maputo*, in *Revue des droits de l'homme*, 2022, n. 22, pp. 1-19.

³² In generale, sulla Carta, entrata in vigore sul piano internazionale nel 1999, v., tra gli altri, H. GHERARI, *La Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant*, in *Études internationales*, 1991, n. 22, pp. 735-751; B. THOMPSON, *Africa's Charter on Children's Rights: A Normative Break with Cultural Traditionalism*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1992, vol. 41, pp. 432-444; K.C.J.M. ARTS, *The International Protection of Children's Rights in Africa: The 1990 OUA Charter on the Rights and Welfare of the Child*, in *African Journal of International and Comparative Law*, 1993, n. 5, pp. 139-162; A.D. OLINGA, *La Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant*, in *Revue trimestrielle de droit africain*, 1996, n.106(820), pp. 53-68; F. VIJJOEN, *Supra-national Human Rights Instruments for the Protection of Children in Africa: The Convention on the Rights of the Child and the African Charter on the Rights and Welfare of the Child*, in *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 1998, n. 31, pp. 199-212; A. LLOYD, *A Theoretical Analysis of the Reality of Children's Rights in Africa: An Introduction to the African Charter on the Rights and Welfare of the Child*, in *African Human Rights Law Journal*, 2002, n. 2 pp. 11-32; D. OLOWU, *Protecting Children's Rights in Africa. A Critique of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child*, in *International Journal of Children's Rights*, 2002, n. 10, pp. 127-136; D. M. CHRWA, *The Merits and Demerits of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child*, in *International Journal of Children's Rights*, 2003, n. 10, pp. 157-177; T. KAIME, *The Struggle for Context in Protection of Children's Rights Understanding the Core Concepts of the African Children's Charter*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 2008, n. 40, pp. 33-68; C. M. PETER, U. A. MWALIMU, *The African Charter on the Rights and Welfare of the Child*, in A. A. YUSUF, F. OUGUERGOUZ (eds.), *The African Union: Legal and Institutional Framework. A Manual on the Pan-African Organization*, Leiden, 2012, pp. 477-493; J. SLOTH-NIELSEN (ed.), *The African Children's Charter Ten Years On*, Farnham, Surrey, 2016; A. JOHNSON, J. SLOTH-NIELSEN, *Child Protection. Safeguarding and the Role of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child: Looking Back and Looking Ahead*, in *African Human Rights Law Journal*, 2020, n. 20, pp. 643-666; B. D. MEZMUR, *The African Children's Charter @30: A distinction without a Difference?*, in *The International Journal of Children's Rights*, 2020, n. 28, pp. 693-714.

sugli Stati, precisazioni importanti si rinvengono nel *Joint General Comment* del 2017, adottato dal Comitato africano di esperti sui diritti e il benessere del minore (organo internazionale di controllo della Carta del 1990)³³ e dalla Commissione africana dei diritti dell'uomo (organo internazionale di monitoraggio della nota Carta di Banjul del 1981)³⁴. Peraltro, nella prassi, in attuazione delle predette disposizioni pattizie regionali si segnalano interessanti sviluppi negli ordinamenti interni di alcuni Stati (sia sul piano normativo che giurisprudenziale); sviluppi che rilevano, in particolare, sul piano delle azioni di contrasto del fenomeno, specie se coinvolgente minori³⁵.

³³ Sull'attività del Comitato africano di esperti mi sia consentito rinviare a L. MANCA, *Il Comitato africano di esperti sui diritti e il benessere del minore. Profili giuridico-istituzionali e prassi applicative*, Napoli, 2020.

³⁴ Cfr. *The African Commission on Human and Peoples' Rights, The African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child, Joint General Comment on ending child marriage*, 2017.

³⁵ Nello Zimbabwe, ad esempio, è la stessa Costituzione del 2013 che sancisce il divieto dei matrimoni precoci e che dà rilievo al libero consenso dei nubendi. La sezione 26, lett. a) e b), prevede che lo Stato debba adottare le misure necessarie per garantire che “no marriage is entered into without the free and full consent of the intending spouse” e che “children are not pledged in marriage”. Ancora, la sezione 78, comma 1, prevede che “[e]very person who has attained the age of eighteen years has the right to found a family” e il comma successivo dispone, in modo lapidario, che “[n]o person may be compelled to enter into marriage against their will”. È interessante osservare che anche la Corte costituzionale dello Zimbabwe è intervenuta in materia con un'articolata decisione del 2015 (*Constitutional Court of Zimbabwe, Judgement No. CCZ 12/2015, Mudzuru and Ors v. Minister of Justice, Legal and Parliamentary Affairs*); decisione che merita di essere segnalata perché al suo interno sono presenti plurimi richiami alla normativa internazionale rilevante al riguardo, inclusa la stessa Carta africana sui diritti e il benessere del minore. In generale, su questa prassi interna, v. L. MWAMBENE, *Recent Legal Responses to Child Marriage in Southern Africa: The Case of Zimbabwe, South Africa and Malawi*, in *African Human Rights Law Journal*, 2018, n. 18, pp. 527-550. Per un commento alla citata sentenza della Corte costituzionale si rinvia a J. SLOTH-NIELSEN, *Child Marriage in Zimbabwe? The Constitutional Court Rules 'No'*, in *International Survey of Family Law*, 2016, pp. 537-553, nonché C. DZIWA, D. MAZAMBANI, *The Constitutional Court Ruling against Child Marriage in Zimbabwe: A Landmark Decision for Advancing the Rights of the Girl Child*, in *Eastern Africa Social Science Research Review*, 2017, n. 33, pp. 73-87.

3. *Matrimonio forzato e protezione internazionale. Le linee guida dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati e il fondamentale contributo del Comitato esecutivo*

La ricostruzione, sia pure sintetica, che precede ci ha consentito di individuare, almeno nei tratti essenziali, le principali coordinate normative di riferimento, sia a livello universale che regionale, in materia di prevenzione e lotta al matrimonio forzato. Giunti a questa fase dell'indagine, occorre soffermare l'attenzione sulla tutela delle vittime, in particolare, sulla possibilità di riconoscere alle stesse lo *status* di rifugiato o altre forme di protezione internazionale. Anche alla luce della richiamata prassi dei *treaty bodies* onusiani, appare del tutto evidente che il matrimonio forzato si configura come una violazione grave del principio di non discriminazione, nonché una forma di violenza basata sul genere. In questa prospettiva, le vittime, dunque, risultano bisognose di appositi regimi di tutela che possono implicare la necessità di garantire loro l'accesso, in termini generali, alla protezione internazionale³⁶.

Come è ampiamente noto, l'art. 1, lett. A, par. 2, della Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo *status* dei rifugiati individua le cinque cause a fondamento della persecuzione in virtù delle quali è possibile riconoscere tale *status* e il regime di tutela ad esso connesso³⁷. Tra

³⁶ La questione è stata oggetto di estesa analisi in dottrina. Cfr., tra gli altri, T. SPIJKERBOER, *Gender and Refugee Status*, London, 2000; D. E. ANKER, *Refugee Law, Gender, and the Human Rights Paradigm*, in *Harvard Human Rights Journal*, 2002, n. 15, pp. 133-154; R. HEINES Q.C., *Gender-related Persecution*, in E. FOLLER, V. TÜRK, F. NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultation on International Protection*, Cambridge, 2003, pp. 319-350; K. T. SEELINGER, *Forced Marriage and Asylum: Perceiving the Invisible Harm*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2010, n. 42, pp. 55-117; H. RASPAIL, *Le droit d'asile face aux mariages forcés*, in V. NDIOR (sous la direction de), *Les mariages forcés et le droit*, cit., pp. 195-207; A. R. FELL, *From Family, They Flee: Asylum for Victims of Forced Marriage*, in *Brooklyn Law Review*, n. 84, 2019, pp. 1027-1058; C. QUERTON, *Gender and the Boundaries of International Human Rights Law: Beyond the Category of 'Gender Related Asylum Claims'*, in *Netherlands Quarterly of Refugee Law*, n. 37, 2019, pp. 379-395; N. HONKALA, "An Unhappy Interlude": *Trivialisation and Privatisation of Forced Marriage in Asylum-Seeker Women's Cases in the UK*, cit.

³⁷ Sulla Convenzione è presente un'ampia bibliografia. Cfr., tra gli altri, N. ROBIN-

le cause elencate, come si sa, non è espressamente indicato il genere. Si tratta di una questione già esplorata in passato, come testimoniano i vari scritti³⁸, ma che continua ad attrarre l'attenzione in dottrina, tanto è vero che, pure di recente, alcuni autori hanno addirittura prospettato l'esigenza di adottare un apposito Protocollo addizionale alla Convenzione³⁹. Inserendoci in questo persistente dibattito, occorre fin da subito rammentare che, in realtà, nel cd. "gruppo sociale", causa di persecuzione espressamente menzionata dalla disposizione convenzionale in parola, sono incluse anche le vittime di persecuzione basate sul genere. Questa valutazione trae origine proprio da un'autorevole prassi interpretativa della predetta disposizione offertaci dallo stesso Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (d'ora in avanti UNHCR); una chiara indicazione ermeneutica che può certamente ritenersi ormai consolidata.

L'UNHCR, in effetti, nell'esercizio di una costante attività di *standard setting* in diversi ambiti tematici, pienamente in linea con il proprio mandato, da tempo ha elaborato a tale riguardo apposite linee guida; con esse sono state fornite utili e puntuali indicazioni in merito all'esatta individuazione di coloro che possono beneficiare dello *status* di rifugiato. In proposito, vengono in rilievo innanzitutto le linee guida del 2002 all'interno delle quali vi è un riferimento espresso, ancorché generico ai matrimoni forzati⁴⁰. Il par. 36, punto VIII, afferma, infatti,

SON, *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, New York, 1953; L. HENKIN, *Refugees and their Human Rights*, in *Fordham International Law Journal*, 1994-1995, n.18, pp. 1079-1081; M. R. SAULLE, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, Roma, 2002; P. BENVENUTI, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti dell'uomo. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, pp. 151-172; G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The refugee in International Law*, Oxford, 2007; J. C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2021.

³⁸ Cfr., tra gli altri, T. STEWART SCHENK, *A Proposal to Improve the Treatment of Women in Asylum Law: Adding a Gender Category to the International Definition of Refugee*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1994, n. 2, pp. 301-344, spec. p. 310.

³⁹ In questo senso, v. M. SHAPIRO, *Revitalizing and Reforming International Asylum Law: A Proposal to Add Gender to the Refugee Definition*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, 2022, n. 36(2), pp. 795-822.

⁴⁰ Cfr. UNHCR, *Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecu-*

che “Both ‘open-ended and specific questions which may help to reveal gender issues relevant to a refugee claim should be incorporated into all asylum interviews. Women who have been involved in indirect political activity or to whom political opinion has been attributed, for example, often do not provide relevant information in interviews due to the male-oriented nature of the questioning. Female claimants that are about ‘torture’ to the types of harm which they fear (such as rape, sexual abuse, female genital mutilation, ‘honour killings’, forced marriages, etc)”⁴¹.

L’orientamento di UNHCR sul tema è stato confermato anche nelle successive linee guida del 2012, che hanno sostituito quelle del 2008⁴². L’UNHCR afferma, infatti, che il matrimonio forzato rientra tra le varie forme di persecuzione⁴³. In termini analoghi, si è espresso anche nelle recenti linee guida del 2016 relative alle domande di riconoscimento dello *status* di rifugiato collegate a situazioni di conflitto armato⁴⁴. Ancor più in generale, la necessità di prevedere un approccio sensibile al genere nell’applicazione degli strumenti normativi internazionali in materia di rifugiati è stata evidenziata anche dal Comitato esecutivo di UNHCR. In questo senso si era espresso il predetto organo sussidiario, con funzioni consultive, istituito ai sensi dell’art. 4 dello Statuto di UNHCR, già nelle sue Conclusioni n. 95 del 2003⁴⁵. Successivamente, soffermandosi in modo più specifico sul punto, il Comitato, a chiare lettere, ha affermato che la persecuzione di genere rientra nel quadro dell’art. 1, lett. A, par. 2, della più volte menzionata Conven-

tion within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, del 7 maggio 2002, HCR/GIP/02/01.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, del 23 ottobre 2012, HCR/GIP/12/09.

⁴³ *Ibid.*, par. 23.

⁴⁴ Cfr. UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 12: Claims for refugee status related to situation of armed conflict and violence under Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or Protocol relating to the Status of Refugees and the regional refugee definition*, del 02 dicembre 2016, HCR/GIP/16/12, par. 26.

⁴⁵ Cfr. *The Executive Committee, Conclusion No. 95 (LIV)*, par. f). Il testo della Conclusione è riportato in UNHCR, *A Thematic Compilation of Executive Committee Conclusions*, 7th edition, June 2014, p. 575.

zione di Ginevra. A titolo meramente esemplificativo, nella sua Conclusione n. 105 del 2006, rubricata “*Women and Girls at Risk*”, il Comitato ha raccomandato agli Stati di “*ensure that refugee status determination procedures provide female asylum-seekers with effective access to gender-sensitive procedures and recognize that gender-related forms of persecution in the context of Article 1A (2) of the 1951 Convention [...] may constitute grounds for refugee status*”⁴⁶.

È appena il caso di rammentare che, sul piano giuridico, le linee guida di UNHCR, frutto di questo importante ruolo interpretativo svolto dall’organo, nonché le Conclusioni del Comitato esecutivo, si configurano come atti non vincolanti, inquadrabili nel cd. *soft law* internazionale⁴⁷; constatazione quest’ultima che, tuttavia, giova rimarcare, non ne limita la portata e il valore sul piano giuridico⁴⁸. Esse, infatti, costituiscono un ulteriore parametro normativo di riferimento nella materia considerata; parametro che gli Stati sono chiamati a prendere in considerazione a livello legislativo e nella prassi interna, inclusa quella giurisprudenziale⁴⁹. Peraltro, le Conclusioni del Comitato, rile-

⁴⁶ Cfr. *The Executive Committee, Conclusion No. 105 (LVII), Women and Girls at Risk*, par. n), iv. Per il testo si rinvia a UNHCR, *A Thematic Compilation of Executive Committee Conclusions*, cit., p. 565 ss.

⁴⁷ Sul *soft law* internazionale, in dottrina, v., tra gli altri, M.R. SAULLE, *Lezioni di diritto internazionale*, Napoli, 1998, p. 82; R. MONACO, C. CURTI GIALDINO, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, Torino, 2009, pp. 280-284; S. MARCHISIO, *Corso di diritto internazionale*, Torino, 2021, pp. 71-72. Oltre alla citata manualistica, cfr. anche V.D. THÜRER, *Soft Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009; F.A. CÁRDENAS CASTAÑEDA, *A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin*, in *Anuario Mexicano de derecho internacional*, 2013, n. 13, pp. 355-403.

⁴⁸ In generale, sulle Conclusioni del Comitato esecutivo e sul ruolo dell’UNHCR nell’affermazione e sviluppo del diritto internazionale dei rifugiati, cfr. J. SZTUCKI, *The Conclusions on the International Protection of Refugees Adopted by the Executive Committee of the UNHCR Programme*, in *International Journal of Refugee Law*, 1989, n. 1, pp. 285-318; A. CORKERY, *The Conclusion of the UNHCR Executive Committee to the Development of International Refugee Law*, in *Australian International Law Journal*, 2006, n. 13, pp. 97-127; G. GOODWIN-GILL, *The Office of the United Nations High Commissioner for Refugees and the Sources of International Refugee Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2020, n. 69, pp. 1-42.

⁴⁹ Sul piano generale, le linee guida sulla protezione internazionale, elaborate da UNHCR, continuano ad essere richiamate negli ordinamenti interni, soprattutto nella

vano anche sotto altro importante profilo. Tenuto conto del fatto che il predetto Comitato esecutivo è un organo sussidiario composto da Stati (non necessariamente parti della Convenzione di Ginevra del 1951)⁵⁰, gli atti emanati sono espressione della loro *opinio iuris* e, pertanto, possono senza dubbio contribuire allo sviluppo progressivo del diritto internazionale dei rifugiati⁵¹.

3.1. *L'orientamento del Comitato CEDAW e il pertinente quadro normativo regionale. In particolare, la Convenzione di Istanbul e il principio di non-refoulement*

Sul tema in esame, non meno significativo è l'orientamento consolidatosi, nel tempo, in seno al Comitato CEDAW⁵². Con la Raccomandazione generale n. 32, espressamente dedicata al “*gender-related dimensions of refugee status, asylum, nationality and statelessness of women*”⁵³, l'organo di controllo, dopo aver precisato in via preliminare che la violenza contro le donne “[...] *is one of the major forms of persecution experienced by women in the context of refugee status and asy-*

prassi giurisprudenziale, anche italiana (come si riferirà oltre). A ben vedere, è interessante osservare che i predetti atti si sono progressivamente affermati, come importanti strumenti interpretativi, anche nella prassi dei *treaty bodies* e nella giurisprudenza di alcune corti regionali competenti in materia di diritti umani. Su questo punto, per una trattazione più estesa, si rinvia a G. GOODWIN-GILL, *The Office of the United Nations High Commissioner for Refugees and the Sources of International Refugee Law*, cit., spec. p. 18 ss.

⁵⁰ Nel momento in cui si scrive (maggio 2023), il Comitato risulta composto da 108 membri e tra questi è inclusa l'Italia.

⁵¹ Più diffusamente, sul tema, v. G. GOODWIN-GILL, *The Office of the United Nations High Commissioner for Refugees and the Sources of International Refugee Law*, cit., p. 9.

⁵² In generale, per una lettura critica del ruolo del Comitato CEDAW nell'ambito specifico delle migrazioni, cfr. C. BRIDDICK, *Unprincipled and unrealised: CEDAW and Discrimination Experienced in the Context of Migration Control*, in *International Journal of Discrimination and the Law*, 2022, n. 22, pp. 224-243.

⁵³ *Committee on the Elimination of Discrimination against women, General Recommendation No. 32 on the gender-related dimensions of refugee status, asylum, nationality and statelessness of women*, del 14 novembre 2014, CEDAW/C/GC/32.

lum”⁵⁴ e che tale violenza si pone in contrasto con la Convenzione del 1979, ha affermato, citando espressamente il matrimonio forzato, che questa tipologia di persecuzione costituisce “*de jure e de facto*”⁵⁵ motivo legittimo per il riconoscimento della protezione internazionale. Pertanto, il Comitato CEDAW ha raccomandato agli Stati parti della citata Convenzione di adottare tutte le misure necessarie per rispettare il principio di *non-refoulement*, al fine di assicurare alle vittime di “*serious forms of discrimination, including gender-related forms of persecution*”⁵⁶, che “[...] *are not returned under any circumstances to any country in which their life would be at risk or where they might be subjected to serious forms of discrimination [...] or to torture or inhuman or degrading treatment or punishment*”⁵⁷.

Siffatto orientamento ha trovato conferma anche nella prassi di monitoraggio più recente basata sull’esame delle comunicazioni individuali di cui al Protocollo facoltativo del 1999⁵⁸. A tale riguardo, assume valore paradigmatico l’affare R.S.A.A. e altri contro la Danimarca⁵⁹. Nel caso di specie, il Comitato CEDAW è stato investito investito da una comunicazione con la quale l’autrice, anche a nome delle figlie, si doleva della violazione di plurime norme della Convenzione del 1979, a seguito dell’adozione di un provvedimento di espulsione nei loro confronti, conseguente al diniego della domanda di asilo. Ad avviso dell’autrice della comunicazione, l’esecuzione dell’espulsione avrebbe comportato il rischio di essere sottoposte nel Paese di invio (Giordania) a violenza di genere, in particolare, alla pratica del matrimonio forzato.

⁵⁴ *Ibid.*, par. 15.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*, par. 37.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ In generale, sulla portata delle decisioni del Comitato in relazione all’esame delle comunicazioni individuali, cfr. M. CAMPBELL, *Women’s Rights and the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women: Unlocking the Potential of the Optional Protocol*, in *Nordic Journal of Human Rights*, 2016, n. 34, pp. 247-271.

⁵⁹ Comitato CEDAW, *Views adopted by the Committee under article 7 (3) of the Optional Protocol, concerning communication No. 86/2015*, del 10 settembre 2019, CEDAW/C/73/D/86/2015.

Nel merito, l'organo di controllo è pervenuto ad una declaratoria di fondatezza della doglianza, accertando conclusivamente la violazione da parte della Danimarca dell'obbligo "[...] *to give sufficient consideration to the real, personal and foreseeable risk of serious forms of gender-based violence [...]*"⁶⁰. A questo proposito, si è precisato che spetta allo Stato contraente procedere ad un "*individual assessment*" del predetto rischio, anche avvalendosi delle varie fonti di informazione disponibili in merito alla reale situazione dei diritti umani nel Paese di origine, piuttosto che fare affidamento "[...] *exclusively on a number of inconsistent statements and the inferred non-credibility of the author*"⁶¹. Pertanto, alla luce di tali risultanze, correttamente, il Comitato oltre a raccomandare la riapertura del dossier relativo alla richiesta di asilo presentata dall'autrice della comunicazione e dalle sue due figlie, ha invitato lo Stato convenuto ad astenersi "[...] *from forcibly returning them*" in Giordania dove ci sarebbe stato il rischio di essere sottoposte a "[...] *severe forms of gender-based violence*"⁶². L'epilogo della procedura era scontato.

La posizione dell'organo è ampiamente condivisibile, né, conviene aggiungere, potrebbe essere altrimenti, vista anche la preminente esigenza di apprestare adeguate garanzie procedurali. Non v'è dubbio, infatti, che quando si invocano motivazioni di questa natura occorre sempre valutare con molta cautela le domande di asilo; le autorità interne competenti hanno, infatti, il delicato onere di sottoporre a stretto scrutinio le istanze, procedendo *inter alia* ad una attenta valutazione della situazione personale dell'interessato/i e, soprattutto, dei potenziali rischi che potrebbero derivare dal loro mancato accoglimento.

Sempre con riferimento al caso in commento, di particolare interesse, ai fini della nostra indagine, sono poi le altre raccomandazioni di portata generale. In linea di continuità con la citata Raccomandazione n. 35, l'organo di controllo non ha perso l'occasione per sollecitare lo Stato ad assicurare che le vittime "[...] *of gender-based persecution who are in need of protection, regardless of their status or residence, are not returned under any circumstance to any country in which their life*

⁶⁰ *Ibid.*, par. 8.9.

⁶¹ *Ibid.*, par. 8.5.

⁶² *Ibid.*, par. 10, lett. a), punto ii).

*would be a risk or where they might be subjected to gender based violence or torture or ill-treatment*⁶³. Si tratta di una posizione molto netta, tesa, come risulta evidente, a sottolineare talune tipologie di obblighi internazionali e segnatamente obblighi negativi di astensione dal tenere determinate condotte, al fine di garantire effettiva sicurezza e protezione alle vittime. Altre raccomandazioni dell'organo di esperti indipendenti si inseriscono nel quadro delle strategie di azione generale, pur sempre riconducibili alle medesime finalità, e hanno ad oggetto il rispetto di obblighi positivi anche di carattere legislativo. Lo Stato, infatti, è tenuto a garantire “[...] *when interpreting all legally recognized grounds for asylum, the classification of claims for asylum on the basis of gender under the grounds of membership of a particular social group, where necessary, and consider adding sex and/or gender and other status to the list of grounds for refugee status in national asylum legislation*”⁶⁴.

Nel medesimo ordine di idee si muove la normativa regionale adottata in seno all'Unione europea. A tale riguardo, basta ricordare che la stessa Direttiva cd. qualifiche del 2011⁶⁵ all'art. 10, rubricato “Motivi

⁶³ *Ibid.*, par. 10, lett. b), punto i).

⁶⁴ *Ibid.*, par. 10, lett. b), punto v).

⁶⁵ Cfr. Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *recante norme sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario della protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione)*, del 13 dicembre 2011, in GUUE L 337 del 20 dicembre 2011. In generale, per un commento sulla direttiva, cfr., tra gli altri, G. MORGESE, *La Direttiva 2011/95/UE sull'attribuzione e il contenuto della protezione internazionale*, in *La Comunità internazionale*, 2012, pp. 255-275; F. ZORZI GIUSTINIANI, *Direttiva 2011/95: verso una disciplina veramente uniforme di protezione internazionale?*, in *Gli Stranieri*, 2012, pp. 73-88. Sul tema, appare utile evidenziare che nell'ambito delle recenti iniziative di revisione del sistema comune europeo in materia di asilo (vedi la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio dal titolo “*riformare il sistema comune europeo di asilo e potenziare le vie di accesso legali in Europa*”, COM (2016) 197 def.), nel 2016, la Commissione europea ha presentato una proposta di regolamento qualifiche che dovrebbe sostituire la citata Direttiva del 2011 (Cfr. COM (2016) 466 def. del 13 luglio 2016). Proposta tuttora in discussione e che è stata oggetto fin da subito di non pochi rilievi critici in dottrina (v. tra gli altri, G. CAGGIANO, *Prime riflessioni sulle proposte di riforma del sistema europeo comune d'asilo in materia di qualifiche, procedura e accoglienza*, in *SIDiblog*, 3 ottobre 2016,

di persecuzione” statuisce, a chiare lettere, che “[a]i fini dell’appartenenza a un determinato gruppo sociale o dell’individuazione delle caratteristiche proprie di tale gruppo, si tiene in debito conto delle considerazioni di genere, compresa l’identità di genere”. Analoghi ed espressi richiami al genere sono contenuti nella successiva Direttiva cd. procedure, adottata nel 2013⁶⁶. Già all’interno delle disposizioni preambolari si fa riferimento all’esigenza di prevedere, per motivi collegati *inter alia* al genere o in conseguenza di torture o altre forme di violenza fisica o sessuale, garanzie procedurali particolari a favore dei richiedenti protezione internazionale, prima che sia adottata una decisione in merito all’istanza presentata. Indicazioni più specifiche in proposito sono poi state incluse nell’art. 24 della citata direttiva.

Nell’ambito di questa prospettiva, tendente sempre ad assicurare la più ampia tutela nei confronti delle vittime, a completamento delle considerazioni che precedono, occorre tenere conto del fatto che il riconoscimento della violenza contro le donne basata sul genere come forma di persecuzione, ai sensi del citato art. 1, lett A, par. 2, della Convenzione di Ginevra del 1951, e come forma di pregiudizio grave,

nonché il contributo di F. PERRINI, *Dalla Direttiva 2011/95/UE alla proposta di Regolamento qualifiche: quale futuro per la protezione internazionale nell’ordinamento dell’UE?*, in *Freedom, Security and Justice, European Legal Studies*, 2017, n. 3, pp. 56-70. Orbene, di particolare interesse ai fini della presente trattazione, riveste il progetto di risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla predetta proposta di regolamento. Il Parlamento, infatti, ha presentato un emendamento relativo al contenuto dell’art. 9, par. 2, lett. f) della citata proposta; emendamento con il quale si inserisce espressamente il matrimonio forzato tra gli atti di persecuzione, accanto, *inter alia*, alle mutilazioni genitali femminili e alla violenza domestica (emendamento 83). Cfr. *European Parliament, Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection and for the content of the protection granted and amending Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents. Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs*, Rapporteur Tanja Fajon, A8-0245/2017, 28 giugno 2017.

⁶⁶ Cfr. Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, “recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione)”, del 16 giugno 2013, GUUE L 180/60 del 29 giugno 2013.

quale presupposto per l'applicazione di altre tipologie di protezione, è prevista dalla più volte menzionata Convenzione di Istanbul del 2011 (artt. 60 e 61)⁶⁷.

L'art. 60, par. 1, dell'atto in parola introduce specifici obblighi positivi di carattere legislativo in capo agli Stati contraenti.

Va osservato fin d'ora che la predetta disposizione convenzionale esclude qualsiasi forma di automatismo nell'accesso alla protezione internazionale regolata dalla pertinente normativa in vigore. Sul punto, appare utile richiamare il Rapporto esplicativo della Convenzione nella parte in cui si chiarisce e si precisa che non tutti gli atti di violenza di genere debbano essere “*automatically*” considerati come pregiudizio grave⁶⁸. Piuttosto, la disposizione in parola è da interpretare nel senso che la protezione internazionale potrà essere accordata anche a coloro che pur non avendo i requisiti necessari ai fini dell'eleggibilità come “rifugiati convenzionali” non possono essere rinviati nel loro Paese di origine in quanto vi è il rischio di essere esposti a violenza di genere⁶⁹; violenza che costituisce un trattamento inumano o degradante ovvero che potrebbe minacciare gravemente la vita della persona⁷⁰.

In merito al regime di protezione internazionale applicabile, sempre il predetto Rapporto esplicativo prevede un rinvio espresso *inter alia* alla già menzionata Direttiva qualifiche dell'Unione europea⁷¹. Pertanto, appare ragionevole concludere, in base al tenore letterale dell'art. 60, par. 1, che alle vittime di violenza di genere, a causa di matrimonio forzato, potrebbe essere riconosciuta anche la protezione sussidiaria⁷².

⁶⁷ Sul quadro normativo in esame, cfr., in particolare, L. HOOPER, *Gender-based Claims and Non-refoulement: Articles 60 and 61 of the Istanbul Convention*, Council of Europe, 2019.

⁶⁸ Council of Europe, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, par. 311.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Il rapporto prevede che “*the right to international protection is not limited to protection under 1951 Convention, but can also be derived from other well established international and regional standards such as the ECHR or the European Unione Qualification Directive [...]*”. *Ibid.*, par. 311.

⁷² Sul punto, pur apprezzando l'impianto di tutela apprestato dalla norma in

In regime di continuità con la normativa internazionale richiamata finora e con la rilevante prassi interpretativa dei *treaty bodies* onusiani in materia di diritti umani, nonché di altri organi internazionali, le parti contraenti della Convenzione di Istanbul, ai sensi dell'art. 60, par. 2, sono inoltre tenute a garantire l'applicazione "di un'interpretazione sensibile al genere" a ciascuno dei motivi della predetta Convenzione di Ginevra del 1951. Sul punto, ancora una volta, nel citato Rapporto esplicativo, si premura di precisare che occorre fare riferimento alle citate linee guida elaborate da UNHCR, di cui si è dato conto nelle pagine precedenti⁷³, nonché alle pertinenti risoluzioni e raccomandazioni adottate in seno all'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa⁷⁴.

Il successivo art. 61, impone alle parti il rispetto del principio di *non-refoulement*. In proposito, la Convenzione ribadisce un obbligo internazionale già esistente, valorizzandone espressamente l'ambito soggettivo di applicazione anche in relazione alle vittime di violenza di genere. Il divieto di respingimento, anche se appare superfluo evidenziarlo, è un principio cardine nel diritto internazionale dei diritti dei rifugiati⁷⁵; peraltro, si ritiene, anche alla luce della rilevante prassi in-

commento, non si può sottacere che, *prima facie*, nella pratica, l'estendibilità della protezione sussidiaria non parrebbe essere esente da difficoltà interpretative. In termini generali, si potrebbe affermare che quest'ultimo regime di protezione dovrebbe trovare applicazione una volta accertata l'assenza di atti di persecuzione diretta.

Sulla protezione sussidiaria, cfr., tra gli altri, H. BAATTJES, *Subsidiary Protection and other Alternative Forms of Protection*, in V. CHETAIL (ed.), *Research Handbook on International Law and Migration*, Cheltenham, Northampton, 2014, pp. 541-561; R. GIUFFRIDA, *Subsidiary Protection in International and European Law*, in P. ACCONCI, D. DONAT CATTIN, A. MARCHESI (eds.), *International Law and the Protection of Humanity: Essays in Honor of Flavia Lattanzi*, Leiden, Boston, 2017, pp. 107-130.

⁷³ Council of Europe, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, cit., par. 317.

⁷⁴ Cfr. Assemblea parlamentare, risoluzione 1765 (2010) e raccomandazione 1940 (2010), entrambe rubricate *Gender-related claims for Asylum*.

⁷⁵ La letteratura sul principio di *non-refoulement* è molto ampia. Cfr., tra gli altri, G. GOODWIN-GILL, *Non-refoulement and the New Asylum Seekers*, in *Virginia Journal of International Law*, 1985-1986, n. 26, pp. 897-918; J. ALLAN, *The jus cogens Nature of Non-Refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 2001, n. 13(4), pp. 533-558; E. D'ANGELO, *Non-Refoulement: The Search for a Consistent Interpretation of Ar-*

terpretativa di taluni organi internazionali di monitoraggio in materia di diritti umani, che esso abbia acquisito natura consuetudinaria (finanche fondato, almeno secondo una parte della dottrina, su una norma di *jus cogens*)⁷⁶. Da questa solida base giuridica, rinvenibile nel diritto internazionale generale, all'evidenza, discendono notevoli implicazioni; come è intuibile, ne risulterebbero, infatti, obbligati al suo rispetto tutti gli Stati, a prescindere dall'avvenuta ratifica o adesione ai vari strumenti normativi di natura pattizia in cui detto principio risulta espressamente contemplato, sia pure, giova precisare, con formulazioni differenziate.

Nella prassi applicativa, concernente il sistema di garanzia della Convenzione di Istanbul, il Comitato delle parti – che, come noto, è uno degli organi coinvolti nelle procedure di controllo – in diverse e anche recenti occasioni non ha mancato di formulare specifiche raccomandazioni, adottate sulla base del rapporto e delle conclusioni redatte dal GREVIO (formato da esperti indipendenti)⁷⁷, nei confronti degli Stati; atti con i quali questi ultimi sono stati invitati *inter alia* non solo a prevedere un approccio sensibile al genere nell'esame delle domande di asilo pervenute⁷⁸ ma, in linea con quanto previsto dal citato art. 61, a rispettare anche il predetto principio di *non-refoulement*,

title 33, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2009, n. 42, pp. 279-315; G. FICORILLI, *Il principio di non-refoulement*, Roma, 2012; A. LATINO, *The Principle of Non-refoulement between International Law and European Union Law*, in P. ACCONCI, D. DONAT CATTIN, A. MARCHESI (eds.), *International Law and the Protection of Humanity: Essays in Honor of Flavia Lattanzi*, cit., pp. 131-151; J.P. GRAF, S. KATSONI, *The Evolution of Non-Refoulement: From Negative to Positive Obligations*, in *Journal of International Law of Peace and Armed Conflict*, 2021, n. 4, pp. 148-160, C. F. MORAN, *Strengthening the Principle of Non-Refoulement*, in *International Journal of Human Rights*, 2021, n. 25, pp. 1032-1052.

⁷⁶ In questo senso, cfr., ad esempio, J. ALLAN, *The jus cogens Nature of Non-Refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, cit.; nonché M.R. SAULLE, *Lezioni di Organizzazione internazionale. Vol. II, Le organizzazioni internazionali e i diritti umani*, Napoli, 2003, p. 40.

⁷⁷ Cfr. art. 66 della Convenzione di Istanbul.

⁷⁸ Cfr. *Committee of the Parties, Recommendation on the Implementation of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence by Spain*, IC-CP/Inf(2020)10, 15 December 2020, par. 14.

proprio con espreso riferimento alla tutela delle vittime di violenza contro le donne⁷⁹.

4. *Riflessioni conclusive in merito all'ordinamento giuridico italiano alla luce dei recenti sviluppi giurisprudenziali della Corte di Cassazione*

Delineato così il quadro normativo internazionale ed europeo, il discorso va ora completato con brevi riferimenti alla situazione italiana. In proposito, va osservato fin da subito che nell'ordinamento interno sono presenti apposite misure di contrasto al matrimonio forzato e di protezione delle vittime.

Rispetto al primo profilo, analogamente a quanto già previsto in altri Paesi dello spazio europeo, come ad esempio la Francia, la Germania e il Regno Unito⁸⁰, sia pure tardivamente, e non si può fare a meno di notarlo, anche il legislatore italiano, con legge 19 luglio 2019, n. 69, ha finalmente introdotto nel codice penale il reato di costrizione o induzione al matrimonio (art. 558-*bis*)⁸¹. Si tratta di un intervento legisla-

⁷⁹ Cfr. *Committee of the Parties, Recommendation on the Implementation of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence by Malta*, IC-CP/Inf(2020)9, 15 December 2020, par. 13. In senso analogo, le raccomandazioni nei confronti dell'Italia (*Recommendation on the Implementation of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence by Italy*, IC-CP/Inf(2020)2, 30 January 2020, par. 15), della Slovenia (*Recommendation on the Implementation of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence by Slovenia*, IC-CP/Inf(2021)10, 7 December 2021, par. 13) e della Polonia (*Recommendation on the Implementation of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence by Poland*, IC-CP/Inf(2021)8, 7 December 2021, par. 18).

⁸⁰ Cfr. *European Union Agency for Fundamental Rights, Addressing forced marriage in the EU: legal provisions and promising practices*, Vienna, 2014, p. 51.

⁸¹ Sull'art. 558-*bis* del codice penale, cfr. M. CERATO, *Matrimoni forzati, matrimoni precoci e libertà matrimoniale del minore. Nota sul nuovo art. 558-bis c.p.*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 2018, n. 129, pp. 623-636; G. DE CRISTOFARO, *La disciplina privatistica delle invalidità matrimoniali e il delitto di "costrizione o induzione al matrimonio" previsto dall'art. 558-bis c.p.*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2019, n. 42(6), pp. 1315-1364; I. V. MOTTA, *Il rapporto tra i reati di cui agli artt. 558-bis e 600 c.p. e l'irrelevanza del movente culturale nel delitto di riduzione in schiavitù*, in *Cassazione penale*, 2022, n.

tivo particolarmente atteso e non più procrastinabile, anche in attuazione di specifici obblighi internazionali di cui si è dato conto nei paragrafi precedenti; intervento, che va a colmare una lacuna normativa concernente l'assenza di apposite disposizioni in merito alla criminalizzazione della fattispecie in commento. Il citato art. 558-*bis* statuisce, in modo lapidario, che “chiunque con violenza o minaccia, costringa una persona a contrarre matrimonio o unione civile è punito con la reclusione [...]”.

Quanto al secondo profilo, concernente la tutela delle vittime⁸², limitandoci agli aspetti strettamente correlati alla presente trattazione, in via del tutto esemplificativa, va detto che l'art. 8 del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, come emendato dal decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 18, precisa che nella nozione di “gruppo sociale”, quale motivo di persecuzione ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato, si debba tenere in “debito conto delle considerazioni di genere [...]”. A sua volta, l'art. 14, come è ampiamente noto, stabilisce che “ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria, sono considerati danni gravi a) la condanna a morte o l'esecuzione della pena di morte; b) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo Paese di origine; c) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale”.

62, pp. 204-209; A. SBARRO, *Il delitto di “costrizione o induzione al matrimonio” ex art. 558-bis c.p.: alcune riflessioni critiche*, in *La legislazione penale*, 2022, pp. 198-235.

⁸² Si segnala che, recentemente, il Parlamento con legge 5 maggio 2023, n. 50 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 10 marzo 2023, n. 20 recante disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e prevenzione e contrasto dell'immigrazione irregolare), ha convertito il predetto decreto-legge apportando significative novità che, almeno in parte, hanno riguardato anche la fattispecie del matrimonio forzato (la legge di conversione è pubblicata in *Gazzetta ufficiale* n. 104 del 05-05-2023). In particolare, è stato modificato l'art. 18-*bis* del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), prevedendo la possibilità di rilasciare un permesso di soggiorno a favore delle vittime di violenza o abuso collegate al reato di cui al citato art. 558-*bis* del codice penale.

Interessanti spunti interpretativi delle predette disposizioni, anche in relazione al loro ambito di applicazione nella materia considerata, sono emersi proprio dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione⁸³. Seguirà, dunque, una breve rassegna sulla posizione della Suprema Corte nella definizione del regime di protezione internazionale applicabile alle vittime.

A tale riguardo, in termini generali, i giudici di legittimità innanzitutto hanno ripetutamente precisato, in modo esplicito, che la violenza di genere non è ascrivibile alla categoria del cd. “fatto meramente privato”⁸⁴; in alcune pronunce, avendo accertato la sussistenza del fondamentale criterio della persecuzione individuale, si è poi affermato che tale violenza costituisce una causa legittimante per il riconoscimento dello *status* di rifugiato. In questo senso si è espressa la Corte nella ben nota sentenza n. 28152 del 2017⁸⁵. Senza entrare in eccessivi dettagli, nel caso di specie, gli Ermellini hanno cassato la decisione della Corte di Appello di Bologna, riconoscendo lo *status* di rifugiato a una donna, di nazionalità nigeriana, che si era rifiutata, dopo la morte del marito, di sposare il cognato, come previsto dalle “[...] pratiche tradizionali funebri imposte alle vedove [...]” nel Paese di origine⁸⁶. La pronuncia ha un chiaro significato e, senza dubbio, costituisce un precedente molto importante a tutela delle vittime.

Un secondo filone giurisprudenziale, sempre avente ad oggetto, nello specifico, la pratica del matrimonio forzato, inserisce la predetta

⁸³ In generale, sulla giurisprudenza della Corte, cfr., tra gli altri, F. PERSANO, *La protezione internazionale nella più recente giurisprudenza di legittimità*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2021, n. 5, pp. 1472-1501. Con specifico riferimento al tema della discriminazione di genere nel quadro della protezione internazionale, per un inquadramento sulla prassi delle Commissioni territoriali e della magistratura di merito, cfr. E. RIGO, *La protezione internazionale alla prova del genere: elementi di analisi e problematiche aperte*, in *Questione giustizia*, 2018, pp. 117-128.

⁸⁴ Cfr., *ex plurimis*, Corte di Cassazione, ordinanza del 10 settembre 2020, n. 18803.

⁸⁵ Cfr. Corte di Cassazione, sentenza del 24 novembre 2017, n. 28152. Analogamente, cfr. ordinanza del 10 settembre 2020.

⁸⁶ In un passaggio significativo della sentenza, al fine di supportare la conclusione cui si perviene, la Corte precisa: “[n]on c’è dubbio [...] che [...] la ricorrente sia stata vittima di una persecuzione personale e diretta per l’appartenenza a un gruppo sociale (ovvero in quanto donna) [...]”.

fattispecie tra le motivazioni che danno luogo anche al riconoscimento della protezione sussidiaria. Così nell'ordinanza 18 novembre 2013, n. 25873. Ad avviso dei giudici di legittimità “la costrizione di una donna al matrimonio forzato costituisce grave violazione della sua dignità”; violazione configurabile come “trattamento degradante” ai sensi del citato art. 14, lett. b), del decreto legislativo n. 251 del 2007. Anche ad una prima lettura del breve passaggio della decisione in commento, emerge con tutta evidenza la volontà dei giudici di ribadire il carattere fortemente discriminatorio di tale pratica e il grave pregiudizio arrecato alla vittima. Punto cruciale, ma non unico, di questo orientamento è la qualificazione del pregiudizio subito come trattamento degradante. In proposito, è innegabile che dal matrimonio forzato discendano gravi conseguenze. In particolare, tale pratica, oltre che generare sentimenti di umiliazione, dà luogo, come indicato dalla stessa Corte, alla violazione della dignità, nonché dell'integrità fisica della persona interessata⁸⁷. A ben vedere, si tratta di elementi che, come è ben noto, co-

⁸⁷ Utili indicazioni in merito alle conseguenze del matrimonio forzato si rinvencono nelle recentissime Conclusioni dell'avvocato generale Jean Richard De La Tour, depositate in data 20 aprile 2023, nell'ambito di una questione pregiudiziale sottoposta alla Corte di giustizia dell'Unione europea dal Tribunale amministrativo di Sofia – Bulgaria – vertente su talune disposizioni della citata Direttiva 2011/95/UE. Ad avviso dell'avvocato generale, “[...] nulla impedisce a un'autorità nazionale competente di considerare una bambina, un'adolescente oppure una donna come appartenente a un determinato gruppo sociale per il motivo che sarebbe esposta, in caso di ritorno nel proprio paese di origine, a un rischio di matrimonio forzato, *essendo tale atto accompagnato da abuso emotivo e fisico che dà luogo a 'odiose violazioni dei diritti fondamentali delle persone, soprattutto delle donne' [...], tanto più che i matrimoni forzati comportano, in particolare, stupri e altre forme di violenze sessuali*”, par. 77. Il corsivo è nostro. Le predette Conclusioni rilevano poi sotto altro specifico profilo e segnatamente ai fini dell'interpretazione delle condizioni per il riconoscimento dello *status* di protezione sussidiaria, di cui all'art. 2, lettera f), e l'articolo 15 della Direttiva 2011/95. In proposito, si è affermato che “[...] nel caso in cui l'autorità nazionale competente accerti, a seguito di una valutazione globale delle circostanze specifiche del caso di specie, che, in caso di ritorno nel suo paese di origine una cittadina rischia non solo di essere giustiziata in nome dell'onore della sua famiglia o della sua comunità, *ma anche di essere vittima di tortura o di altra forma di pena o trattamento inumano o degradante derivante da atti di violenza domestica o da qualsiasi altro atto di violenza di genere, della autorità è tenuta a qualificare tali atti come 'danni gravi'*”, par. 119, punto 4. A tale riguardo, si è precisato, inoltre, che nella valutazione della fondatezza del rischio in parola,

stituiscono, in parte, i principali caratteri connotativi della nozione di trattamento inumano e degradante, alla luce della consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani relativa all'art. 3 della CEDU⁸⁸. A tutto ciò si aggiunga che quest'ultima, anche recentemente, ha ribadito che “[...] *discriminatory treatment as such can in principle amount to degrading treatment within the meaning of Article 3 where it attains a level of severity such as to constitute an affront to human dignity*”⁸⁹.

Nel passaggio successivo, che certamente non può essere trascurato nell'illustrazione delle (sintetiche) argomentazioni sviluppate dalla Corte di Cassazione nell'ordinanza in commento, si precisa che “[l]a minaccia di grave danno giustificante tale protezione [...] non è necessario che provenga dallo Stato, ben potendo provenire anche – tra gli

l'autorità nazionale “[...] è tenuta ad accertare se lo Stato o i partiti o le organizzazioni che controllano quest'ultimo offrano protezione contro tale danno grave” in conformità ai requisiti stabiliti dall'art. 7 della citata Direttiva. Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale J. R. DE LA TOUR, presentate il 20 aprile 2023, causa C-621/21. ECLI:EU:C:2023:314.

Ulteriori ed interessanti elementi, sempre con riferimento alle conseguenze derivanti dal matrimonio forzato sulla vittima, soprattutto in relazione alla violazione della sua dignità, si rinvencono nella recente e già citata sentenza della Corte penale internazionale sul caso *Prosecutor v. Ongwen*. La Corte afferma, infatti, che “[...] *the harm suffered from forced marriage can consist of being ostracised from the community, mental trauma, the serious attack on the victim's dignity, and the deprivation of the victim's fundamental rights to choose his or her spouse*”. Pertanto, nel caso di specie, come si è già osservato in apertura, la Corte non ha esitato a configurare il matrimonio forzato come un trattamento inumano. Cfr. *International Criminal Court, Trial Chamber IX, Judgment of 6 May 2021, Prosecutor v. Dominic Ongwen*, cit., par. 290. Il corsivo è nostro.

⁸⁸ In generale, su questa giurisprudenza della Corte di Strasburgo, cfr., tra gli altri, A. ESPOSITO, *Art. 3, Proibizione della tortura*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pp. 49-76; P. PUSTORINO, *Art. 3*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, pp. 63-88; D. BEDFORD, *Key Cases on Human Dignity under Article 3 of the ECHR*, in *European Human Rights Law Review*, 2019, n. 2, pp. 172-184.

⁸⁹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 12 maggio 2015, ricorso n. 73235/12, *Identoba e altri c. Georgia*, par. 65.

altri – da “soggetti non statuali” [inclusi i familiari] se le autorità statali o le organizzazioni che controllano lo Stato o una parte consistente del suo territorio “non possono o non vogliono fornire protezione adeguata” ai sensi dell’art. 6, comma 2, del decreto legislativo in parola.

Siffatto orientamento, teso a far emergere la rilevanza da attribuire alla protezione sussidiaria, in assenza di atti di persecuzione, non è rimasto isolato. Esso, infatti, nei suoi termini essenziali, è stato confermato dalla giurisprudenza di legittimità successiva⁹⁰, inclusa quella più recente⁹¹, sia pure talvolta con motivazioni troppo concise se non formulate in modo apodittico. A tale riguardo, in alcuni passaggi della parte motiva un’attenzione maggiore sarebbe stata apprezzata e, conviene farlo notare, risulta auspicabile nel futuro.

Certo, nella prassi, non mancano decisioni un po’ più argomentate, anche con richiami diretti alla normativa internazionale ed europea⁹², nonché alle citate linee guida di UNHCR⁹³. Peraltro, giova precisare, che l’omessa valutazione del pertinente quadro normativo da parte dei giudici di merito è stata oggetto di specifica censura, tanto è vero che la Corte oltre a cassare il provvedimento impugnato, ha disposto il rinvio del procedimento al Tribunale, nel caso specie quello di Perugia, per un riesame dei fatti, proprio in applicazione dei principi di diritto individuati. In proposito, appare senza dubbio significativo un passag-

⁹⁰ Cfr. Corte di Cassazione, ordinanza del 6 ottobre 2020, n. 21437. Ad avviso della Corte di Cassazione, “[...] il giudice di merito non ha esaminato la circostanza che costringere una donna al matrimonio forzato vuol dire calpestarne la dignità e sottoporla ad un trattamento degradante”. Pertanto, “[...] ove vi sia un fondato timore in ordine a tale profilo, è configurabile la fattispecie di cui all’art. 14, lett. b) [del decreto legislativo 251 del 2007] che dà diritto alla protezione sussidiaria” (par. 5).

⁹¹ Cfr. Corte di Cassazione, ordinanza dell’11 gennaio 2023, n. 606.

⁹² Cfr. Corte di Cassazione, ordinanza del 20 aprile 2022, n. 12647. Più in dettaglio, a titolo meramente esemplificativo, nella pronuncia in parola si richiamano la Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status dei rifugiati e relativo Protocollo addizionale, la Dichiarazione (*recte*: Convenzione) sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne del 1979, la Convenzione di Istanbul del 2011, nonché la Direttiva “qualifiche” del 2011.

⁹³ Corte di Cassazione, n. 12647, cit. Questo rinvio da parte dei giudici alla prassi interpretativa di UNHCR conferma, ancora una volta, l’incidenza delle linee guida negli ordinamenti interni degli Stati. Profilo di cui si è già dato conto nelle pagine precedenti.

gio dell'ordinanza, che vale la pena citare testualmente, nella parte in cui, in modo esplicito, si afferma quanto segue: “[i] gravi e inemendabili vizi da cui risulta affetta, in parte qua, la motivazione della sentenza impugnata sono rappresentati dall’aver il Tribunale totalmente ignorato, in subiecta materia, tanto un articolato disposto normativo, quanto i principi costantemente affermati da questo giudice di legittimità, alla luce dei quali il matrimonio imposto (cui nella specie si aggiungevano atti di violenza, fisica e psichica) costituisce motivo indiscutibile di riconoscimento di protezione internazionale (potendosi al più discutere della forma di protezione maggiore da riservare alla richiedente asilo)”⁹⁴.

Come ben si comprende, non v'è dubbio che l'attenzione riservata alle norme internazionali ed europee in materia sia da salutare con favore. A questo riguardo, peraltro, ci sembra interessante osservare che la più volte citata Convenzione di Istanbul viene frequentemente richiamata nelle varie decisioni. Richiamo perfettamente fisiologico, si potrebbe aggiungere, considerato che anche la Corte di Cassazione è tenuta all'osservanza delle norme ivi contenute. Per altro verso, questi continui ed espressi riferimenti allo strumento pattizio in parola, sono indicativi della circostanza che la Convenzione è diventata per i giudici il principale (ma non può certamente essere l'unico e giova precisarlo) parametro normativo nella materia considerata.

A completamento delle considerazioni che precedono, ulteriore profilo meritevole di interesse, per lo più sul piano processuale, riguarda il fatto che nelle varie pronunce, proprio con riferimento ai procedimenti in tema di protezione internazionale, si è sovente ribadita la necessità di prestare particolare cura alle informazioni relative al Paese di origine (cd. COI – *Country of Origin Information*)⁹⁵. Informa-

⁹⁴ Corte di Cassazione, n. 12647, cit., par. 3.1. Avvertendo l'esigenza di apprestare una forma di tutela alle vittime, la parte finale dell'inciso, si prenda nota, appare pregnante. Esso riflette a tutto tondo l'impostazione prescelta dalla Corte di Cassazione nella qualificazione della fattispecie del matrimonio forzato ai fini del riconoscimento della protezione internazionale.

⁹⁵ In questi termini, *ex plurimis*, sentenza n. 28152 del 2017, ordinanza n. 606 del 2023. In generale, sull'importanza delle COI, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte di Strasburgo, cfr., tra gli altri, E. Busetto, A. Fiorini, E. Pieroni, S. Zarzella, *Le informazioni sui Paesi di origine*

zioni, come precisato dalla giurisprudenza della Suprema Corte, che devono rispondere a determinati caratteri e segnatamente devono essere pertinenti, debitamente aggiornate al momento in cui si dovrà emettere la decisione e rese disponibili da enti competenti⁹⁶. Nel caso di specie, ad esempio, i giudici hanno escluso che il sito ministeriale “Viaggiare sicuri” potesse essere considerato come tale, anche alla luce degli scopi per i quali esso è stato attivato. È evidente, che la pronuncia intende dare ampio e preminente rilievo al dovere di cooperazione istruttoria che incombe nei confronti dei giudici⁹⁷. Principio generale quest’ultimo ormai anch’esso consolidato e di indiscutibile rilevanza proprio in riferimento alla tematica in esame.

Avviandoci alla conclusione, volendo provare a trarre le fila di questa breve trattazione sulla giurisprudenza interna, risulta piuttosto agevole osservare che il contributo offerto dalla Corte è tutt’altro che secondario. In effetti, la giurisprudenza di legittimità fin qui richiamata presenta diversi profili di interesse e soprattutto è dato ravvisare, ad avviso di chi scrive, una estensione del regime di tutela, in termini di protezione internazionale applicabile, a favore delle vittime di matrimonio forzato.

L’indirizzo ermeneutico evolutivo elaborato in questi ultimi anni dai giudici, sempre più attento alla prospettiva di genere nelle questioni che hanno ad oggetto il riconoscimento della protezione internazionale, appare coerente con il contenuto e lo scopo degli obblighi internazionali che incombono sullo Stato.

nella procedura di asilo: sempre più rilevanti, ancora poco considerate, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2017, n. 1, pp. 1-20; G. CELLAMARE, *In tema di informazioni sui Paesi di origine nella procedura di riconoscimento della protezione internazionale*, in *Freedom, Security & Justice, European Legal Studies*, 2019, n. 2, pp. 4-16.

⁹⁶ Cfr. Corte di Cassazione, ordinanza dell’8 settembre 2022, n. 26463. Sul dovere di utilizzare fonti di informazione recenti relative al Paese di origine, cfr. anche ordinanza del 7 novembre 2022, n. 32712.

⁹⁷ In generale, sulla cooperazione istruttoria, cfr., tra gli altri, P. COMOGLIO, *Il dovere di cooperazione istruttoria nei procedimenti di protezione internazionale: un difficile inquadramento sistematico*, in *Questione giustizia*, 2020, n. 1, pp. 9-21. Con specifico riferimento alle COI, cfr. F. G. DEL ROSSO, *Il dovere di cooperazione istruttoria officiosa e le Country of Origin Information nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale e umanitaria*, *ivi*, pp. 56-63; R. RUSSO, *L’acquisizione delle Country of Origin Information*, *ivi*, pp. 64-68.

Abstract

Il contributo si propone di analizzare, in via preliminare, la normativa internazionale in materia di diritti umani, a vocazione universale e regionale, applicabile al contrasto del matrimonio forzato, evidenziando, alla luce dell'importante attività interpretativa dei relativi *treaty bodies*, i principali obblighi internazionali in chiave repressiva e preventiva. Successivamente, l'attenzione si soffermerà, in particolare, sul riconoscimento della protezione internazionale alle vittime, tenendo in debita considerazione anche l'ordinamento giuridico italiano. In relazione a quest'ultimo contesto, si darà conto di alcuni importanti sviluppi giurisprudenziali ad opera del nostro giudice di legittimità.

KEYWORDS: Matrimonio forzato – diritti umani – protezione internazionale – Nazioni Unite – Consiglio d'Europa

THE RECOGNITION OF THE INTERNATIONAL PROTECTION
TO THE VICTIMS OF FORCED MARRIAGE

According to recent statistical data, the number of persons involved in situations of forced marriages is increased. Once illustrated the current international legal framework relating to the protection of human rights applicable in the fight against forced marriages, the study will follow, in particular, with in-depth analysis on the access to the international protection for victims of forced marriage. Such study will be conducted also in the light of recent jurisprudential developments concerning the Italian legal order.

KEYWORDS: Forced marriage – human rights – international protection – United Nations – Council of Europe

IL DIVIETO DI VELO ISLAMICO NELLA GIURISPRUDENZA INTERNAZIONALE: TRA PARITÀ DI GENERE, NEUTRALITÀ RELIGIOSA E *LIVING TOGETHER*

*Anna Oriolo**

SOMMARIO: 1. Introduzione: il velo integrale e la minaccia della migrazione dall'Islam militante (politico) per i valori europei. – 2. Il divieto di indossare il velo negli spazi pubblici nella giurisprudenza di Strasburgo: dalla eguaglianza di genere al *living together*. – 3. Velo islamico, “neutralità” religiosa e parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro: le *guidelines* della Corte di giustizia dell'Unione europea. – 4. Il diritto delle donne musulmane di indossare il velo integrale nell'attività di monitoraggio del Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione: il velo integrale e la minaccia della migrazione dall'Islam militante (politico) per i valori europei

L'inizio del XXI secolo segna un periodo di continui cambiamenti a causa di migrazioni fuori controllo¹. Secondo il *World Migration Report 2022* ci sono circa 281 milioni di migranti che lasciano i loro paesi d'origine in cerca di sicurezza o opportunità². Quasi la metà di questi sono donne e ragazze che subiscono violenze e discriminazioni prima, durante e dopo il processo migratorio, anche in nome della religione. Costrette in patria ad indossare un velo anche contro la propria volontà, le donne musulmane migranti (o eredi di migranti) sono spesso, invece, obbligate nei paesi europei di destinazione a scoprire il viso in

* Associato di Diritto Internazionale, Università degli Studi di Salerno. Indirizzo e-mail: aoriolo@unisa.it

¹ In generale v. i contributi in I. CARACCILO, G. CELLAMARE, A. DI STASI, P. GARGIULO (a cura di), *Migrazioni internazionali. Questioni giuridiche aperte*, Napoli, 2022.

² International Organization for Migration (IOM), *World Migration Report 2022*, 2021, online a <https://publications.iom.int/books/world-migration-report-2022>.

luoghi pubblici³, sacrificando la propria libertà di religione alle generali esigenze dettate dalla convivenza pacifica in una società democratica. Vittime quindi di violenza perché donne, perché straniere, perché musulmane.

L'occultamento del volto a sfondo religioso, attraverso il *burqa* e il *niqab* è diventato, così, oggetto di uno scontro simbolico sull'identità culturale⁴. Per la maggior parte delle popolazioni dell'Europa occidentale l'uso del velo integrale costituisce, infatti, il simbolo della minaccia che la migrazione dall'Islam militante (politico) rappresenta per i valori fondamentali della cultura europea ed è, quindi, percepito come un fenomeno allarmante. Di converso, le donne che liberamente indossano il *burqa* e il *niqab* nei paesi europei rivendicano il diritto di esprimere la loro religione anche attraverso questi simboli che considerano fondamentali in termini di identità (e differenziazione) culturale oltre che di rigore della loro credenza⁵.

Si tratta di tematiche che, negli ultimi anni, hanno costituito oggetto di numerosi ricorsi relativi alla violazione della libertà di pensiero, coscienza e religione, esaminata da tribunali interni e internazionali in combinato disposto con il divieto di discriminazione basato, *inter alia*, sulla religione e le opinioni personali⁶.

³ A. MATWIJKIW, A. ORIOLO (eds.), *Law, Cultural Studies and the "Burqa Ban" Trend. An Interdisciplinary Handbook*, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2021.

⁴ S. IBOLD, S. OETER, *Conflicting Human Rights Perspectives on the French Burqa Ban: European Court of Human Rights vs. UN Human Rights Committee*, in A. MATWIJKIW, A. ORIOLO (eds.), cit., pp. 231-261.

⁵ *Ibid.*

⁶ Council of Europe, *Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights Freedom of thought, conscience and religion*, online a https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_9_ENG.pdf, p. 7. In generale: M.W. JANIS, CAROLYN EVANS, *Religion and International Law, A Collection of Essays*, Great Britain, 1999; D. MCGOLDRICK, *Human Rights and Religion – The Islamic Headscarf Debate in Europe*, Oxford, 2006; J. GUNN, P. CÔTÉ (eds.), *La nouvelle question religieuse: Régulation ou ingérence de l'État? (The New Religious Question: State Regulation or State Interference?)*, Brussels, 2006; J. REHMAN, S. BREAU (eds.), *Religion, Human Rights and International Law. A Critical Examination of Islamic State Practices, Studies in Religion, Secular Beliefs and Human Rights* Leiden/Boston, 2007; E. BREMS, *The Experiences of Face Veil Wearers in Europe and the Law*, Cambridge, 2014; M. EVANS (ed.), *The Changing Nature of Religious Rights under International*

In Italia, nel novembre del 2019, la Corte d'Appello di Milano ha dichiarato la legittimità, già accertata in primo grado, dell'adozione, ad opera delle strutture sanitarie, di cartelli che, per motivi di sicurezza, imponevano il divieto di ingresso con il volto coperto da casco, passamontagna o *burqa*⁷. Il caso ha riaperto il dibattito dottrinale e politico sulla questione del bilanciamento del diritto individuale a manifestare la propria religione con gli interessi più generali della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico e della laicità; un dibattito precedentemente alimentato nel 2009 dalla sentenza *Lautsi* della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) sulla legittimità dell'esposizione di simboli cattolici, come i crocifissi, nelle aule delle scuole pubbliche italiane⁸.

Mentre però, il crocifisso, viene considerato dalla Corte di Strasburgo un simbolo "essenzialmente passivo", il velo islamico rappresenta un "*powerful external symbol*", il cui utilizzo potrebbe anche risultare incompatibile con il messaggio di tolleranza, rispetto per gli altri e, soprattutto, uguaglianza e non discriminazione in una società democratica⁹.

Law, Oxford, 2015; M. LUGATO (a cura di), *La libertà religiosa secondo il diritto internazionale e il conflitto globale dei valori - International Religious Freedom and the Global Clash of Values*, Torino, 2015; R. UERPMANN-WITZACK, E. LAGRANGE, S. OETER (eds.), *Religion and International Law Living Together*, Leiden/Boston, 2018; B.G. SCHARFFS, W.C. DURHAM, *Law and Religion: National, International and Comparative Perspectives*, 2019; A. MATWIJKIW, A. ORIOLO, *The Burqa Ban: Legal Precursors for Denmark, American Experiences and Experiments, and Philosophical and Critical Examinations*, in *International Studies Journal*, 2018, n. 15, pp. 157-206.

⁷ La sentenza del 28 ottobre 2019 ha confermato la pronuncia resa in primo grado dal Tribunale di Milano il 20 aprile 2017 secondo cui "il divieto di ingresso a volto coperto posto nella delibera appare giustificato e ragionevole alla luce della esigenza di identificare coloro che accedono nelle strutture indicate, poiché si tratta di luoghi pubblici, con elevato numero di persone che quotidianamente vi accedono per usufruire di servizi; pertanto è del tutto ragionevole e giustificato consentire la possibilità di identificare i predetti fruitori dei servizi".

⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 3 novembre 2009, ricorso n. 30814/06, *Lautsi e altri c. Italia* e Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 18 marzo 2011.

⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione del 15 gennaio 2001, ricorso n. 42393/98, *Dablab c. Svizzera*, par. 13.

Diversi Stati europei sono stati, infatti, interessati dalle problematiche connesse alla introduzione del divieto di indossare indumenti atti a dissimulare il volto, e in particolare il velo islamico, in alcune circostanze o attività professionali¹⁰. Se, infatti, per un verso il velo integrale riflette un'interpretazione tradizionale dell'Islam percepita come una minaccia alla dignità delle donne e quindi incompatibile con gli *standard* democratici, una generale proibizione di utilizzare questo indumento negherebbe alle donne che scelgono liberamente di farlo il diritto al rispetto della vita privata e dell'identità personale, nonché la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo anche in pubblico.

Quanto alle giurisdizioni sovranazionali, la Corte EDU, la Corte di giustizia dell'Unione europea e il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite sono stati chiamati a esaminare se le misure restrittive della libertà di religione adottate all'interno di uno Stato costituissero una violazione arbitraria della *privacy* individuale o se, invece, potessero essere giustificate perché necessarie in una società democratica, in particolare a fini di sicurezza o laddove le funzioni pubbliche o professionali degli individui coinvolti richiedessero una "neutralità" religiosa o comunque di mostrare il volto.

I c.d. *headscarf cases* hanno, così, impegnato la dottrina nell'esame del divieto di indossare il velo islamico (e, più in generale, indumenti atti a dissimulare il viso) da diverse prospettive quali l'uguaglianza di genere¹¹, la libertà individuale di coscienza¹², la sicurezza nazionale¹³, il

¹⁰ Risoluzione 1743 del 23 giugno 2010 e Raccomandazione 1927 del 23 giugno 2010 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, *Islam, Islamism, and Islamophobia in Europe*. V. anche W. HOWARD, *State Religious Clothing and Symbols in Employment*, online a https://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?action=display&doc_id=48810; A. IERMANO, *Ordinamenti a confronto: casistica europea in materia di velo islamico*, in *federalismi.it*, 26 settembre 2012, pp. 1-29.

¹¹ E. HOWARD, *Banning Islamic Veils: Is Gender Equality a Valid Argument?*, in *International Journal of Discrimination and the Law*, 2017, vol. 12, pp. 147-165.

¹² T. JEREMY GUNN, *Adjudicating Rights of Conscience Under the European Convention on Human Rights*, in J. WITTE & VAN J. D. DER VYVER (eds.), *Religious Human Rights in Global Perspective: Legal Perspectives*, The Hague/Boston/London, 1996, pp. 305-330.

¹³ J. HEIDER, *Unveiling the Truth Behind the French Burqa Ban: The Unwarranted Restriction of the Right to Freedom of Religion and the European Court of Human*

secolarismo¹⁴, la neutralità delle autorità pubbliche¹⁵, la tematica del *living together*¹⁶.

Muovendo da queste premesse, l'indagine che segue si interroga, piuttosto, sulla legittimità di tale divieto, proponendo un'analisi comparata della giurisprudenza degli organi internazionali che hanno interpretato l'uso del velo islamico quale espressione del diritto fondamentale alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione.

Sebbene tale diritto sia sancito in numerosi strumenti internazionali ed europei, esso trova la sua principale cristallizzazione nell'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 (CEDU), riprodotto quasi integralmente dalle altre disposizioni in materia. Non stupisce, quindi, che l'evoluzione del contenuto, della portata e dei limiti dei "diritti religiosi" sia sensibilmente influenzata dall'interpretazione resa dalla Corte EDU (v. *infra*, par. 2) dalla quale, sia la Corte di giustizia dell'Unione europea (v. *infra*, par. 3), che il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite (v. *infra*, par. 4), non sono riusciti completamente a prescindere nella loro funzione di "orientamento" dei giudici nazionali. Cionondimeno, dalla nostra analisi emergerà anche la crescente tendenza della Corte di giustizia e del Comitato ad interpretare la manifestazione "esterna" della libertà di religione in modo parzialmente autonomo dalla Corte di Strasburgo, basando la propria giurisdizione sul tenore e sull'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e del Patto sui diritti civili e politici, rispettivamente (v. *infra*, par. 5).

Rights, in *Indiana International & Comparative Law Review*, 2021, n. 22, pp. 93-129.

¹⁴ K. BENNOUNE, *Secularism and Human Rights: A Contextual Analysis of Headscarves, Religious Expression, and Women's Equality under International Law*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2007, n. 45, pp. 366-426.

¹⁵ J. TEMPERMAN, *The Neutral State: Optional or Necessary? A Triangular Analysis of State-Religion Relationships, Democratisation and Human Rights Compliance*, in *Religion and Human Rights*, 2006, pp. 269-303.

¹⁶ R. UERPMANN-WITZACK, E. LAGRANGE, S. OETER (eds.), *Religion and International Law Living Together*, cit.; M. LUGATO, *Le "condizioni minime del vivere insieme" nelle limitazioni del diritto di manifestare la propria religione*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2019, n. 13, pp. 457-486.

2. Il divieto di indossare il velo in spazi pubblici nella giurisprudenza di Strasburgo: dalla eguaglianza di genere al living together

La nozione di “religione” è, per sua natura, complessa combinando fattori obiettivi con elementi legati alle convinzioni soggettive del singolo¹⁷. Nella sua interpretazione più ampia, essa comprende non solo il cd. *forum internum*, ossia la fede di una persona in quanto tale, bensì anche il *forum externum* ovvero l’esercizio, la manifestazione di tale religione, anche in luoghi pubblici¹⁸. In numerose occasioni, la Corte Strasburgo ha esaminato se la limitazione del diritto di insegnanti¹⁹, bambini²⁰, studenti²¹ e, in generale, individui di indossare o esporre indumenti o simboli religiosi in spazi²², scuole²³ o luoghi di lavoro

¹⁷ V. l’opinione dell’Avvocato generale KOKOT presentata nel caso Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 14 marzo 2017, *G4S Secure Solutions*, causa C-157-15, par. 34.

¹⁸ Corte di giustizia, Grande Sezione, *G4S Secure Solutions*, cit., par. 28; v. Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief*, 23 dicembre 2015, A/HRC/31/18, par. 22: “*Forum internum and forum externum should be generally seen as a continuum. Their conceptual distinction should not be misperceived as a clear-cut separation of different spheres of life. Just as freedom in the forum internum would be inconceivable without a person’s free interaction with his or her social world, freedom within the forum externum presupposes respect for the faculty of every individual to come up with new thoughts and ideas and to develop personal convictions, including dissident and provocative positions*”.

¹⁹ Corte europea dei diritti dell’uomo, *Dablab c. Svizzera*, cit.; sui docenti universitari v. decisione del 24 gennaio 2006, ricorso n. 65500/01, *Kurtumulus c. Turchia*; v. anche decisione del 24 gennaio 2006, ricorso n. 26625/02, *Köse c. Turchia*.

²⁰ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 4 dicembre 2008, ricorso n. 27058/05, *Dogru c. Francia*, sentenza del 4 dicembre 2008, ricorso n. 31645/04, *Kervanci c. Francia*; decisione del 30 giugno 2009, ricorso n. 43563/08, *Aktas c. Francia*; decisione del 30 giugno 2009, ricorso n. 14308/08, *Bayrak c. Francia*; decisione del 30 giugno 2009, ricorso n. 18527/08, *Gamaleddyn c. Francia*; decisione del 30 giugno 2009, ricorso n. 29134/08, *Ghazal c. Francia*; decisione del 30 giugno 2009, ricorso n. 25463/08, *Singh c. Francia*.

²¹ Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, sentenza del 10 novembre 2015, ricorso n. 44774/98, *Leyla Şahin c. Turchia*, par. 53.

²² Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, sentenza del 1° luglio 2014, ricorso n. 43835/11, 2014, *S.A.S. c. Francia*; sentenza del 2 febbraio 2010, ricorso n. 41135/98, *Abmet Arslan c. Turchia*; decisione dell’11 gennaio 2005, ricorso n. 35753/03, *Phull c. Francia*; decisione del 4 marzo 2008, ricorso n. 15585/06, *El Morsli c. Francia*; decisione del 13 novembre 2008, ricorso n. 24479/94, *Mann Singh c. Francia*.

²³ Corte europea dei diritti dell’uomo, *Aktas*, cit.; *Lautsi*, cit.

ro “pubblici”²⁴, potesse costituire una violazione della libertà di religione protetta dall’articolo 9 della CEDU e del divieto di discriminazione di cui al successivo articolo 14²⁵.

Nel caso *S.A.S. c. Francia* del 2014, l’analisi della Grande Camera si è soffermata, in particolare, sulla legittimità del divieto generale di indossare in pubblico uno specifico indumento, quale il velo islamico²⁶, introdotto in Francia dalla *Loi* n. 1192 del 2010 “*Interdisant la dissimulation du visage dans l’espace public*”²⁷.

La ricorrente – una donna musulmana francese – richiamando, *inter alia*, gli articoli 8, 9 e 10 della CEDU, considerati separatamente e in combinato disposto con il successivo articolo 14, lamentava una violazione ingiustificata del diritto al rispetto della sua vita privata, del diritto alla libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo e del diritto alla libertà di espressione, insieme alla discriminazione subita nell’esercizio di questi diritti. Segnatamente, ella riteneva che l’uso del velo non rappresentasse necessariamente una forma di segregazione, ma potesse anche esprimere in alcuni casi l’emancipazione e

²⁴ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 15 gennaio 2015, ricorsi nn. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, *Eweida e al. c. Regno Unito*.

²⁵ A. STEINBACH, *Burqas and Bans: The Wearing of Religious Symbols under the European Convention of Human Rights*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2015, n. 4, pp. 29-52; Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, *S.A.S.*, cit., par. 132 ss. L’ordinamento giuridico non tutela a *priori* qualunque comportamento o atto posto in essere facendo appello ad una qualsivoglia convinzione religiosa (Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, *Leyla Şahin*, cit., par. 105; Grande Camera, *S.A.S.*, cit., par. 125 e sentenza del 26 novembre 2015, ricorso n. 64846/11, *Ebrabimian c. Francia*, par. 54). La giurisprudenza elaborata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, tuttavia, ha considerato espressamente l’utilizzo del velo islamico un atto “motivato o ispirato da una religione o credo religioso” risultando pertanto applicabile *ratione materiae*, sia la tutela delle libertà fondamentali, che il divieto di discriminazione previsto dalla CEDU (Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, *Leyla Şahin*, cit., par. 78. V., anche, sentenza del 15 gennaio 2013, ricorso n. 48420/10, *Eweida e a. c. Regno Unito* parr. 83, 84 e 97, e *Ebrabimian*, cit., parr. da 21 a 28 e 63).

²⁶ A. WELLER, *The Future of “Living Together”: An Analysis of the European Court of Human Rights’ S.A.S. v. France*, in *North Carolina Journal of International Law*, 2016, n. 41, p. 105.

²⁷ R. COHEN-ALMAGOR, *The Republic, Secularism and Security: France versus the Burqa and the Niqab*, Cham, 2022.

l'autodeterminazione femminile. In tale ottica, la ricorrente non contestava *in toto* la *Loi* n. 1192, dichiarandosi anzi disposta a mostrare il proprio volto se necessario all'accertamento della sua identità, ma rivendicava, piuttosto, il suo diritto ad indossare liberamente indumenti religiosi quando lo ritenesse opportuno²⁸.

Quanto allo Stato convenuto, il governo francese non negava che il divieto in esame comportasse una limitazione alla libertà di esprimere la propria fede, ma riteneva tale restrizione "necessaria in una società democratica" innanzitutto "nell'interesse della pubblica sicurezza" e, in secondo luogo, per "la protezione dei diritti e delle libertà altrui", in particolare a garanzia "dell'insieme minimo di valori di una società aperta e democratica", quali l'uguaglianza di genere, la protezione della dignità umana e il "rispetto dei requisiti minimi della vita nella società", definito anche come "*le vivre ensemble*" (*living together*)²⁹.

Nel caso *S.A.S.*, la Corte non ha ritenuto sussistere elementi in grado di indurla a considerare che le donne che indossano il velo integrale vogliano offendere la dignità altrui o esprimere una forma di disprezzo nei confronti di coloro che incontrano³⁰: anche se molti percepiscono l'indumento in questione come inconsueto, esso è espressione, secondo la Corte EDU, di un'identità culturale che contribuisce al pluralismo inerente alla democrazia³¹.

Nell'accertare la sussistenza delle violazioni lamentate i giudici di Strasburgo hanno ricordato che la libertà di pensiero, coscienza e religione costituisce uno dei cardini della "società democratica" ai sensi

²⁸ Cfr. in particolare Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *S.A.S.*, cit., par. 12: "*Elle ajoute qu'elle porte le niqab en public comme en privé, mais pas de façon systématique; ainsi, par exemple, elle peut ne pas le porter lorsqu'elle est en consultation chez un médecin ou lorsqu'elle rencontre des amis dans un lieu public ou cherche à faire des connaissances. Elle accepte donc de ne pas porter tout le temps le niqab dans l'espace public, mais souhaite pouvoir le faire quand tel est son choix, en particulier lorsque son humeur spirituelle le lui dicte. Il y a ainsi des moments (par exemple lors d'événements religieux tels que le ramadan) où elle a le sentiment de devoir le porter en public pour exprimer sa religion et sa foi personnelle et culturelle; son objectif n'est pas de créer un désagrément pour autrui mais d'être en accord avec elle-même*".

²⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *S.A.S.*, cit., parr. 81-85.

³⁰ *Ibid.*, par. 120.

³¹ *Ibid.*

della Convenzione del 1950; si tratta, nella sua dimensione religiosa, di uno degli elementi essenziali nella formazione dell'identità dei credenti e della loro concezione della vita, ma anche di un bene prezioso per gli atei, gli agnostici, gli scettici e gli indifferenti, implicando la libertà di esprimere e/o praticare o meno il credo religioso; il pluralismo, conquistato a caro prezzo nel corso dei secoli e indissociabile da una società democratica dipende, secondo la Corte, proprio da questa libertà³². In tale prospettiva, l'articolo 9 della CEDU disciplina “*one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life*”³³.

Sebbene la libertà religiosa consacrata dall'articolo 9 CEDU esprima principalmente una questione di coscienza personale, essa implica anche la prerogativa di manifestare il proprio credo, individualmente o in comune con altri, sia in pubblico che in privato, nel culto e nell'osservanza dei riti, nelle pratiche e nell'insegnamento³⁴. Cionondimeno, le garanzie convenzionali non si estendono incondizionatamente a qualunque atto o comportamento ispirato o motivato dalla propria religione³⁵ e le società democratiche in cui convivono diverse religioni all'interno della stessa popolazione possono porre limiti al *forum externum* delle stesse per conciliare gli interessi di vari gruppi e garantire che sia rispettato il credo di ciascuno³⁶.

Il caso *S.A.S.* offre, quindi, alla Corte l'occasione per evidenziare che il vero fondamento di una società democratica è costituito proprio dalla continua ricerca di un bilanciamento tra i diritti fondamentali di

³² V. in particolare, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 25 maggio 1993, ricorso n. 14307/88, *Kokkinakis c. Grecia*, par. 31; Grande Camera, sentenza del 19 febbraio 1999, ricorso n. 24645/94, *Buscarini e altri c. San Marino*, par. 34; Grande Camera, *Leyla Şahin*, cit., par. 104.

³³ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Kokkinakis*, cit., par. 31; Grande Camera, *Buscarini*, par. 34.

³⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *S.A.S.*, cit., par. 125. V., *mutatis mutandis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 27 giugno 2000, ricorso n. 27417/95, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia*, par. 73, e Grande Camera, *Leyla Şahin*, cit., par. 105.

³⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *S.A.S.*, cit., par. 125; Grande Camera, *Leyla Şahin*, cit., par. 105 e 121.

³⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Kokkinakis*, cit., par. 33.

ciascun individuo³⁷. Innegabilmente, nel vietare a tutti di indossare indumenti che nascondono il volto in luoghi pubblici, lo Stato convenuto in qualche modo ha limitato la portata del pluralismo, dal momento che il divieto impedisce a determinate donne di esprimere la propria personalità e le proprie convinzioni³⁸.

Nel suo giudizio la Grande Camera ha, tuttavia, riconosciuto che il divieto assoluto di indossare in spazi pubblici il velo islamico che occlude integralmente (o anche solo parzialmente) il volto persegue il legittimo obiettivo di tutelare la pubblica sicurezza. La Corte di Strasburgo ha ritenuto, inoltre, che la misura introdotta dal legislatore francese si prefigge anche il fine legittimo di assicurare l'osservanza dei requisiti minimi di vita in una società democratica rivolti alla protezione dei diritti e delle libertà altrui. Nell'accogliere la seconda argomentazione dello Stato convenuto, essa ha respinto, però, quale legittima interferenza nell'esercizio dei diritti individuali, sia la motivazione della uguaglianza di genere, che quella sulla dignità umana, accogliendo, invece, solo quella del "*vivre ensemble*".

La Corte ha innanzitutto screditato l'orientamento espresso dalla sua precedente giurisprudenza secondo il quale gli indumenti religiosi indossati dalle donne islamiche sono incompatibili con il principio della parità di genere. Nei casi *Dablab* del 2001 e *Leyla Şahin* del 2005 i giudici di Strasburgo si erano pronunciati, infatti, sul possibile effetto di proselitismo collegato all'utilizzo del velo islamico, apparentemente "imposto" alle donne da un precetto stabilito nel Corano e, quindi, ritenuto difficilmente compatibile con il principio dell'uguaglianza tra i sessi. Nel caso *Dablab* in particolare, relativo alla insegnante di una classe di prima infanzia, la Corte aveva evidenziato espressamente la difficoltà di conciliare l'uso del velo con il messaggio di tolleranza, rispetto per gli altri e, soprattutto, uguaglianza e non discriminazione che tutti i docenti di una società democratica devono trasmettere ai propri allievi³⁹.

³⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 4 ottobre 2012, ricorsi n. 25088/94, 28331/95 e 28443/95, *Chassagnou e altri c. France*, par. 113; v. anche Grande Camera, *Leyla Şahin*, cit., par. 108.

³⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *S.A.S.*, cit., par. 153.

³⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Dablab*, cit., par. 13; Grande Ca-

Diversamente, la sentenza nel caso *S.A.S.* ha affermato che uno Stato Parte della CEDU non può invocare l'uguaglianza di genere al fine di vietare una pratica rivendicata dalle stesse donne – come la ricorrente – nel contesto dell'esercizio dei diritti sanciti dalla Convenzione⁴⁰. Similmente, secondo la Corte, per quanto essenziale possa essere il rispetto della dignità umana, esso non può legittimamente giustificare un divieto generale di indossare il velo integrale nei luoghi pubblici⁴¹.

Tale conclusione è ricavabile, secondo la Corte, sia dalle eccezioni ai “diritti religiosi” sanciti dal paragrafo 2 dello stesso articolo 9, sia dagli obblighi positivi imposti agli Stati dall'articolo 1 della Convenzione del 1950.

Quanto al secondo comma dell'articolo 9 della CEDU, i giudici di Strasburgo hanno chiarito che la libertà di manifestare la religione o il credo può essere interessata solo da restrizioni che siano stabilite dalla legge e che costituiscano misure necessarie in una società democratica per la tutela della pubblica sicurezza, della protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica o in funzione della protezione dei diritti e delle libertà altrui. Nel valutare la sussistenza di tali requisiti, occorre accertare, però, se le ragioni addotte per giustificare misure restrittive della libertà di religione siano “pertinenti e sufficienti”, oltre che proporzionate all'obiettivo legittimo perseguito.

Nel caso *S.A.S.*, la Corte ha voluto evidenziare che il volto gioca un ruolo importante nell'interazione sociale e che la barriera sollevata verso gli altri individui da un velo che lo nasconde può essere legittimamente considerata dallo Stato convenuto come una violazione del diritto altrui a vivere in uno spazio di socializzazione che rende più facile la convivenza⁴². Le esigenze del *vivre ensemble* soddisfano pertanto, secondo la Corte, il requisito del fine legittimo di proteggere i diritti e le libertà altrui ai sensi dell'articolo 9 paragrafo 2 della Convenzione.

Quanto al riferimento all'articolo 1 della CEDU, il meccanismo di tutela stabilito dalla Convenzione è improntato al principio di sussidia-

mera, *Leyla Şahin*, cit., par. 111.

⁴⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *S.A.S.*, cit., par. 119.

⁴¹ *Ibid.*, punto 120.

⁴² Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *S.A.S.*, cit., par. 122.

rietà che affida in via principale agli Stati il compito di assicurare i diritti e le libertà in essa enunciati e solo in via secondaria alla Corte la funzione di garantire il rispetto degli impegni assunti dalle Parti contraenti. In linea con tale principio, allo Stato dovrebbe essere concesso un ampio margine di manovra⁴³ nel decidere se e in quale misura sia “necessaria” una limitazione del diritto di manifestare la propria religione o le proprie convinzioni personali, ad esempio attraverso l’uso di simboli religiosi nelle istituzioni educative, in particolare alla luce della diversità degli orientamenti nazionali in materia⁴⁴. Parallelamente, tale spazio di manovra è correlato alla attività di vigilanza della Corte, chiamata ad accertare se le misure adottate a livello nazionale sono proporzionate e giustificate in linea di principio⁴⁵.

La Corte di Strasburgo ha spesso riconosciuto il ruolo dello Stato quale “*neutral and impartial organiser*” dell’esercizio di varie religioni, fedi e credenze sottolineando che esso contribuisce ad assicurare l’ordine pubblico, l’armonia religiosa e la tolleranza in una società democratica⁴⁶. Va considerato, però, che il dovere di neutralità e imparzialità dello Stato è incompatibile con qualsivoglia potere di valutazione della legittimità delle credenze religiose o dei modi in cui queste sono espresse⁴⁷, ma che esso, anzi, impone allo Stato di salvaguardare

⁴³ R.ST.J. MACDONALD, *The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in A. CLAPHAM, F. EMMERT (eds.), *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. I, libro II, 1990, pp. 95-161; R. NIGRO, *Il margine d’apprezzamento e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sul velo islamico*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, pp. 71-105.

⁴⁴ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 20 settembre 1994, ricorso n. 13470/87, *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, par. 50; *Dablab*, cit.; Grande Camera, *Leyla Şahin*, cit., par. 109.

⁴⁵ Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, *S.A.S.*, cit., par. 131; v. anche sentenza del 26 settembre 1996, ricorso n. 18748/91, *Manoussakis e altri c. Grecia*, par. 44; Grande Camera, *Leyla Şahin*, cit., par. 110.

⁴⁶ Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, *S.A.S.*, cit., par. 127.

⁴⁷ Corte europea dei diritti dell’uomo, *Manoussakis* cit., par. 47; Grande Camera, sentenza del 26 ottobre 2000, ricorso n. 30985/96, *Hasan e Chaush c. Bulgaria*, par. 78; e Grande Camera, sentenza del 13 febbraio 1993, ricorsi nn. 41340/98, 41342/98, 41343/98 e 41344/98, *Refab Partisi (the Welfare Party) e altri c. Turchia*, par. 91.

la tolleranza reciproca tra gruppi opposti e non di rimuovere la causa possibile della tensione, eliminando così il pluralismo⁴⁸.

Nella giurisprudenza di Strasburgo il pluralismo, la tolleranza e l'apertura mentale (*l'esprit d'ouverture*) sono, quindi, presentati come gli elementi caratterizzanti di una società democratica⁴⁹: sebbene a volte gli interessi generali debbano prevalere sulle esigenze individuali, la democrazia impone di raggiungere un equilibrio che garantisca il trattamento equo delle minoranze ed eviti qualunque abuso da parte di un gruppo dominante⁵⁰; parallelamente, il pluralismo e la democrazia devono anche basarsi sul dialogo e sul compromesso, comportando inevitabilmente varie concessioni da parte dei singoli per proteggere e promuovere gli ideali e i valori di una società democratica⁵¹.

Le principali perplessità sollevate dai casi esaminati dalla Corte di Strasburgo riguardano, però, anche le sanzioni associate al divieto, ancorché moderate (massimo centocinquanta euro), cui potrebbe aggiungersi anche l'obbligo di frequentare un corso di cittadinanza. In tale ottica, è certamente comprensibile che l'idea di essere perseguite per aver nascosto il proprio volto in un luogo pubblico, sia traumatizzante per le donne che hanno scelto di indossare il velo integrale per motivi legati alle proprie convinzioni⁵².

Tuttavia, secondo la Corte, lo Stato convenuto ha cercato di proteggere un principio di interazione tra individui essenziale per espri-

⁴⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *S.A.S.*, cit., par. 127; v., sentenza del 14 dicembre 1999, ricorso n. 38178/97, *Serif c. Grecia*, par. 53; v. anche Grande Camera, *Leyla Şahin*, cit., par. 107.

⁴⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 13 luglio 2012, ricorso n. 16354/06, *Mouvement Israélien suisse c. Svizzera*, par. 48, e Grande Camera, sentenza del 10 dicembre 2007, ricorso n. 69698/01, *Stoll c. Svizzera*, par. 101; Grande Camera, *S.A.S.*, cit., par. 128.

⁵⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *S.A.S.*, cit., par. 128. V., *mutatis mutandis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 13 agosto 1981, ricorsi n. 7601/76 e 7806/77, *Young, James e Webster c. Regno Unito*, par. 63; Grande Camera, *Chassagnou*, cit., par. 112.

⁵¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *S.A.S.*, cit., par. 128. V., *mutatis mutandis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 30 gennaio 1998, ricorso n. 19392/92, *United Communist Party of Turkey e altri c. Turchia*, par. 45 e Grande Camera, *Refab Partisi*, cit., par. 99.

⁵² Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *S.A.S.*, cit., par. 152.

mere, non solo il pluralismo, ma anche la tolleranza e l'apertura mentale, quali condizioni essenziali della società democratica. Rientra, infatti, nei poteri dello Stato garantire le condizioni in base alle quali gli individui possono vivere insieme nella loro diversità e quindi legittimamente ritenere che il suddetto principio di interazione sia influenzato negativamente dal fatto che alcuni individui nascondono i loro volti nei luoghi pubblici. L'occultamento volontario e sistematico del viso nei luoghi pubblici, contrario all'ideale di fratellanza, non soddisfa quindi, secondo la Corte, il requisito minimo di civiltà necessario per l'interazione sociale ed è incompatibile con i requisiti fondamentali di convivenza. Di conseguenza, considerando l'ampiezza del margine di apprezzamento concesso allo Stato convenuto, la Corte EDU ha ritenuto il divieto imposto dalla legge francese necessario in una società democratica⁵³ e proporzionato all'obiettivo perseguito, vale a dire "*la préservation des conditions du 'vivre ensemble' en tant qu'élément de la 'protection des droits et libertés d'autrui'*"⁵⁴.

In conclusione, la Corte EDU ha deciso che il divieto di indossare un velo integrale in pubblico imposto dalla legge francese non viola il diritto al rispetto della vita privata e familiare, né il diritto al rispetto della libertà di pensiero, coscienza e religione, né, ancora, il divieto di discriminazione ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950. La Corte ha sottolineato, in particolare, che il rispetto delle condizioni minime del vivere insieme costituisce uno scopo legittimo da perseguire e che la questione di indossare o meno un velo integrale in luoghi pubblici "rappresenta una scelta della società"⁵⁵. Anche laddove detto divieto producesse specifici effetti negativi sulle donne musulmane che, per motivi religiosi, desiderano indossare il velo integrale in pubblico, la misura restrittiva in questione troverebbe comunque una giustificazione obiettiva e ragionevole, soprattutto perché lo Stato gode di ampio potere discrezionale per quanto riguarda le questioni di politica generale su cui le opinioni all'interno di una società democratica possono ragionevolmente differire⁵⁶.

⁵³ *Ibid.*, par. 158.

⁵⁴ *Ibid.*, par. 157.

⁵⁵ *Ibid.*, par. 153.

⁵⁶ *Ibid.*, parr. 153 e 154.

La scelta di favorire il margine di apprezzamento dello Stato è un elemento caratterizzante del caso *S.A.S.* e, in generale, della giurisprudenza di Strasburgo sull'uso dei simboli religiosi⁵⁷. Questo orientamento, ancorché più in linea con la sussidiarietà del meccanismo di controllo creato dalla CEDU⁵⁸, ha sollevato, però, una serie di perplessità sia in dottrina che in giurisprudenza legate al rischio di una eccessiva “diluizione” dell'analisi della proporzionalità delle limitazioni imposte dallo Stato⁵⁹.

Nel caso *S.A.S.*, la maggioranza della Grande Camera, che pure esprime preoccupazione per la flessibilità della nozione di “*vivre ensemble*” e per il conseguente rischio di abuso, affermando la opportunità di un attento esame della necessità della limitazione contestata⁶⁰, non reputa indispensabile soffermarsi eccessivamente sulla proporzionalità della interferenza nei diritti individuali sanciti dalla CEDU, preferendo lasciare alla discrezionalità degli Stati la valutazione della legittimità delle misure restrittive.

Un approccio analogo ha caratterizzato anche l'esperienza del Belgio, convenuto innanzi alla Corte di Strasburgo per la lamentata violazione del diritto di alcune donne musulmane di indossare il *niqab*. Segnatamente, nei casi *Belcacemi et Oussar c. Belgio* e *Dakir c. Belgio*⁶¹, la Corte EDU ha ritenuto legittimo il divieto di indossare in pubblico indumenti che coprono parzialmente o totalmente il volto, imposto dalla Legge belga del 1° giugno 2011 “*visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage*”, ancoran-

⁵⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Mann Singh*, cit.; decisione del 30 giugno 2009, ricorso n. 27561/08, *Singh c. Francia*.

⁵⁸ T. DE JONG, J. VAN RIJN VAN ALKEMADE, *The European Court of Human Rights: Towards a Too Procedural Approach?*, in *Leiden Law Blog*, online a <https://leidenlawblog.nl>.

⁵⁹ E. HOWARD, *S.A.S. v. France: Living Together or Increased Social Division?*, in *EJIL: TALK!*, 7 luglio 2004; I. INGRAVALLO, *La Corte di Strasburgo e il divieto di Burqa: osservazioni critiche*, in *SIDIBlog*, 24 luglio 2014.

⁶⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *S.A.S.*, cit., par. 122.

⁶¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza dell'11 luglio 2017, ricorso n. 37798/13, *Belcacemi e Oussar c. Belgio*; sentenza dell'11 luglio 2017, ricorso n. 4619/12, *Dakir c. Belgio*.

dolo alla giustificabile preoccupazione statale di garantire il rispetto delle “*exigences minimales de la vie en société*”.

Nella interpretazione della Corte, il divieto risulta ammissibile, in linea di principio, nella misura in cui esso cerca di garantire le condizioni minime del vivere insieme assicurando quella interazione tra individui che lo Stato ritiene essenziale per garantire il funzionamento di una società democratica. Ribadendo, anche nei casi belgi, che lo Stato gode di un ampio margine di discrezionalità nel decidere se e in quale misura sia necessaria una restrizione del diritto di manifestare la propria religione o il proprio credo, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto, quindi, che il divieto di indossare il velo in spazi pubblici costituisce una misura restrittiva proporzionata all’obiettivo perseguito, vale a dire la conservazione delle condizioni minime del vivere insieme (inteso quale elemento di protezione dei diritti e delle libertà altrui) necessaria in una società democratica⁶².

Come nel caso *S.A.S.* però, anche nei casi *Belcacemi et Oussar e Dakir* la Corte EDU non è riuscita a chiarire nel dettaglio il concetto di “vivere insieme”, nè a superarne la vaghezza, preferendo nuovamente rinunciare allo *strict scrutiny* dei requisiti di proporzionalità della misura restrittiva e rimettere all’ampio margine di apprezzamento dello Stato il compito di accertare se il velo integrale fosse ammissibile nella sfera pubblica.

Una soluzione, quella della Corte, che non ha sempre raccolto l’unanimità dei consensi tra i suoi stessi giudici, sia per la natura “inverosimile e vaga” del concetto di “vivere insieme”, sia per l’intima e pericolosa connessione tra le nozioni di “scelta della società” e di “maggioritarismo”. L’*iter* argomentativo della Corte non ha convinto, ad esempio, nel caso *S.A.S.*, i giudici Nussberger e Jäderblomil secondo i quali, al di fuori del campo di applicazione dei diritti tutelati dalla Convenzione, la giurisprudenza di Strasburgo non è chiara su cosa possa costituire “i diritti e le libertà altrui” quale legittima limitazione delle garanzie individuali⁶³. Nel dissentire dalla maggioranza, i giudici

⁶² Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, *Belcacemi e Oussar*, cit., parr. 61, 62; sentenza *Dakir*, cit., parr. 60-61.

⁶³ Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, *S.A.S.*, cit., opinione dissenziente dei giudici Nussberger e Jäderblomil, par. 2.

precisano che “*des droits individuels concrets garantis par la Convention sont ici sacrifiés à des principes abstraits*”⁶⁴ e che il divieto imposto dalla legislazione francese “*pourrait être interprétée comme le signe d’un pluralisme sélectif et d’une tolérance limitée*”⁶⁵.

Allo stesso modo, il giudice Spano nel caso *Dakir* ha sottolineato che la legittimità di un obiettivo deve essere basata su fattori oggettivi e identificabili che contribuiscono direttamente ad attenuare i pregiudizi che derivano dall’esercizio del diritto umano che è limitato. I diritti e le libertà altrui, menzionati nella Convenzione, rappresentano quindi diritti chiari e concreti la cui protezione può costituire un obiettivo tale da giustificare un restringimento delle garanzie individuali convenzionalmente tutelate. In altre parole, secondo il giudice Spano, la sostanza del principio del “vivere insieme” è così malleabile e poco chiara che può potenzialmente servire da strumento retorico per regolare qualsiasi interazione o comportamento umano sulla sola base di una visione particolare di ciò che costituisce il modo giusto di interagire in una società democratica: “[c]ela est antinomique avec les valeurs fondamentales d’autonomie de la personne, de dignité humaine, de tolérance et d’esprit d’ouverture qui forment les assises du système de la Convention”⁶⁶.

Poiché il concetto del “vivere insieme” affonda le sue radici ideologiche in una sorta di consenso sociale o una moralità maggioritaria di come gli individui dovrebbero agire nello spazio pubblico, esiste un rischio intrinseco nelle società democratiche che i sentimenti della maggioranza, successivamente tradotti in atti legislativi, si formino sulla base di idee e valori che minacciano i diritti fondamentali di gruppi vulnerabili e minoranze⁶⁷.

In sostanza, la scelta della Corte EDU di enfatizzare il margine di apprezzamento degli Stati e di non impegnarsi in un attento esame della proporzionalità delle restrizioni della libertà di religione, ha eluso

⁶⁴ *Ibid.*, par. 5.

⁶⁵ *Ibid.*, par. 14.

⁶⁶ Corte europea dei diritti dell’uomo, *Dakir*, cit., Opinione individuale del giudice Spano, par. 6.

⁶⁷ *Ibid.*, par. 9.

l'analisi della possibile discriminazione di alcuni gruppi vulnerabili, come le donne musulmane⁶⁸.

3. *Velo islamico, "neutralità" religiosa e parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro: le guidelines della Corte di giustizia dell'Unione europea*

Le legittimità del divieto di indossare il velo islamico è stata esaminata anche dalla Corte di giustizia dell'UE, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto dell'Unione della proibizione di indossare simboli religiosi imposta ai dipendenti dal regolamento interno di un'impresa⁶⁹. Nei casi *G4S Secure Solutions*⁷⁰, *Bougnaoui e ADDH*⁷¹, *WABE*⁷² e *S.C.R.L.*⁷³, originati dal licenziamento o dalla mancata assunzione di donne musulmane in ragione del rifiuto di togliere il velo islamico durante la propria attività lavorativa, i giudici di Lussemburgo si sono soffermati, in particolare, sulla discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali ai sensi della direttiva 2000/78/CE, rimarcando che spetta in ultima analisi al giudice nazionale stabilire se, e in quale misura, la norma aziendale che vieti di indossare un indumento religioso nel luogo di lavoro sia giustificata da una finalità legittima e se i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari⁷⁴.

⁶⁸ K. NIEMINEN, *Eroding the Protection against Discrimination: Procedural and De-Contextualized Approach to S.A.S. v. France*, in *International Journal of Discrimination and the Law*, 2019, n. 19, pp. 69-88.

⁶⁹ E. HOWARD, *Headscarves and the CJEU: Protecting Fundamental Rights and Pandering to Prejudice, the CJEU Does Both*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2022, vol. 29, n. 2, pp. 245-262.

⁷⁰ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 14 marzo 2017, *G4S Secure Solutions*, causa C-157-15.

⁷¹ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 14 marzo 2017, *Bougnaoui e ADDH*, causa C-188/15.

⁷² Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 15 luglio 2021, *WABE e MJ*, cause riunite C-804/18 e C-341/19.

⁷³ Corte di giustizia, sentenza del 13 ottobre 2022, *S.C.R.L.*, causa C-344/20.

⁷⁴ Corte di giustizia, Grande Sezione, *G4S Secure Solutions*, cit., par. 36; Grande Sezione, *Bougnaoui e ADDH*, cit., parr. 32, 36; Grande Sezione, *WABE*, cit., par. 59;

Nei casi in parola, i giudici nazionali avevano richiesto in via pregiudiziale alla Corte di giustizia di accertare se la “neutralità” imposta ai lavoratori e ai loro indumenti costituisse un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell’attività lavorativa o se, invece, essa generasse una discriminazione basata sulla religione o sulle convinzioni personali proibita dalla citata direttiva 2000/78; quest’ultima stabilisce, infatti, una serie di divieti per combattere le discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l’età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l’occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento.

Segnatamente, la direttiva 2000/78 contempla, sia un divieto “generalizzato” di discriminazione diretta (ovvero la situazione nella quale una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un’altra in una situazione analoga) e che è soggetto solo alle specifiche deroghe previste dalla legislazione, sia un divieto di discriminazione indiretta (ovvero la situazione nella quale una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri comportano, di fatto, un particolare svantaggio per alcune persone, perché ad esempio esse aderiscono ad una determinata religione o ideologia) e che può, tuttavia, essere giustificata qualora il provvedimento restrittivo del diritto o della libertà tutelati persegua un obiettivo legittimo con misure appropriate e necessarie.

A dispetto dell’“interpretazione armonica” delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e di quelle della CEDU (e dei suoi protocolli) richiesta alla Corte di giustizia dalla clausola di equivalenza di cui all’articolo 52 paragrafo 3 della Carta⁷⁵, l’esame delle questioni sollevate innanzi ai giudici di Lussemburgo è stato, però, condotto in un’ottica “parzialmente autonoma” dalla Corte di Strasburgo. Certamente, i diritti fondamentali quali ricons-

S.R.L.C., cit., par. 37.

⁷⁵ La tendenza ad una autonomia interpretativa della Corte di giustizia è emersa anche in altri ambiti. Nel quadro delle garanzie procedurali e del diritto al *ne bis in idem*, v. A. ORIOLO, *Il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato nell’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE*, in A. DI STASI (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e spazio europeo di giustizia. L’applicazione giurisprudenziale del Titolo VI della Carta*, Napoli, 2019, pp. 335-371.

ciuti dalla CEDU e interpretati dalla Corte di Strasburgo costituiscono principi generali del diritto dell'Unione di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza “[ispirandosi] alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito” e in particolare dalla CEDU⁷⁶.

In effetti, mancando nella direttiva 2000/78 una definizione di “religione”, il legislatore dell'UE ha fatto riferimento al diritto alla libertà di coscienza e di religione quale sancito dall'articolo 9 della CEDU e riprodotto nell'articolo 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Cionondimeno, come più volte chiarito dalla Corte di giustizia, la Convenzione europea del 1950 “non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato [nel suo ordinamento]”⁷⁷. Del resto, è lo stesso articolo 52 della Carta a prevedere che la clausola di equivalenza “non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa” di quella prevista dalla CEDU⁷⁸.

In questa prospettiva, anche la giurisprudenza della Corte EDU potrebbe essere disattesa laddove, nel caso di diritti stabiliti nella Carta dell'UE che abbiano contenuti simili a quelli stabiliti nella CEDU e nei relativi protocolli, l'interpretazione della Corte di giustizia stabilisce un livello più elevato di protezione, a condizione che ciò non pregiudichi un altro diritto garantito dalla Carta stessa. Gli *headscarf cases* in esame rappresentano, in effetti, un chiaro esempio della crescente

⁷⁶ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 3 settembre 2008, *Kadi e Al Barakaat International Foundation*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, par. 283.

⁷⁷ Corte di giustizia, Grande Sezione, *Åkerberg Fransson*, cit., par. 62. Sul “dialogo interpretativo” tra le due Corti: v. A. DI STASI, *Human Dignity as a Normative Concept. “Dialogue” Between European Courts (ECtHR AND CJEU)?*, in P. PINTO DE ALBUQUERQUE, K. WOJTYCZEK (eds.), *Judicial Power in a Globalized World. Liber Amicorum Vincent De Gaetano*, 2019, pp. 115-130, in particolare p. 128: “*In the present phase of European history within an ‘integrated’ - or basically integrated system of human rights- like the European one, the ‘circulation’ among international judicial systems, both for interpretation or inspiration needs and for parametrical and/or application ends, is by now frequent. An evidence of this is the ‘selective’ reception of (normative and jurisprudential) values existing between the judgments of the ECtHR and CJEU*”.

⁷⁸ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 21 dicembre 2016, *Tele2 Sverige*, cause riunite C-203/15 e C-689/15, par. 129.

tendenza della Corte di giustizia europea ad una “autonomia interpretativa” nel contesto dei diritti umani, offrendole l’opportunità di fornire una protezione della libertà religiosa più ampia rispetto a quella accordata dalla Corte EDU. È vero che gli approcci delle due Corti sono sostanzialmente i medesimi nel contesto della discriminazione indiretta, in quanto anche le misure restrittive giustificate dal diritto dell’Unione presuppongono l’esistenza di un obiettivo legittimo e proporzionato e rispecchiano, quindi, l’impostazione della CEDU. Tuttavia, nel contesto del divieto di discriminazione diretta per motivi religiosi, la tutela offerta dal diritto dell’Unione è chiaramente più intensa. Se, infatti la CEDU ammette che l’ingerenza statale in un diritto garantito possa essere giustificata in ragione del fatto che essa persegue un obiettivo legittimo ed è proporzionata, secondo la legislazione dell’Unione, invece, le deroghe sono consentite solo se la misura restrittiva le prevede specificamente⁷⁹.

Pertanto, mentre nell’interpretare la CEDU, la Corte di Strasburgo ha adottato un approccio “basato sulle restrizioni” alle garanzie convenzionali facendo principalmente riferimento all’articolo 9 della Convenzione e riservando un ruolo accessorio al successivo articolo 14⁸⁰, la Corte di giustizia dell’Unione ha concentrato la sua analisi sulla non discriminazione (per motivi di religione o convinzioni personali) quale principio generale del diritto dell’UE⁸¹. In questo senso, la protezione più ampia offerta dal diritto dell’UE come interpretato dalla Corte di

⁷⁹ V. l’opinione dell’Avvocato generale SHARPSTON presentata nel caso Corte di giustizia, Grande Sezione, *Bouagnaoui e ADDH*, cit., par. 63, e l’opinione dell’Avvocato generale KOKOT presentata nel caso Corte di giustizia, Grande Sezione, *G4S Secure Solutions*, cit., par. 40: “La distinzione fra discriminazione diretta e indiretta è importante sotto il profilo giuridico soprattutto in quanto le possibilità di giustificazione possono divergere a seconda se la disparità di trattamento su cui la discriminazione si fonda sia collegata alla religione direttamente o indirettamente. In particolare, i possibili obiettivi che possono essere presi in considerazione per giustificare una disparità di trattamento diretta fondata sulla religione hanno una minore estensione di quelli che possono giustificare una disparità di trattamento indiretta”.

⁸⁰ V. l’opinione dell’Avvocato generale SHARPSTON presentata nel caso Corte di giustizia, Grande Sezione, *Bouagnaoui e ADDH*, cit., par. 60.

⁸¹ *Ibid.*, par. 62.

giustizia europea è del tutto legittima ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

In effetti, nei casi esaminati dalla Corte di giustizia il divieto imposto dalle imprese si riferisce al fatto di indossare segni visibili di convinzioni politiche, filosofiche o religiose e riguarda qualsiasi manifestazione di tali convinzioni, senza distinzione alcuna. Secondo la Corte, quindi, detta norma tratta in maniera identica “tutti” i dipendenti dell'impresa, imponendo loro, in maniera “generale ed indiscriminata”, una neutralità di abbigliamento che non crea una disparità di trattamento “direttamente” fondata sulla religione o sulle convinzioni personali.

Pur tuttavia, non è escluso che la disposizione restrittiva in esame generi una disparità di trattamento “indirettamente” fondata sulla religione o sulle convinzioni personali laddove l'obbligo apparentemente neutro in essa contenuto comporti, di fatto, un particolare svantaggio per le persone che professano una determinata religione o aderiscono a una certa ideologia. A tale riguardo la Corte di giustizia, pur ribadendo che spetta in ultima analisi al giudice nazionale stabilire se e in quale misura siffatta disparità di trattamento sia oggettivamente giustificata da una finalità legittima e se i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari⁸², non rinuncia ad evidenziare la propria competenza “nel dare indicazioni che consentano al medesimo giudice di pronunciarsi sulla concreta controversia di cui è stato investito”⁸³.

Nel fornire al giudice nazionale tale supporto interpretativo, la Corte UE innanzitutto, ha ribadito che la volontà di un datore di lavoro di presentare ai propri clienti, sia nel settore pubblico che in quello privato, un'immagine di neutralità (politica, filosofica o religiosa) deve essere considerata legittima, in quanto espressione della libertà d'impresa riconosciuta dall'articolo 16 della Carta⁸⁴.

⁸² Corte di giustizia, Grande Sezione, *G4S Secure Solutions*, cit., par. 36; Grande Sezione, *Boungaoui e ADDH*, cit., parr. 32, 36; Grande Sezione, *WABE*, cit., par. 59; *S.R.L.C.*, cit., par. 37.

⁸³ Corte di Giustizia, Grande Sezione, *G4S Secure Solutions*, cit., par. 36.

⁸⁴ *Ibid.*, par. 38.

In secondo luogo, secondo i giudici di Lussemburgo, va considerato che il divieto per i lavoratori di indossare in modo visibile segni di convinzioni politiche, filosofiche o religiose è idoneo ad assicurare la corretta applicazione di una politica di neutralità a condizione, però, che tale politica sia realmente perseguita in modo coerente e sistematico⁸⁵.

Infine, secondo la Corte, occorre verificare se tale divieto si limiti allo stretto necessario, ossia accertare, nel caso di specie, “se il divieto di indossare in modo visibile qualsiasi segno o indumento che possa essere associato ad un credo religioso oppure ad una convinzione politica o filosofica interessi unicamente i dipendenti che hanno rapporti con i clienti. In caso affermativo, detto divieto deve essere considerato strettamente necessario per il conseguimento della finalità perseguita”⁸⁶.

In conclusione, la Corte ha sostenuto che il divieto di usare un velo islamico, derivante da una norma interna di un’impresa che proibisce di indossare in modo visibile qualsiasi segno politico, filosofico o religioso sul luogo di lavoro, può costituire una discriminazione indiretta delle donne musulmane ai sensi della direttiva 2000/78, a meno che esso sia oggettivamente giustificato da una finalità legittima, come il perseguimento, da parte del datore di lavoro, di una politica di neutralità politica, filosofica e religiosa nei rapporti con i clienti, e che i mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari; circostanza, questa, che spetta al giudice del rinvio verificare in linea, però, con le indicazioni della Corte dell’Unione⁸⁷.

Nei casi in commento la Corte dell’UE ha, quindi, ristretto sensibilmente il margine di “manovra” interpretativa lasciato ai giudici nazionali ed ha fornito una indicazione molto chiara su come strutturare la valutazione della discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali nei confronti di dipendenti interessati da prescrizioni religiose in materia di abbigliamento nel contesto dell’applicazione di una regola di neutralità interna.

⁸⁵ *Ibid.*, par. 40.

⁸⁶ *Ibid.*, par. 42.

⁸⁷ *Ibid.*

La Corte ha così chiarito che la semplice volontà di un datore di lavoro di condurre una politica di neutralità, sebbene costituisca, di per sé, una finalità legittima, non è sufficiente, in quanto tale, a giustificare in modo oggettivo una differenza di trattamento indirettamente fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, dato che il carattere oggettivo di una siffatta giustificazione può ravvisarsi solo a fronte di un'esigenza reale del datore di lavoro, che spetta a quest'ultimo dimostrare.

Sicché, pur comprendendo la facoltà di introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli di quelle previste dalla direttiva 2000/78⁸⁸, la discrezionalità riconosciuta agli Stati membri non può estendersi, ad esempio, fino a consentire a questi ultimi o ai giudici nazionali di considerare come distinti ed autonomi motivi di discriminazione “la religione” e “le convinzioni personali” (che costituiscono invece un unico motivo di discriminazione) salvo pregiudicare l'effetto utile del quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro istituito dalla direttiva 2000/78⁸⁹.

Nel più recente caso *S.C.R.L.*, sulla scia dell'approccio già adottato nel caso *WABE*, l'intervento della Corte UE ha, quindi, circoscritto ulteriormente il margine di apprezzamento lasciato agli Stati membri dalla direttiva 2000/78, precisando che esso deve andare di pari passo “con un controllo, che spetta al giudice dell'Unione, consistente, in particolare, nel verificare se le misure adottate a livello nazionale siano giustificate in linea di principio e se siano proporzionate”⁹⁰.

⁸⁸ Considerando 28 e art. 8, della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000.

⁸⁹ Corte di giustizia, sentenza *S.R.L.C.*, cit., parr. 54-55.

⁹⁰ *Ibid.*, par. 48. Vedi anche Corte di giustizia, Grande Sezione, *WABE*, cit., par. 86, nonché giurisprudenza *ivi* citata.

4. *Il diritto delle donne musulmane di indossare il velo islamico nell'attività di monitoraggio del Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite*

Nei casi *Yaker c. Francia* e *Hebbadj c. Francia* del 2018⁹¹, il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite ha considerato le disposizioni della Loi n. 1192 del 2010 incompatibili, sia con il diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione, che con il diritto alla eguaglianza di fronte alla legge, rispettivamente sanciti dagli articoli 18 e 26 del Patto sui diritti civili e politici del 1966.

Entrambi i casi riguardavano due donne musulmane sanzionate con una multa per aver indossato in pubblico a Nantes il *niqab*, in contrasto con la citata legge del 2010 e che avevano inizialmente rappresentato le loro doglianze innanzi alla Corte europea dei diritti umani, pronunciatasi, tuttavia, nel senso dell'irricevibilità dei ricorsi⁹². Il Comitato ha, invece, dichiarato i casi ammissibili in ragione del carattere estremamente "succinct" della decisione di irricevibilità della Corte di Strasburgo, fondata su "des motifs exclusivement procéduraux" e quindi incapaci di escludere le valutazioni del merito⁹³.

⁹¹ Comitato delle Nazioni Unite per i diritti umani, constatazione del 17 luglio 2018, comunicazione n. 2747/2016, *Sonia Yaker c. Francia*; constatazione del 17 luglio 2018, comunicazione n. 2807/2016, *Miriana Hebbadj c. Francia*. V. S. BERRY, *The UN Human Rights Committee Disagrees with the European Court of Human Rights Again: The Right to Manifest Religion by Wearing a Burqa*, in *EJIL Talk*, 3 gennaio 2019.

⁹² Questa circostanza assume una particolare rilevanza giacché avrebbe potuto pregiudicare l'intervento del Comitato a causa di una riserva presentata dalla Francia nel ratificare il Protocollo opzionale al Patto che esclude la competenza del Comitato in relazione ai casi già esaminati nell'ambito di un'altra procedura internazionale

⁹³ Comitato delle Nazioni Unite per i diritti umani, *Yaker*, cit., par. 6.2 e *Hebbadj*, cit., par. 6.4: "Le Comité a cependant relevé, à la lecture de la lettre de la Cour, que la requête de l'auteure ne semblait pas avoir été déclarée irrecevable pour des motifs exclusivement procéduraux et que, de par le caractère succinct du raisonnement exposé par la Cour, il apparaissait qu'aucune argumentation ou clarification quant au fondement de la décision d'irrecevabilité n'avait été apportée à l'auteure pour justifier le rejet de sa requête sur le fond. Par conséquent, le Comité a estimé qu'il ne lui était pas possible de déterminer avec certitude que l'affaire présentée par l'auteure avait déjà fait l'objet d'un examen même limité du fond, au sens de la réserve formulée par l'État partie".

Passando ad esaminare la presunta violazione dell'articolo 18 del Patto, il Comitato ha chiarito che, sebbene apparentemente il divieto ai sensi della legge francese n. 1192 del 2010 non si basi sulla connotazione religiosa degli indumenti in questione, ma sul semplice fatto che essi nascondono completamente il viso, “[i]l n’est pas contesté non plus que la loi n° 2010-1192 interdisant les tenues destinées à dissimuler son visage dans l’espace public est applicable au niqab porté par l’auteure, laquelle est de ce fait forcée à renoncer à se vêtir conformément à son approche religieuse ou s’exposer autrement à des sanctions”⁹⁴. Di conseguenza, il divieto introdotto ai sensi della Loi n. 2010-1192 costituisce una limitazione della libertà delle ricorrenti di manifestare la propria religione o il proprio credo indossando il *niqab*, ai sensi dell'articolo 18, paragrafo 1, del Patto⁹⁵.

Ciò posto, il Comitato ha dovuto stabilire se tale restrizione, ancorché prescritta dalla legge, perseguisse un obiettivo legittimo e fosse necessaria, proporzionata e non discriminatoria. Condividendo le soluzioni accolte dalla Corte EDU nel caso *S.A.S.*, il Comitato ha accettato l'argomentazione del *living together* quale possibile obiettivo legittimo ai sensi del Patto sostenendo che mostrare il proprio volto sia “[le] minimum de confiance indispensable à la vie en commun dans une société égalitaire et ouverte”⁹⁶ e, quindi, che nascondere il viso potrebbe essere percepito come un potenziale ostacolo all'interazione individuale. L'organo di controllo ha così riconosciuto l'interesse dello Stato a promuovere, nel suo territorio, la socialità e il rispetto reciproco tra gli individui, in tutta la loro diversità⁹⁷.

Cionondimeno, esso ha anche considerato che il concetto di “vivere insieme” è assai vago e astratto e che le eccezioni ai diritti umani coperte Patto – come la protezione dei diritti e delle libertà altrui – devono essere interpretate rigorosamente, ossia identificando quali di-

⁹⁴ Comitato delle Nazioni Unite per i diritti umani, *Yaker*, cit., par. 8.3 e *Hebbadj*, cit., par. 7.3.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ Comitato delle Nazioni Unite per i diritti umani, *Yaker*, cit., par. 8.9 e *Hebbadj*, cit., par. 7.9.

⁹⁷ *Ibid.*

ritti fondamentali specifici e quali destinatari siano interessati da tali eccezioni⁹⁸.

Nei casi in esame, lo Stato convenuto non è riuscito a chiarire quali diritti o libertà fondamentali altrui sarebbero stati “ingiustamente” limitati dal fatto che le ricorrenti indossassero il velo integrale e perché; né, tantomeno, esso ha dimostrato che il divieto imposto dalla Loi n. 1192 fosse proporzionato allo scopo del “vivere insieme” o che fosse il mezzo meno restrittivo del *forum externum* della libertà di religione⁹⁹.

Per quanto riguarda la presunta violazione del divieto di discriminazione *ex* articolo 26 del Patto, è vero – osserva il Comitato – che il divieto introdotto dalla Loi n. 1192 si applica senza distinzioni a qualsiasi persona che nasconda il proprio volto in pubblico, senza implicazioni religiose, ma resta il fatto che esso “indirettamente” discrimina le donne che indossano il velo integrale. Più precisamente, una violazione dell’articolo 26 può derivare dall’effetto indiretto di una disposizione apparentemente neutra o priva di qualsiasi scopo discriminatorio. Pertanto, il Comitato ha dovuto accertare se la disparità di trattamento che ha interessato le donne che hanno indossato il velo integrale, soddisfacesse i criteri di ragionevolezza, obiettività e legittimità dell’obiettivo.

In questa prospettiva, l’organo di controllo ha osservato che il divieto generale introdotto dalla legge francese n. 1192 del 2010 sembrerebbe basarsi sull’idea che il velo integrale sia intrinsecamente discriminatorio e che le donne siano costrette ad indossarlo. In realtà, pur non escludendo che alcune donne possano essere obbligate ad indossare il velo da pressioni familiari o sociali, il Comitato ha osservato che tale indumento può anche esprimere una libera scelta – o persino una rivendicazione – basata sul credo religioso, come nei casi in esame. Sicché, anziché proteggere le donne completamente coperte dal velo, il divieto nazionale rischierebbe di confinarle nelle loro case, impedendone l’accesso ai servizi pubblici ed esponendole al rischio di abusi e

⁹⁸ Comitato delle Nazioni Unite per i diritti umani, *Yaker*, cit., par. 8.10 e *Hebbadj*, cit., par. 7.10.

⁹⁹ Comitato delle Nazioni Unite per i diritti umani, *Yaker*, cit., par. 8.12 e *Hebbadj*, cit., par. 7.12.

marginalizzazione¹⁰⁰. A ciò si aggiunga che le sanzioni imposte alle donne che decidono di indossare il velo integrale in pubblico producono “*nécessairement des effets négatifs sur le droit de l’auteure de manifester sa religion en portant le voile et éventuellement sur d’autres droits*”¹⁰¹.

Divergendo espressamente dalle conclusioni della Corte EDU, il Comitato ha quindi affermato che il divieto introdotto dalla *Loi* n. 1192 “*affecte de façon disproportionnée l’auteure en tant que femme musulmane qui choisit de porter le voile intégral, et introduit entre elle et les autres personnes qui couvrent parfois leur visage dans l’espace public de façon légale une distinction qui n’est ni nécessaire ni proportionnée à un intérêt légitime et qui est donc déraisonnable*”¹⁰². Conseguentemente la misura legislativa introdotta in Francia costituisce “*une forme de discrimination croisée*” basata sul sesso e sulla religione ai sensi dell’articolo 26 del Patto¹⁰³.

Il ricorso al principio della “non discriminazione” ha consentito, quindi, al Comitato di limitare la discrezionalità statale nella valutazione della legittimità delle eccezioni del diritto alla libertà di manifestare la propria religione, ampliandone l’ambito di protezione.

Inoltre, è interessante notare che nei casi *Yaker* e *Hebbadj* il Comitato non ha circoscritto la sua funzione all’accertamento di una violazione del Patto, ma si è spinto ad indicare “direttamente” le misure individuali e generali da adottare per ripararne gli effetti ed evitare il riproporsi di violazioni simili. A seguito delle accertate violazioni degli obblighi imposti allo Stato convenuto dal Patto, in particolare dagli articoli 18 e 26, esso, innanzitutto, “*est tenu, notamment, d’accorder à l’auteure des mesures de satisfaction appropriées, y compris une indemnisation financière correspondant au préjudice subi*”¹⁰⁴; in secondo lu-

¹⁰⁰ Comitato delle Nazioni Unite per i diritti umani, *Yaker*, cit., par. 8.15 e *Hebbadj*, cit., par. 7.15.

¹⁰¹ Comitato delle Nazioni Unite per i diritti umani, *Yaker*, cit., par. 8.16 e *Hebbadj*, cit., par. 7.16.

¹⁰² Comitato delle Nazioni Unite per i diritti umani, *Yaker*, cit., par. 8.17 e *Hebbadj*, cit., par. 7.17.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Comitato delle Nazioni Unite per i diritti umani, *Yaker*, cit., par. 10 e *Hebbadj*, cit., par. 9.

go, ha l'obbligo di prevenire simili violazioni in futuro, anche attraverso la revisione della Loi n. 1192 del 2010¹⁰⁵; infine, è anche obbligato a riferire al Comitato, entro 180 giorni, in merito alle misure adottate per attuarne la decisione¹⁰⁶.

Un approccio, questo, particolarmente interessante poichè si iscrive nel processo di internazionalizzazione della protezione dei valori universali – quali i diritti umani – che, ancorché affidata in via primaria ai sistemi nazionali, vede rafforzato il ruolo delle istituzioni sovranazionali chiamate a promuovere l'adesione degli Stati ai principi e agli obblighi internazionali e a monitorarne l'attività di implementazione¹⁰⁷.

5. Conclusioni

La giurisprudenza internazionale sul divieto di nascondere il volto in alcune occupazioni e situazioni sembra indicare un modello “nascente” di società democratica in cui il rispetto per le “garanzie minime del vivere insieme” quale, ad esempio, “*le droit de la société tout entière à reconnaître les siens, à travers les signatures de leurs visages*”¹⁰⁸, potrebbe essere considerato un elemento di protezione dei diritti e delle libertà altrui e quindi legittimare la limitazione di alcune garanzie individuali. Resta il fatto, tuttavia, che alcuni aspetti della “protezione dei diritti e delle libertà altrui” (in generale) e del concetto di “vivere insieme” (in particolare) sono troppo malleabili e poco limpidi e necessitano di essere chiariti da istituzioni sovranazionali al fine di evi-

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ Comitato delle Nazioni Unite per i diritti umani, *Yaker*, cit., par. 11 e *Hebbadj*, cit., par. 10.

¹⁰⁷ Sulla integrazione tra Stati ed istituzioni internazionali nella gestione delle attività di tipo pubblicistico rispetto a tutte le funzioni fondamentali dell'ordinamento internazionale (produzione, accertamento ed attuazione del diritto), v. G. ZICCARDI CAPALDO, *The Law of the Global Community: An Integrated System to Enforce “Public” International Law*, in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2001, pp. 71-120.

¹⁰⁸ V. l'opinione dissenziente di BEN ACHOUR presentata nei casi del Comitato per i Diritti umani delle Nazioni Unite, *Yaker* e *Hebbadj*, cit., par. 7.

tare interferenze sproporzionate da parte degli Stati nei diritti delle minoranze, come le donne musulmane.

Nel tentativo di individuare i corretti parametri interpretativi per promuovere, garantire ed equilibrare la diversità e la libertà¹⁰⁹, la Corte europea dei diritti umani, la Corte di giustizia dell'Unione europea e il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, propongono, però, conclusioni non del tutto convergenti. Cionondimeno, le pronunce esaminate rimangono degne di nota, non solo nell'ottica di riconoscere le esigenze del "vivere insieme" quale legittimo obiettivo ai fini della limitazione della libertà di religione, quanto anche nel quadro della "autonomia interpretativa" delle istituzioni internazionali in tema di *forum externum* della libertà di religione e diritto di indossare il velo islamico oltre che, infine e soprattutto, nella prospettiva di rafforzare il ruolo delle istituzioni sovranazionali nella promozione e nel monitoraggio del rispetto degli standard internazionali da parte degli Stati.

Nel tracciare le *guidelines* interpretative per la valutazione della liceità delle interferenze statali nei "diritti religiosi", la Corte di giustizia e il Comitato per i diritti forniscono, infatti, alle corti interne un supporto interpretativo indubbiamente più marcato rispetto alla Corte di Strasburgo, individuando nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE e nel Patto dei Diritti civili e politici delle Nazioni Unite (rispettivamente) i referenti normativi di una tutela più intensa del *forum externum* della libertà di religione rispetto a quella riconosciuta nella CEDU. Sarà proprio questo approccio a legittimare, come si è visto, una interpretazione del diritto alla libertà di religione "parzialmente autonoma" da quella resa dalla giurisprudenza di Strasburgo e una conseguente compressione di quel margine di apprezzamento statale nel disciplinare il divieto di indossare il velo islamico, riconosciuto, invece, dalla Corte EDU.

In linea con queste considerazioni, mentre è perfettamente legittimo tenere conto del ruolo primario degli Stati nella definizione del quadro legislativo delle loro società, gli argomenti tratti dalla giuris-

¹⁰⁹ Council of Europe, *Living together. Combining diversity and freedom in 21st-century Europe Report of the Group of Eminent Persons of the Council of Europe*, online a <https://www.coe.int/t/dg4/highereducation/2011/KYIV%20WEBSITE/Report%20on%20diversity.pdf>.

prudenza europea ed internazionale sembrerebbero militare contro l'accettazione di un incondizionato margine di apprezzamento delle autorità nazionali nell'equilibrare gli interessi sostanziali coinvolti favorendo, invece, una più incisiva funzione di orientamento e di vigilanza delle istituzioni sovranazionali sulla promozione e sul rispetto degli standards internazionali da parte degli Stati.

Abstract

Il presente articolo si interroga sulla legittimità del divieto di indossare il velo islamico (e, più in generale, indumenti atti a dissimulare il viso) proponendo un'analisi comparata della giurisprudenza degli organi internazionali che ne hanno interpretato l'uso quale espressione del diritto fondamentale alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Nel tentativo di individuare i corretti parametri interpretativi per promuovere, garantire ed equilibrare la diversità e la libertà, la Corte europea dei diritti umani, la Corte di giustizia dell'Unione europea e il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, propongono, però, conclusioni non del tutto convergenti. Cionondimeno, le pronunce esaminate rimangono degne di nota, non solo nell'ottica di riconoscere le esigenze del “*living together*” quale legittimo obiettivo ai fini della limitazione della libertà di religione, quanto anche nel quadro della “autonomia interpretativa” delle istituzioni internazionali in tema di *forum externum* della libertà di religione e del diritto di indossare il velo islamico oltre che, infine e soprattutto, nella prospettiva di rafforzare il ruolo delle istituzioni sovranazionali nella promozione e nel monitoraggio del rispetto degli standard internazionali da parte degli Stati.

KEYWORDS: Giurisprudenza internazionale – libertà di religione – *living together* – parità di genere – velo islamico

THE BAN ON THE ISLAMIC VEIL IN INTERNATIONAL
JURISPRUDENCE: BETWEEN GENDER EQUALITY,
RELIGIOUS NEUTRALITY, AND “LIVING TOGETHER”

This article questions the legitimacy of the veil ban (and, more generally, clothing concealing the face) by proposing a comparative analysis of international courts jurisprudence that has interpreted the wearing of this “headcovering” as an expression of the fundamental right to freedom of thought, conscience and religion. In an attempt to identify the correct interpretative parameters to promote, guarantee and balance diversity and freedom, the European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union and the United Nations Human Rights Committee proposed, however, not entirely converging conclusions. Nonetheless, the rulings examined remain

noteworthy, not only with a view to recognizing the needs of the “living together” as a legitimate objective for the purpose of limiting the religious rights, but also in the context of the “interpretative autonomy” of international courts on the subject of *forum externum* of freedom of religion and the right to wear the Islamic veil as well as, lastly and above all, with a view to strengthening the role of supranational institutions in promoting and monitoring States’ compliance with international standards.

KEYWORDS: International jurisprudence – freedom of religion – living together – gender equality – Islamic veil

NOT JUST A MATTER OF NUMBERS.
PRINCIPAL STATISTICAL SOURCES
ON GENDER AND MIGRATION

*Alessandro Polli**

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. Principal statistical sources on gender and migration. – 2.1. International migration stock data. – 2.2. International migration flows data. – 3. The debate on gender breakdown in migration data. – 4. Concluding remarks.

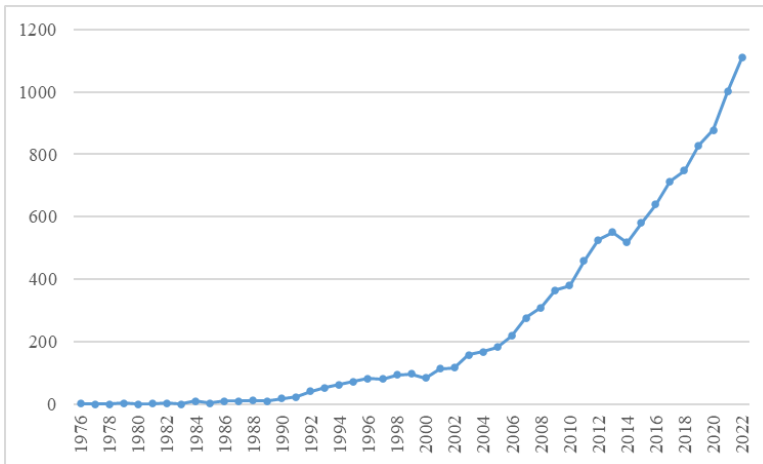
1. Introduction

“Gender” refers to a set of characteristics, qualities, values, beliefs, and behaviors socially determined. As a social construct, gender varies from society to society and can change over time. In gender studies the concept of intersectionality plays a crucial role. More specifically, gender is hierarchical and produces inequalities that interact with other social and economic inequalities. Discrimination based on gender interacts with other elements, such as social and economic *status*, age, and sexual orientation.

The topic of gender and migration has gained increasing attention in literature only in the last three decades. Scientific production, essentially occasional for years after the first article of 1976, has grown exponentially since 1990 (Figure 1).

* Researcher in Economic Statistics, La Sapienza University of Rome. E-mail address: alessandro.polli@uniroma1.it

Figure 1 – Scientific production on gender and migration



This growth reflects two major paradigm shifts. The first shift is connected to the growing attention to female migration, while the second stems from the awareness that the study of migration in a gendered dimension requires more sophisticated theoretical and analytical tools than those used in the past¹.

Migration is a highly complex process, and its study should not concern only the economic domain. In order to achieve a better understanding of the migration process, one should consider other dimensions of analysis, among which gender plays a crucial role².

Indeed, as a social construct, gender is a central analytical category. Gender differences create power relations that lead to inequalities between men and women. These relationships change over time and vary according to the sociocultural context, interacting with other factors, including ethnicity, nationality, social class, and migration *status*.

¹ N. PIPER, *Gender and migration*, Paper prepared for the Policy Analysis and Research Programme of the Global Commission on International Migration, Geneva, 2005.

² A.J. PETROZZIELLO, *Gender on the Move: Working on the Migration-Development Nexus from a Gender Perspective*, Santo Domingo, UN Women, 2013.

Therefore, gender influences all aspects of the migratory experience, as it determines the reasons for migrating, the choice of relational networks that migrants use to move, the integration into the host country's labor market, and decisions relating to remittances to their country of origin.

Two main aspects characterize the current migratory flows. On the one hand, there is a growing feminization of migration, understood as the number of migrant women who independently decide to move abroad for work or education. On the other hand, many studies have proved the existence of a "double disadvantage" for female migrants, who, due to their gender and migration *status*, are more likely to suffer discrimination or ill-treatment than male migrants³.

Thus, adopting a gender perspective can increase the effectiveness of migration programs and policies, although gender equality should be a goal in itself, not a tool to increase the effectiveness of those programs.

Another relevant analytical dimension of the migratory process is the spatial one. Many migration and development programs focus exclusively on countries of origin. These programs favor the national-state dimension rather than that of global capitalism, the functioning of which requires cheap, often imported labor⁴.

This approach tends to overlook many aspects of the migration-development nexus. Firstly, development is not a challenge only for the countries of the global South but also for developed countries, grappling with the crisis of the welfare state, an aging population, and a growing demand for home care, which has led to the birth and diffusion of global care chains.

Instead of trying to fix these structural problems, the governments of developed countries prefer to import migrant workers without designing adequate migration policies. This choice leads to an unsustainable situation in which there is a demand for migrant labor but little or no arrangements for migrants to meet that demand legally.

³ Z. MEGHANI (ed.), *Women Migrant Workers. Ethical, Political and Legal Problems*, London, 2016.

⁴ A.J. PETROZZIELLO, *Gender on the Move*, cit.

From a statistical point of view, a detailed analysis of the numerous aspects linked to migrations is only possible with the availability of disaggregated data, for example, by age group and gender. We collect disaggregated data when we focus on the groups that belong to the population and are homogeneous for one or more characteristics.

Without gender-disaggregated data collected at different stages of migration, it could be hard to measure gender differences and identify specific vulnerabilities related to the migration process. Furthermore, having disaggregated data on migration is crucial to design evidence-based migration policies.

In this paper, we focus on two particular aspects related to data on gender and international migration. In the first section, we present a list of statistical sources currently available. In the second section, we discuss the need for data on migration disaggregated by sex and age group, as intensive international debates have already highlighted.

2. Principal statistical sources on gender and migration

Statistical data on international migration are disseminated for migrants' stock and flows. Data on the migrants' stock refer to the number of people whom a given moment – usually on mid-year or the 31 December of a given year – live in a country of habitual residence other than their country of origin (which is not necessarily the country of birth or citizenship). National statistical offices collect data on migratory stocks through census, population records, and surveys, and data are often available by age group and sex.

Data on migratory flows refer to the number of people who change their country of habitual residence for a given period – usually one year. At the individual level, migration is a process that takes place over time and runs through a defined space, known as a migratory corridor. The migratory corridor is “the hypothetical connection between two places, through which people may or may not migrate”⁵ and often involves crossing one or more national borders. Thus, the measure of

⁵ J. CARLING, *Migration corridors: conceptual and methodological issues*, Paper prepared for the NORFACE-funded THEMIS project, 2010.

the migratory flow requires the observation of migrants on multiple occasions. The greater complexity of measuring migration flows compared to measuring the migration stock means that statistics on migration flows are only available for countries that have well-organized national statistical offices.

Furthermore, while from a statistical point of view, there is a well-established definition of the country of habitual residence (the country where a person lives for more than one year), from a legal point of view, each country adopts a specific definition of habitual residence, often hampering cross-national comparisons. There are also significant differences related to the different methods of data gathering.

The different granularity of data provided by national statistical offices further hampers cross-country comparisons. Many countries can provide only overall data on the migrant stock, relating to the total number of immigrants habitually residing at any given time. Other national statistics offices collect and publish bilateral data that refer to the number of people migrating to or from the country, broken down by countries of origin or destination.

In the following, we briefly present the characteristics of the principal data collections on migration, distinguishing between migrants' stock databases and those on migratory flows, referring to Hennebry *et al.*⁶, Buettner⁷ and Abel⁸ for further details and insights.

2.1. *International migration stock data*

The easiness of gathering statistical data on the migrants' stock makes stock data the principal source of information on international migration.

The United Nations is the leading producer of statistical information on the stock of international migrants. The United Nations col-

⁶ J. HENNEBRY, H. KC, K. WILLIAMS, *Gender and Migration Data: A Guide for Evidence-based, Gender responsive Migration Governance*, Geneva, 2021.

⁷ T. BUETTNER, *Stocktaking of migration data*, in *KNOMAD Paper Series*, 2022, n. 42.

⁸ G. ABEL, *Gender and migration data*, in *KNOMAD Paper Series*, 2022, n. 44.

lects data from national censuses and, where available, population registers or other nationally representative surveys.

The Department of Social Affairs (UN DESA) publishes the most comprehensive dataset on the stock of international migrants. The dataset contains regularly updated data on total migration and gender-specific bilateral migratory stocks of all countries member of the United Nations every five years from 1990 to 2020⁹. The data, provided by the national statistical offices, are integrated with statistics on refugees not included in the primary sources¹⁰ and processed to obtain aligned information at mid-year.

The DESA dataset is the basis of all the dissemination activities of statistical information on the international migrants' stock carried out by the various divisions of the United Nations. For example, the United Nations Statistics Division (UNSD), formerly the United Nations Statistics Office, regularly publishes data updates through the Demographic Yearbooks. UNdata, a new Internet-based data service, makes United Nations statistical databases available through a single access point.

The United Nations Population Division (UNPD) publishes the Global Migration Database (GMD). The database is a comprehensive collection of data on the stock of international migrants, classified by country of birth and country of habitual residence, sex, and age group. The estimates combine data from UNSD databases and other official sources, such as censuses and population registries for more than 200 countries and territories.

The International Labour Organization (ILO) is the specialized agency of the United Nations that promotes social justice and internationally recognized human rights with particular reference to labor rights in all its aspects. The ILO publishes estimates of labor migrant populations, applying a method that combines data on the total migrant stock from DESA with labor force participation rates from their collection of labor migration statistics. The ILO does not publish

⁹ United Nations Department of Economic and Social Affairs, *International Migrant Stock 2020. Methodology Report* (United Nations Database POP/DB/MIG/Stock/Rev.2020), New York, 2020.

¹⁰ G. ABEL, *Gender and migration data*, cit.

country-specific information, but its reports contain regional summaries disaggregated by sex¹¹.

Also within the United Nations, the Economic Commission for Latin America and the Caribbean (CELADE) provides data on total bilateral international migratory stocks for 19 Latin American and Caribbean countries, disaggregated by sex, based on the 1990, 2000, and 2010 censuses.

The statistical office of the European Union (Eurostat) plays a prominent role among the other producers of statistics on migration. Eurostat publishes two data collections about the migratory stock and the flows of over 30 countries in Europe and Central Asia. The national statistical offices of the member countries of the European Union, as well as other countries, provide the data on migration. Eurostat data is available on a web-based database. Data on the migrant stock is available by country of birth and country of habitual residence, disaggregated by sex and age group¹².

Lastly, the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) publishes data in various formats on the total migration stock of the 37 member countries of the organization. The most relevant OECD database is the DIOC (Database on Immigrants in OECD Countries), which provides an overview of the size and socio-economic characteristics of population born abroad and residing in OECD countries. Based on censuses carried out in more than 100 countries, the DIOC data, updated every five years starting from 2000/2001, are disaggregated by age, gender, level of education, and some key variables such as place of birth, length of residence, employment *status* and profession¹³. The summary tables are available in paper format on the International Migration Outlook and in Excel format from the OECD

¹¹ International Labour Organization, *ILO Global Estimates on Migrant Workers: Results and Methodology*, Geneva, 2021.

¹² Eurostat, *International Migration & Citizenship datasets available at Eurostat's website*, Directorate F: Social statistics - Unit F-2: Population and migration, Luxembourg, 2021.

¹³ Organization for Economic Cooperation and Development, *Migration Data Brief: The new immigrants. Global trends in migration towards OECD countries between 2000/01 and 2015/16*, Paris, 2019.

official website, while the complete dataset on the stock of international migrants is available in the International Migration Database.

2.2. International migration flows data

From an administrative point of view, when an individual transfers his habitual residence from a country of origin to a destination country for more than one year, this transfer entails his removal from the population register of the country of origin and his registration in the host country. Official statistics classify this movement as international migration, even if this definition leads to some difficulties in recognizing the *status* of migrants since the length of stay is unknown at the time of transfer.

We classify data on migratory flows according to the way they are collected. National statistical offices rely on various sources to collect this data, such as population registers, residence or work permits, and nationally specific surveys. National statistical offices transmit the data to international organizations for further processing so that the data disseminated by these organizations are categorized as secondary.

However, the availability of statistics on long-term international migrant flows remains very limited. Only developed countries have well-organized national statistical offices and can collect data on international migration with some detail. Yet even in these countries, the quality of the data on the flow of immigration is higher than that on the flow of emigration, often underestimated. Conversely, developing countries, which do not have effective national statistical offices, are often unable to collect detailed data on international migration flows.

As a result, secondary producers of migration flow statistics rarely disseminate data on migration flows disaggregated by sex. For example, the UN DESA database publishes forecasts of net migration flows for all UN member countries without disaggregation by sex¹⁴. The United Nations Statistics Division, which collects data on migrant flows from national statistical offices, does not publish data on international migration flows in the Demographic Yearbook since 1989. Cur-

¹⁴ United Nations Department of Economic and Social Affairs Population Division, *World Population Prospects: The 2019 Revision*, New York, 2019.

rently, data on migration flows are available on a web-based platform without disaggregation by sex.

The OECD also makes various databases on international migrant flows available for consultation on the web. The principal consultation tool on migration flows is the International Migration Database, which contains information on the incoming and outgoing flows of the foreign population for the 37 member countries of the organization and Russia. The latest year for which data are available is 2018 but without a breakdown by sex.

Therefore, the publication of data on international migration flows disaggregated by sex is the exception rather than the rule. For example, CELADE provides data on total international and bilateral migration flows for 19 Latin American and Caribbean countries, disaggregated by sex, covering three successive census rounds since 1990. The ILO's Asia and Pacific Regional Office publishes sex-disaggregated statistical information on international migration flows from ASEAN countries. In addition, UNESCO publishes data disaggregated by sex on foreign student mobility for the 189 member countries of the United Nations.

The European Union has made a great effort to encourage national statistical offices to provide data on migration that could be more easily harmonized¹⁵. Eurostat collects statistical information on migratory flows from member countries and some selected non-EU European countries within their datasets on bilateral migratory flows. The data on migration flows collected by Eurostat are disaggregated by sex and classified into three categories based on the residence country, the citizenship country, and the country of birth. Statistics on immigration and emigration flows cover many European migration corridors. However, the data on immigration flow communicated by the destination country are of better quality due to the legal and administrative steps required for an individual to move to a new country. The data collected by Eurostat are available through an internet-based database.

¹⁵ Regulation 2007/862/EU of the European Parliament and of the Council on *Community statistics on migration and international protection and repealing Council Regulation (EEC) No 311/76 on the compilation of statistics on foreign workers*, of 11 July 2007, in Office Journal of the European Union of 31 July 2007, pp. 23-29.

3. *The debate on gender breakdown in migration data*

As noted above, data on international migration have significant shortcomings, especially about gender. But gender is a crucial factor in every stage of the migration process, from the decision to migrate to the choice of relational networks that help migrants to move, to the entry and integration into the host country's labor market, to the decision to return home.

The 2030 Agenda¹⁶ considers a human rights-based approach to migration of the utmost importance. Hence the relevance of gender disaggregation of migration data for the governance of international migration. Data disaggregated by sex and gender are not only essential to safeguard the rights of migrants and prevent exploitation but also to maximize the economic and social benefits of migration.

For example, data on refugees and asylum seekers do not provide either information on gender identity or gendered reasons for seeking asylum (like cases of gender-based violence). The lack of data on migrations disaggregated by gender prevents governments from estimating the contribution of migrant women to the economies of the countries of origin (through remittances) and destination, also in terms of their contribution to the welfare system through their paid and unpaid care work. Migrant women represent about half (48%) of international migrants, and such gaps in migration data affect the correct implementation of migration policies and hamper the achievement of SDG 5 (Leave no one behind).

An important turning point occurred on 19 September 2016 when the United Nations General Assembly unanimously approved the New York Declaration for Refugees and Migrants¹⁷. The New York Declaration contains a wide range of commitments by member states to strengthen and enhance mechanisms to protect people on the move.

Concerning data collection, points 25, 29, 31, and 40 of the Declaration appear relevant. In these points, the Member States undertake

¹⁶ United Nations, *Transforming our world: The 2030 Agenda for Sustainable Development*, New York, 2015.

¹⁷ United Nations, *New York Declaration for Refugees and Migrants. Resolution adopted by the General Assembly on 19 September 2016*, New York, 2016.

to collect accurate information on large movements of refugees and migrants, to adopt measures to address the particular vulnerabilities of women migrants and minors, and to integrate a gender perspective into responses to large movements of refugees and migrants. Consequently, Member States underline the need for better data collection, which should contain a gender and age group breakdown and include other information, albeit in compliance with national data protection and privacy laws.

The New York Declaration paved the way for the Global Compact for Safe, Orderly, and Regular Migration¹⁸. The Global Compact defines the map to accelerate progress toward achieving the goals set by the 2030 Agenda.

The Global Compact for Migration sets out the gender-responsiveness principle. In other words, the Global Compact ensures the respect of the human rights of everybody (women, men, girls, and boys) in every stage of migration and that their specific needs are understood and addressed. Implementing gender-responsiveness, data disaggregated by gender and age group play a central role in all phases of the migration process.

Goal 1 of the Global Compact reaffirms the need to collect, analyze and disseminate accurate, reliable, and comparable data, disaggregated by gender, age, migration *status*, and other relevant characteristics in national contexts, while upholding the right to privacy under the human rights international law and personal data protection, as a basis for evidence-based migration policies.

The approval of the Global Compact for Migration and the creation of the United Nations Network on Migration have given a strong *impetus* to the international political agenda. The Global Compact for Migration identifies specific actions to achieve the commitments of Goal 1, such as improving national data collection systems, deepening collaboration between national statistical offices on the production of migration data, improving comparability and compatibility of international data, establishing research activities and training centers¹⁹.

¹⁸ United Nations, *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, New York, 2018.

¹⁹ J. HENNEBRY, H. KC, K. WILLIAMS, *Gender and Migration Data*, cit.

The data strategy 2020-2022 outlined by the UN Secretary-General²⁰ plans to design an ecosystem that can enable the full potential of UN-produced data and close the gender data gap, proposes to use data to measure gender gaps and to establish a gender-responsive data management council for this purpose.

Consistent with the data strategy set forth by the UN Secretary-General, the Migration Data Strategy 2020-2025 of the International Organization for Migration²¹, the most prominent intergovernmental organization in the field of migration, also commits to consider gender equality as a fundamental principle, facilitating gender analysis through the publication of data disaggregated by gender and other variables of interest, such as sex, ethnicity, education.

Finally, the United Nations Migration Network is raising awareness in the international community to build a more robust information base about migration and to promote its systematic use in a new evidence-based approach to migration policy²².

4. *Concluding remarks*

Despite the debate summarized in the previous section, the path toward a better gender responsiveness of migration data appears long and fraught with difficulties. Hennebry *et al.*²³ identify the five main gender gaps in migration data. These include shortcomings in the production and collection of data disaggregated by sex and gender, gaps in data on the intersectional experiences of women and people with different gender identities, inconsistencies in the type and frequency of measurements, lack of capacity of national statistical offices, inadequacy of data systems, challenges posed by migration data to transparency, accountability, and ethics.

²⁰ United Nations, *Data Strategy of the Secretary-General for Action by Everyone, Everywhere with Insight, Impact and Integrity 2020–2022*, New York, 2020.

²¹ International Organization for Migration, *IOM Migration Data Strategy: Informing Policy and Action on Migration, Mobility and Displacement 2020/2025*, Geneva, 2021.

²² *Ibid.*

²³ J. HENNEBRY, H. KC, K. WILLIAMS, *Gender and Migration Data*, cit.

Gender breakdown of migration data would provide a better understanding of how gender affects the multiple dimensions of migration and enable policymakers to design effective evidence-based programs. As shown above, migrant stock databases contain the most comprehensive sex-disaggregated data, while data collections on migration flows tend to be geographically or temporally limited. Furthermore, sex-specific data are more widely available for the whole migrant population than more detailed bilateral data.

Data gathering methods curb the quantitative analysis of the impact of gender in migration. In many countries, the historical reconstruction of migrants' stock relies on censuses carried out many years ago when migration and gender issues were less relevant to decision-makers and public opinion. Consequently, where alternative data sources are lacking, secondary producers of statistics such as UN DESA estimate the stock of the migrant population but do not publish data disaggregated by age group and gender. The problem is even worse for data on migration flows.

But disaggregating data on migration may not be enough, and it emerges the need to adopt a gender analysis framework at all stages of the data production process²⁴. The considerations made in the first section have shown that the lack of data for the study of migration from a gender perspective determines gaps in governance and exacerbates gender impacts on migrants²⁵.

A particularly complex issue refers to the operationalization of the gender responsiveness principle stated in Goal 1 of the Global Compact for Migration, as this passage is essential for promoting a gender-responsive migration policy based on respect for human rights. Gender responsiveness should guide the gathering and use of data on migration, developing data collection methodologies oriented towards women and people with different gender identities, also including intersectional information.

Using such data to define migration governance at all levels of the policy cycle appears quite problematic. Adopting a gender responsive-

²⁴ IOM and McKinsey & Company, *More than numbers: How migration data can deliver real-life benefits for migrants and governments*, Geneva, 2018.

²⁵ J. Hennebry *et al.*, *cit.*

ness approach requires willingness and commitment, not only in the data production stage but also in their use to guide migration policy choices. Neglecting such considerations can expose migrants to risks and vulnerabilities, not least the worsening of inequalities.

Abstract

Several studies have identified factors affecting the migratory process, among which expectations of gender, ethnicity, race, age, and social class play a prominent relevance. More specifically, gender plays an essential role in women's migratory experience. In this paper, after reviewing the principal statistical sources of gender migration, we discuss the need for more migration data sets disaggregated by sex and age, as either the New York Declaration for Refugees and Migrants and the Global Compact for Migration underlined. Also, the IOM points out that data disaggregated by sex and age allows to identify and analyze gender-specific migration processes and specific gender vulnerabilities.

KEYWORDS: Gender – migration – gendered migration – gender-disaggregated data – statistical sources

NON SOLO UNA QUESTIONE DI NUMERI. PRINCIPALI FONTI
STATISTICHE SU GENERE E MIGRAZIONI

Diversi studi hanno identificato i fattori che influenzano il processo migratorio, tra i quali un ruolo centrale è rivestito da aspettative di genere, etnia, razza, età e classe sociale. In particolare il genere esplica un ruolo essenziale nell'esperienza migratoria delle donne. In questo articolo, dopo aver esaminato le principali fonti statistiche sulla migrazione di genere, discutiamo sulla necessità di disporre di dati statistici sulle migrazioni disaggregati per sesso ed età, come sottolineato sia dalla Dichiarazione di New York per i rifugiati e i migrant, sia dal Global Compact for Migration. Anche l'OIM sottolinea che dati disaggregati per sesso ed età consentono di identificare e analizzare processi migratori specifici di genere e vulnerabilità specifiche di genere.

KEYWORDS: Genere – migrazioni – migrazioni di genere – dati disaggregati di genere – fonti statistiche

THE *CONTINUUM* BETWEEN HUMAN TRAFFICKING
AND ENSLAVEMENT:
RECENT ITALIAN JURISPRUDENCE
ON ABUSES COMMITTED AGAINST (FEMALE)
MIGRANTS IN LIBYA

*Luigi Prosperì**

SOMMARIO: 1. Introduction: the unending plight of (female) migrants detained and abused in Libya. – 2. The abuses committed against (female) migrants, as detailed in the Italian judgments. – 3. The relationship between the offences contained in Articles 600 and 601 CC and the definitions of human trafficking and enslavement under international law. – 3.1. The definitions of “enslavement” and “human trafficking”, as provided in the international instruments ratified and/or implemented by Italy. – 3.2. The compatibility of the Italian Criminal Code provisions on enslavement and human trafficking with the definitions provided in the relevant international legal instruments. – 3.3. Weighing the findings of the Bani Walid camp, Sabratah camp, and Zuwara camp judgments against the provisions of the relevant international legal instruments. – 4. Moving Forward: grasping the *continuum* between “human trafficking” and “enslavement”.

1. Introduction: the unending plight of (female) migrants detained and abused in Libya

“[T]he Mission has found reasonable grounds to believe that since 2016 crimes against humanity have been committed against Libyans and migrants throughout Libya in the context of deprivation of liberty. Notably, the Mission (...) made findings on numerous cases of, inter alia, arbitrary detention, murder, torture, rape, enslavement and enforced disappearance (...). In its assessment of evidence on the treatment of migrants, the Mission concluded that there were reasonable

* Assistant Professor in Criminal Law, Utrecht University. E-mail address: l.prosperi@uu.nl

grounds to believe that sexual slavery, as an additional underlying act of crime against humanity, was committed against migrants”¹.

These are the conclusions reached in its final report by the Independent Fact-Finding Mission on Libya (hereinafter: the Mission or FFM Libya), an organ established by the United Nations Human Rights Council in 2020 and mandated, among other things, “to document alleged violations and abuses of international human rights law and international humanitarian law committed by all parties in Libya since the beginning of 2016, *including any gendered dimensions of such violations and abuses*” (emphasis mine)². Such conclusions are no surprise to anyone who has been paying attention to what has been happening in Libya since (at least) 2016.

In early 2016, the International Organization for Migration (hereinafter: IOM) conducted a survey among more than 4,000 migrants and refugees who had travelled along the so-called “Central Mediterranean Route”³. The results were appalling. The IOM found that 51% of the respondents had been held against their will during their journey by groups other than governmental authorities, that 49% had worked or provided services for no or little pay, that 47% of them had

The Author wishes to thank Alessandro Pizzuti, Jill Coster van Voorhout, Harmen van der Wilt, and Sergey Vasiliev for comments they shared on the research project and earlier versions of the draft, but most of all for their incredible support and precious friendship. The draft was completed on 10 May 2023; all the websites cited have been last visited on that date.

¹ Human Rights Council, *Report of the Independent Fact-Finding Mission on Libya*, A/HRC/52/83, 3 March 2023 (“FFM Libya – Final Report”), para. 2 (emphasis mine).

² See Human Rights Council, *Resolution 43/39. Technical assistance and capacity-building to improve human rights in Libya*, A/HRC/RES/43/39, 6 July 2020, para. 43, letter a).

³ The Central Mediterranean Route commonly refers to (irregular) sea crossings from North Africa (mainly Libya, but also Tunisia, Algeria, and Egypt) to Italy and, to a lesser extent, Malta. It is by far the deadliest migration route in the world, with more than 17,000 deaths and disappearances recorded since 2014 by the “Missing Migrants Project” (see IOM, *Migration within the Mediterranean*, at <https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean>).

been forced to work or perform activities against their will, and – most shockingly – that 93% of cases had allegedly occurred in Libya⁴.

It was still the IOM that reported, in April 2017, that sub-Saharan migrants were being “sold and bought” in slave markets taking place in Libya, and that women were “bought” by local men and “forced to be sex slaves”⁵. This information was picked up by the then-Prosecutor of the International Criminal Court (hereinafter: ICC, the Court), Fatou Bensouda. In presenting the thirteenth report of the Office of the Prosecutor of the ICC on the situation in Libya to the United Nations Security Council on 8 May 2017⁶, she announced that her office was collecting and analysing “information relating to serious and widespread crimes allegedly committed against migrants attempting to transit through Libya” and stated that she was “dismayed by credible accounts that Libya has become a marketplace for the trafficking of human beings⁷”.

⁴ IOM, *Europe — Flow Monitoring Surveys in the Mediterranean and Beyond: Human Trafficking and other Exploitative Practices (June — October 2016)*, pp. 2-4, at https://dtm.iom.int/sites/g/files/tmzbd11461/files/reports/Analysis_Flow_Monitoring_and_Human_Trafficking_Surveys_in_the_Mediterranean_and_Beyond_3_November_2016.pdf.

⁵ IOM, *IOM Learns of ‘Slave Market’ Conditions Endangering Migrants in North Africa*, 11 April 2017, at <https://www.iom.int/news/iom-learns-slave-market-conditions-endangering-migrants-north-africa>.

⁶ Pursuant to paragraph 7 of Resolution 1970/2011, the ICC Prosecutor shall address the Security Council every six months on actions taken pursuant to the resolution (see UN Doc. S/RES/1970 (2011), 26 February 2011).

⁷ ICC, *Statement of ICC Prosecutor to the UNSC on the Situation in Libya*, 8 May 2017, paras. 25 and 27, at <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=170509-otp-stat-lib>. See also *Thirteenth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011)*, 8 May 2017, paras. 23-24, at <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-rep-unsclib-05-2017-ENG.pdf>.

Between 2016 and 2023, allegations relating to abuses committed against migrants held in official and unofficial detention centres throughout Libya have been detailed and analysed in reports published, among others, by the ICC Office of the Prosecutor⁸, UN organs and missions⁹, and non-governmental entities¹⁰, and have been popu-

⁸ See, in particular: *Fourteenth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council Pursuant to UNSCR 1970(2011)*, 8 November 2017, paras. 32-35; *Eighteenth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council Pursuant to UNSCR 1970(2011)*, 6 November 2019, paras. 30-33; *Twentieth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council Pursuant to UNSCR 1970(2011)*, 10 November 2020, paras. 26-29; *Twenty-Second Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council Pursuant to UNSCR 1970(2011)*, 23 November 2021, paras. 23-29.

⁹ See, among others: UNSMIL-OHCHR, “*Detained and Dehumanised*”. *Report on Human Rights Abuses Against Migrants in Libya*, 13 December 2016, at https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Countries/LY/DetainedAndDehumanised_en.pdf; UNSMIL-OHCHR, *Desperate and Dangerous: Report on the human rights situation of migrants and refugees in Libya*, 20 December 2018, at <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Countries/LY/LibyaMigrationReport.pdf>; *Final report of the Panel of Experts on Libya established pursuant to resolution 1973 (2011)*, S/2017/466, 1 June 2017, paras. 104-105 and Annexes 17, 30, and 31; *Final report of the Panel of Experts on Libya established pursuant to resolution 1973 (2011)*, S/2018/812, 5 September 2018, paras. 47-71 and Annexes 20 and 21; *Final report of the Panel of Experts on Libya established pursuant to resolution 1973 (2011)*, S/2019/914, 9 December 2019, paras. 46-57 and Annex 21; *Final report of the Panel of Experts on Libya established pursuant to resolution 1973 (2011)*, S/2021/229, 8 March 2021, paras. 40-50; and *Final report of the Panel of Experts on Libya established pursuant to resolution 1973 (2011) concerning Libya*, S/2022/427, 27 May 2022, paras. 45-51 and Annexes 23 and 24.

¹⁰ See, among others: *The Global Initiative against Transnational Organized Crime, The Human Conveyor Belt: trends in human trafficking and smuggling in post-revolution Libya*, March 2017, at <https://globalinitiative.net/wp-content/uploads/2017/03/GI-Human-Conveyor-Belt-Human-Smuggling-Libya-2017.pdf>; *Amnesty International, Libya’s Dark Web of Collusion, Abuses against Europe-bound refugees and Migrants*, 11 December 2017, at <https://www.amnesty.org/en/wp-content/uploads/2021/05/MDE1975612017ENGLISH.pdf>; *Human Rights Watch, No Escape from Hell: EU Policies Contribute to Abuse of Migrants in Libya*, 21 January 2019, at https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/eu0119_web2.pdf; *The Global Initiative Against Transnational Organized Crime and Clingendael, The Political Economy of Migrant Detention in Libya: Understanding the players and the business models*,

larized by documentaries¹¹, news stories¹², non-fiction books¹³, as well as novels¹⁴. Scholars and experts have looked at the abuses through different lenses, including – but not limited to – international criminal law, international relations, and criminology¹⁵.

April 2019, at <https://globalinitiative.net/wp-content/uploads/2019/11/Final-Report-Detention-Libya.pdf>; Amnesty International, 'Between Life and Death': Refugees and Migrants Trapped in Libya's cycle of abuse, 24 September 2020, at <https://www.amnesty.org/en/documents/mde19/3084/2020/en/>; ECCHR/FIDH/LF-JL, No Way Out: Migrants and Refugees Trapped in Libya Face Crimes Against Humanity, 23 November 2021, at https://www.ecchr.eu/fileadmin/Publikationen/NO_WAY_OUT_Migrants_and_refugees_trapped_in_Libya_face_crimes_against_humanity_EN.pdf.

¹¹ See, among many: France 24 English, *Libya the infernal trap: daily struggle of dozens of migrants*, 9 December 2019, at <https://www.youtube.com/watch?v=0-7fjbVj3hfM>; *Libya: No Escape from Hell*, released in 2021 (see <https://java-films.fr/film/libyas-detention-camps-the-shame-of-europe/>); and The Guardian, 'Get away from the target': rescuing migrants from the Libyan coast guard, 2 December 2021, at <https://www.youtube.com/watch?v=Y7CuTxZnjXk&t=3s>.

¹² The most shocking of which has been published in 2017 by the CNN: see CNN, *People for sale: Where lives are auctioned for \$400*, 14 November 2017, at <https://edition.cnn.com/2017/11/14/africa/libya-migrant-auctions/index.html>. A similar story was published one year later on BuzzFeed: M. MARK, *Inside The Country Where You Can Buy A Black Man For \$400*, 15 December 2018, at <https://www.buzzfeednews.com/article/monicamark/slavery-nigeria-libya>. The Italian journalist Francesca Mannocchi has brought the issue to the attention of the Italian mainstream audience not only through news articles, but also through harrowing video reports broadcasted on *La7*, particularly during a show called *Propaganda Live* (see, for instance: *L'esclusivo reportage di Francesca Mannocchi dalla Libia*, 14 May 2019, at <https://www.youtube.com/watch?v=52xLTnzuDFY>; and *Francesca Mannocchi tra i prigionieri dei centri di detenzione libici*, 2 December 2019, at https://www.youtube.com/watch?v=_GeIM0Jv3GQ).

¹³ See, in particular: S. HAYDEN, *My Fourth Time, We Drowned*, London, 2022; P. TINTI, T. REITANO, *Migrant, Refugee, Smuggler, Savior*, Oxford, 2017; M. DE BELLIS, *Lontano dagli occhi. Storia di politiche migratorie e persone alla deriva tra Italia e Libia*, Busto Arsizio, 2021; N. PORSIA, *Mal di Libia. I miei giorni sul fronte del Mediterraneo*, Milano, 2023.

¹⁴ See G. CATOZZELLA, *Don't Tell Me You're Afraid*, Waterville, 2017; and F. MANNOCCI, *Io Khaled vendo uomini e sono innocente*, Torino, 2019.

¹⁵ See, among others: M. VAN REISEN, M. MAWERE, K. SMITS, M. WIRTZ (eds.), *Enslaved. Trapped and Trafficked in Digital Black Holes*, Bamenda, 2023; K. KUSCHMINDER, A. TRIANDAFYLIDOU, *Smuggling, Trafficking, and Extortion: New Conceptual and Policy*

No less than three communications have been filed to the ICC, asking the Prosecutor to initiate an investigation into such abuses (including those regarding the involvement of nationals of third states such as Italy)¹⁶. Unfortunately, also due to legal and practical constraints, and particularly issues concerning the scope of the jurisdiction of the Court and the limited access its investigators have had to the territory of Libya¹⁷, this has not (yet) led to the issuance of any war-

Challenges on the Libyan Route to Europe, in *Antipode*, 2019, vol. 52, issue 1, pp. 206-226, at 215; W. LACHER, *Libya's Fragmentation. Structure and Process in Violent Conflict*, London/New York/Oxford/New Delhi/Sydney, 2020; L. RAINERI, *La crisi libica e l'ordine internazionale. Dall'intervento umanitario alla competizione geopolitica*, Roma, 2022; F. PACELLA, *Cooperazione Italia-Libia: profili di responsabilità per crimini internazionali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, No. 4/2018, at <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/upload/8892-pacella2018a.pdf>.

¹⁶ The communications have been filed by: Omer Shatz, Juan Branco, and the students of a legal clinic of the Sciences Po University (see *EU Migration Policies in the Central Mediterranean and Libya (2014-2019)*, June 2019, at <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2019/jun/eu-icc-case-EU-Migration-Policies.pdf>; ECCHR/FIDH/LFJL (*Article 15 Communication to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Re: Situation in Libya – Crimes against Migrants and Refugees in Libya*, 19 November 2021, at https://www.ecchr.eu/fileadmin/user_upload/Redacted_Art_15_Communication_to_the_ICC_on_crimes_against_refugees_and_migrants_in_Libya.pdf; and Up-Rights/StraLi/AdalaForAll (*Article 15 Communication on War Crimes and Crimes Against Humanity Committed Against Migrants and Asylum Seekers in Libya*, 17 January 2022, at <https://static1.squarespace.com/static/5ecc1ca80c0dd25fddf363f/t/62700396ce98e81f5eaf7824/1651508122395/Public+Circulation+Article+15+Communication+on+War+Crimes+and+Crimes+Against+Humanity+Committed+Against+Migrants+and+Asylum+Seekers+in+Libya.pdf>).

¹⁷ On issues relating to the ICC jurisdictional and practical constraints, see L. PROSPERI, *The ICC (Symbolic) Investigation into Crimes Allegedly Committed Against Migrants in Libya*, in N. RONZITTI, E. SCISO (eds.), *I conflitti in Siria e Libia. Possibili equilibri e le sfide al diritto internazionale*, Torino, 2018, pp. 243-264; A. PIZZUTI, *ICC Situation on Libya: The ICC Prosecutor Should Look into Libyan Criminal Proceedings Concerning Crimes Committed Against Migrants*, in *OpinioJuris*, 20 November 2020, at <http://opiniojuris.org/2020/11/20/icc-situation-on-libya-the-icc-prosecutor-should-look-into-libyan-criminal-proceedings-concerning-crimes-committed-against-migrants/>; C. MELONI, *Complementarity Is No Excuse: Why the ICC Investigation in Libya Must Include Crimes Against Migrants and Refugees*, in *OpinioJuris*, 1 December 2021, at <https://opiniojuris.org/2021/12/01/complementarity-is-no-excuse-why-the->

rants of arrest by the ICC. In the meantime, and particularly since at least 2019, the OTP has turned to states parties – including Italy – in order to “close the impunity gap regarding alleged criminality against migrants in Libya”¹⁸.

In addressing this issue, Italian authorities have taken a rather cynical approach.

After the shut-down of the “*Mare Nostrum*” rescue mission on 31 October 2014¹⁹, in 2017 Italy concluded a “Memorandum of understanding” with the National Reconciliation Government of Libya “on cooperation in the development sector, to combat illegal immigration, human trafficking and contraband and on reinforcing the border security”²⁰. Since then, successive governments (of all colours) have consistently framed the issue in terms of fighting against illegal immigration from Libya, going as far as to criminalise human rights defenders engaged in sea-rescue missions²¹ and call NGOs operating such mis-

icc-investigation-in-libya-must-include-crimes-against-migrants-and-refugees/; and L. PROSPERI, *Never Too Late: A New Impetus For the Prosecution of Crimes Committed Against Migrants in Libya Before the ICC?*, in *Rivista OIDU – Osservatorio Tribunale Penali Internazionali*, 2022, n. 1, at https://www.rivi-staoidu.net/wp-content/uploads/2022/03/1_TPI_1_222.pdf.

¹⁸ *Eighteenth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council Pursuant to UNSCR 1970(2011)*, 6 November 2019, para. 33. See also: *Twenty-Second Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council Pursuant to UNSCR 1970(2011)*, 23 November 2021, paras. 28-29.

¹⁹ “*Mare Nostrum*” was a search and rescue mission commenced by the Italian government in October 2013 and operated by the Italian Navy, which resulted in the rescue of around 150,000 migrants trying to cross through the Central Mediterranean Route (see IOM, *IOM Applauds Italy’s Life-Saving Mare Nostrum Operation: “Not a Migrant Pull Factor”*, 31 October 2014, at <https://www.iom.int/news/iom-applauds-italys-life-saving-mare-nostrum-operation-not-migrant-pull-factor>).

²⁰ “Memorandum d’intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all’immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana”, concluded on 2 February 2017, at <https://www.governo.it/sites/governo.it/files/Libia.pdf> (an English translation is available at <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2017/02/ITALY-LIBYA-MEMORANDUM-02.02.2017.pdf>).

²¹ A policy which has been harshly criticized at the international level, including most recently by the UN Special Rapporteur on the situation of human rights defend-

sions “*sea taxi service*”²². A vast majority of criminal proceedings have targeted migrants who steered boats and dinghies. In 2020, a case study on Italy found that between 2015 and 2018, around 1,300 *scafisti* were arrested for suspicion of “facilitating illegal immigration” (an offence under Article 12 of the Legislative Decree No. 286/1998, as amended by Law No. 189/2002²³) – including migrants who had allegedly been forced to steer those vessels by the actual smugglers and traffickers²⁴.

However, Italian authorities have also initiated a handful of criminal investigations against people suspected of being involved in the commission of crimes against migrants in the context of their detention in Libya²⁵. Tracking these proceedings is difficult, and no “consol-

ers, Mary Lawlor (see OHCHR, *Italy: Criminalisation of human rights defenders engaged in sea-rescue missions must end, says UN expert*, 9 February 2023, at <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/02/italy-criminalisation-human-rights-defenders-engaged-sea-rescue-missions>). On this issue, see, among many: E. CUSUMANO, M. VILLA, *From “angels” to “vice smugglers”: the criminalization of sea rescue NGOs in Italy*, in *European Journal On Criminal Policy And Research*, 2021, vol. 17, issue 1, pp. 23-40; and M. MINETTI, *The Facilitators Package, penal populism and the Rule of Law: Lessons from Italy*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2020, vol. 11, issue 3, pp. 335-350.

²² See Politico, *Italy’s fading 5Stars lash out on migration*, 14 July 2017, at <https://www.politico.eu/article/sicilians-are-better-europeans-than-macron/>; and Askaneews, *Migranti, Di Maio: chiudere tutti i porti ai taxi del mare*, 5 August 2017, at https://askanews.it/old/op.php?file=/politica/2017/08/05/migranti-di-maio-chiu-dere-tutti-i-porti-ai-taxi-del-mare-pn_20170805_00012/.

²³ See the English translation of the *Consolidated Act on Illegal Immigration* (“Testo Unico sull’Immigrazione”), at https://ec.europa.eu/migrant-integration/-/library-document/legislative-decree-2571998-no-286-consolidated-act-provisions-concerning_en.

²⁴ F. PATANÈ, M.P. BOLHUIS, J. VAN WIJK, H. KREIENSIEK, *Asylum-Seekers Prosecuted for Human Smuggling: A Case Study of Scafisti in Italy*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2020, vol. 39, issue 2, pp. 123-152. See also A. RICARD-GUAY, *Criminalizing migrants who steer the dinghies in the Mediterranean: A collateral effect of migration management?*, in *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Working Paper* 2018/32, at https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/55645/RSCAS_2018_32.pdf.

²⁵ Unfortunately, domestic courts can only exercise jurisdiction over crimes allegedly committed by foreigners in Libya under strict conditions. Pursuant to Article 10, paragraph 2 of the Italian Criminal Code, it is required that the suspect is found in Italy, that the minimum penalty for the offence he/she is suspected of is 3 years, that

dated study” nor database have been produced so far. It appears that only three (first-instance) judgments have been published online²⁶; others are mentioned in academic commentaries and newspaper articles²⁷. For the purpose of this paper, I will focus on the judgments is-

there is a request of the Minister of Justice, and that no extradition of the suspect may take place.

²⁶ *Corte d'Assise di Milano*, Judgment 10 October 2017, n. 10 (“Corte d'Assise Milan No. 10/17”), at <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1875-sentenza-matammud.pdf>; *Corte d'Assise di Agrigento*, Judgment 12 June 2018, n. 1 (Corte d'Assise Agrigento No. 1/18), at <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/-/2019/07/sentenza-Corte-di-Assise-di-Agrigento-Campo-di-Sabratha-Libia-riduzione-in-schiavitù.pdf>; *Tribunale di Messina*, Judgment 28 May 2020, n. 149 at https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1601584178_gip-messina-centri-detenzione-libia-tortura-migranti.pdf. See also the following commentaries: S. BERNARDI, *Una condanna della Corte d'assise di Milano svela gli orrori dei “centri di raccolta e transito” dei migranti in Libia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, No. 4, pp. 207-211, at <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/5976-una-condanna-della-corte-d-assise-di-milano-svela-gli-orreri-dei-centri-di-raccolta-e-transitodei>; and G. MENTASTI, *Centri di detenzione in Libia: una condanna per il delitto di tortura (art. 613 bis c.p.)*. Nuove ombre sulla cooperazione italiana per la gestione dei flussi migratori, in *Sistema Penale*, 20 October 2020, at <https://www.sistemapenale.it/-/scheda/mentastigip-messina-centri-detenzione-libia-condanna-carcerieri>.

²⁷ See, for instance: F. PATANÈ, *Immigrazione, torture e omicidi nel campo di prigionia libica: due condanne all'ergastolo*, in *la Repubblica*, 18 December 2018, at https://palermo.repubblica.it/cronaca/2018/12/18/news/immigrazione_torture_e_omicidi_nel_campo_di_prigionia_libica_due_condanne_all_ergastolo-214_557185/ (reporting on a judgment issued by the *Giudice dell'Udienza Preliminare* of Palermo on 18 December 2018 against two men accused of abusing migrants at a detention facility in Sabha); G. MENTASTI, *Campi di detenzione per migranti in Libia: il caso Matammud*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2020, No. 1, at <https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivosaggi-commenti/note-e-commen-ti/fascico-lo-2020-1/524-campi-di-detenzione-per-migranti-in-libia-il-caso-matammud-nota-a-sentenza-corte-ass-app-milano-sez-i-n-9-2019-ud-20-3-2019/file> (on the appeals judgment issued on 20 March 2019 by the *Corte d'Assise d'Appello* of Milan in the *Matammud* case); and M. IKONOMU, *Torture in Libia nei centri di detenzione, condannati a vent'anni i torturatori*, in *Domani*, 3 February 2022, at https://www.editorialedomani.it/fatti/centri-prigionia-detenzione-libia-condannatorturatori-tratta-sequestro-gup-palermo-h7jzq_5a (both reporting on the judgment issued on 3 February 2022 by the *Giudice dell'Udienza Preliminare* of Palermo in the proceeding against two Bangladeshi nationals suspected of abusing migrants held at a detention facility in or around Zuwara – “GUP Palermo, 22 February 2022”). Other decisions are discussed in C. FERRARA, *Prime applicazioni giurisprudenziali in tema di tratta di esseri umani*, in *Giur-*

sued by the *Corte d'Assise* of Milan on 10 October 2017 (hereinafter: *Bani Walid camp* judgment), the *Corte d'Assise* of Agrigento on 12 June 2018 (hereinafter: *Sabratab camp* judgment), and the *Giudice dell'Udienza Preliminare* (so-called GUP) of Palermo on 3 February 2022 (hereinafter: *Zuwara camp* judgment). Such judgments are worth analysing for at least two reasons. First, they found *beyond reasonable doubt* that the victims had been subjected to a litany of abuses while held in unofficial detention facilities throughout Libya, at the hands of members of criminal networks. Second, these decisions may contribute to shedding light on grey areas and blind spots of the current legal framework, with particular regard to “trafficking in human beings” and “enslavement”. This will be the focus of this paper.

In Section 2, I will discuss the factual and legal findings of the judgments. However, in light of the scope of the paper and the fact that not all of them are of public knowledge²⁸, I will only discuss those factual findings which may have an impact on the legal characterization of the conducts as “enslavement” and “trafficking in human beings” under the Italian Criminal Code (hereinafter: Criminal Code or CC). In particular, I will discuss findings of the *Bani Walid camp* judgment relating to abuses committed against female migrants, and compare them with the findings of FFM Libya. As to the legal basis, I will focus on the provisions of the Criminal Code that have been applied by domestic judges, namely Articles 600 and 601 CC²⁹. The question this section aims to address is under which conditions, according to Italian judges, the said abuses may amount to “enslavement” and/or

stizia insieme, 11 October 2019, at <https://www.giustizia-insieme.it/it/diritto-penale/750-prime-applicazioni-giurisprudenziali-in-tema-di-tratta-di-esseri-umani?hitcount=0>.

²⁸ In fact, the 3 February 2022 judgment has not been published yet. A copy of this judgment is with the Author.

²⁹ On the amendments to the Italian Criminal Code provisions concerning “enslavement” and “trafficking in human beings”, see, among others: D. GENOVESE, *La direttiva europea sulla tratta di esseri umani: problematiche applicative nell'ordinamento italiano*, in *Rivista ADIR*, 2015, at <http://www.adir.unifi.it/rivista/2015/genovese/index.htm>; L. PROSPERI, *La tratta di migranti in Libia come crimine contro l'umanità: prospettive per la repressione sul piano nazionale e internazionale*, in G. NESI (a cura di), *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza?* (*Atti XXII Convegno SIDI, Trento 8-9 giugno 2017*), pp. 404-424.

“human trafficking”. Conversely, for the purpose of this contribution I will not focus on “enslavement as a crime against humanity”³⁰.

In Section 3 I will turn to the international law framework. For the purpose of this paper, I will only focus on those legal instruments imposing an obligation to criminalise “enslavement” and “human trafficking” which Italy has ratified and implemented, including those adopted by the Council of Europe (hereinafter: CoE) and the European Union (hereinafter: EU). I will compare the offences defined in Articles 600 and 601 Criminal Code with the definitions adopted in those supranational legal instruments, as interpreted in the case law of international courts and international criminal tribunals. On the other hand, I will not focus on “practices similar to slavery” nor on “forced or compulsory labour”. This section aims to address two questions: 1) whether the definitions provided at the domestic level are compatible with those adopted at the supranational level; and 2) whether the conducts committed against migrants, and particularly acts of sexual violence against women and girls, could be qualified as “human trafficking” and/or “enslavement” *in light of* the definitions provided under international law and case law³¹.

In Section 4, I will shed light on “unsung strengths” and the unexplored potential of the three judgments under scrutiny, in particular in terms of helping scholars and practitioners to grasp the “*continuum*” between “human trafficking” and “enslavement”. I will thus identify and discuss three potential lessons and hopefully give additional food for thought.

In conclusion, this contribution aims to address the question whether Italian judgments concerning abuses committed against (female) migrants in Libya may contribute to identifying grey areas and/or blind spots in the international legal framework, and thus to

³⁰ On the issue of the relationship between trafficking and enslavement as a crime against humanity, see N. SILLER, *Trafficking in Persons under International Law and its Incorporation within Enslavement as a Crime against Humanity*, Groningen, 2017.

³¹ Regrettably, neither international legal instruments nor the case law of international courts and tribunals have been taken into account in the three judgments under scrutiny.

(better) understanding the relationship – and *continuum* – between “enslavement” and “human trafficking”.

Also considering that this contribution will not focus on “enslavement as a crime against humanity”, in the next sections I will use “slavery” and “enslavement” interchangeably.

2. The abuses committed against (female) migrants, as detailed in the Italian judgments

Based on the findings of the judgments under scrutiny, the context and nature of abuses that victims had been subjected to in Libya were strikingly similar.

In all three cases, it was alleged that after they got to Libya, migrants were taken to detention camps run by criminal organizations. They were thus locked in warehouses and subjected to grave abuses for the purpose of forcing their family members to pay a fee and secure their release. After their families paid such fee, perpetrators stopped abusing migrants and allowed them to continue their journey towards Europe. For the purpose of this paper, I will focus on the following findings: a) that migrants had been taken to detention camps in order to force their families to pay a ransom³²; b) that female migrants, including women and underage girls, were subjected to sexual and gender-based violence at the camps³³; and c) that after their families paid the required fee, migrants were taken to the coast and boarded small boats and dinghies (that sometimes would prove unfit for navigation).³⁴ Conversely, for the purpose of this analysis I will not deal with other crimes charged in those cases, including unlawful association to commit a crime, torture, as well as facilitating illegal immigration.

³² See Corte d’Assise Milan No. 10/17, *cit.*, pp. 36-40, 41-42; Corte d’Assise Agrigento No. 1/18, *cit.*, pp. 10, 16; GUP Palermo, 22 February 2022, pp. 8-9, 25, 54.

³³ See Corte d’Assise Milan No. 10/17, *cit.*, pp. 70-77; Corte d’Assise Agrigento No. 1/18, *cit.*, p. 10.

³⁴ See Corte d’Assise Milan No. 10/17, *cit.*, pp. 40-43, 45; Corte d’Assise Agrigento No. 1/18, *cit.*, p. 16; GUP Palermo, 22 February 2022, pp. 7, 57-58, 60.

Even though these findings match those of FFM Libya, the three judgments got to rather different conclusions with regard to the legal characterization of facts. An important clarification is needed in this respect. After the ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court³⁵ (hereinafter: ICC Statute, the Statute) in 2002, Italy has not proceeded to incorporate all the crimes falling under the jurisdiction of the Court into the domestic legal system³⁶. As a consequence, national judges could not qualify the abuses committed against migrants *as crimes against humanity*. Nevertheless, they were in the position to apply provisions of the Italian Criminal Code (hereinafter: CC) that proscribed conducts corresponding to some of the underlying acts amounting to crimes against humanity pursuant to Article 7 of the Statute – that is, murder, torture, enslavement, and rape. For the purpose of this paper, I will only focus on the conducts that the three judgments characterized as enslavement and (aggravated) rape³⁷.

Interestingly, only one of the judgments – the *Sabratabh camp* judgment – characterized the conducts of the defendant as “enslavement”, pursuant to Article 600 CC. A further clarification is needed in this regard. Paragraph 1 of Article 600 (titled “*Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù*”³⁸) contains two distinct offences, only one of which amounts to “enslavement”. This offence is defined as exercising over a person powers attaching to the right of ownership (hereinafter: Article 600(1) first part). An additional offence is defined, in the se-

³⁵ *Rome Statute of the International Criminal Court*, 17 July 1998 (entered into force on 1 July 2002), 2187 UNTS 3.

³⁶ On the missed incorporation of the Statute, see L. PROSPERI, ‘*With or Without You*’: *Why Italy Should Incorporate Crimes Against Humanity and Genocide Into Its National Legal System*, in *International Criminal Law Review*, 2021, vol. 21, issue 4, pp. 698-714.

³⁷ It is also worth noting that all three judgments convicted the defendants of unlawful association to commit a crime, pursuant to Article 416 of the Criminal Code. Although this matter will not be dealt in this paper, such findings seem relevant for the purpose of meeting the “organizational” requirement under Article 7(2)(a) of the ICC Statute.

³⁸ Literally “enslaving or reducing someone to a servile status or keeping someone enslaved or in a servile status”.

cond part of paragraph 1, as reducing a person in a state of constant subjugation, forcing him/her to perform work or sex or to beg or, in any case, to perform illegal activities entailing his/her exploitation or removal of organs (hereinafter: Article 600(1) second part). Pursuant to paragraph 2, subjugation or keeping someone in such condition implies the use or threat of force, deception, abuse of power or of a position of vulnerability (including physical or psychological vulnerability or a state of need), or giving or receiving payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person³⁹. Unfortunately, the part of the judgment dealing with the legal characterization of the facts is rather succinct. The judgment found that the criminal organization running the camp had “enslaved” migrants by means of preventing them from leaving the camp, threatening or using force against them, and forcing those who were unable to pay to work for free in order to secure their release⁴⁰. In addition, it distinguished between this offence and “kidnapping for the purpose of extortion”, and only took into account the “profit” as an aggravating factor of a distinct offence (facilitating illegal immigration)⁴¹. Therefore, one is tempted to conclude that the legal basis for the conviction was Article 600(1) second part. However, such offence also requires an exploitative purpose (forcing the victim to perform work or sex or to beg or, in any case, to perform illegal activities entailing his/her exploitation or removal of organs) which the judgment only considered in respect to those victims that had been forced to work. The defendant was thus convicted of “enslavement”, as well as unlawful association to commit a crime and facilitating illegal immigration, and sentenced to 10 years in prison⁴².

Conversely, the *Zuvara camp* judgment characterized similar abuses as *human trafficking*, pursuant to Article 601 CC⁴³. I would like to share two considerations in this regard. First, although it did not quali-

³⁹ All English translations of the relevant provisions (and any mistakes) are my own.

⁴⁰ See Corte d’Assise Agrigento No. 1/18, cit., p. 16.

⁴¹ *Ibidem*, p. 17.

⁴² *Ibidem*, pp. 18-19.

⁴³ See GUP Palermo, 22 February 2022, pp. 59-61.

fy the relevant conducts as *enslavement*, the *Zuwara camp* judgment found that migrants had indeed been enslaved. This depends on the definitions of the two offences enshrined in the Criminal Code. In fact, paragraph 1 of Article 601 CC (titled “*Tratta di persone*”⁴⁴) contains two distinct offences:

- 1) recruiting, introducing into the territory of the State, transferring even outside the said territory, transporting, transferring authority over a person to another person, or harbouring one or more persons who are in the conditions specified in Article 600 (hereinafter: Article 601(1) first part);
- 2) recruiting, introducing into the territory of the State, transferring even outside said territory, transporting, transferring authority over, or harbouring one or more persons by means of deception, of the threat or use of force, of the abuse of power or of a position of vulnerability, including physical or psychological vulnerability or a state of need, or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of inducing or forcing them to perform work, sex or to beg or, in any case, to perform illegal activities entailing their exploitation or removal of organs (hereinafter: Article 601(1) second part)⁴⁵.

In the *Zuwara camp* judgment, the GUP focused on the former offence and found that at the time the organization running the *Zuwara camp* had purchased them, migrants were in the conditions specified in Article 600 CC – namely, slavery⁴⁶. That is not all. According to the judge, victims were then “subjected to a state of constant subjugation” by the members of this organization – including the defendants –, who had taken advantage of their position of vulnerability. After their families paid the required fee, victims were “forced” to board “unstable boats” and to cross the Mediterranean “despite the hostile sea condi-

⁴⁴ Literally “trafficking in human beings”.

⁴⁵ The fact that they shall be considered as two distinct offences has been confirmed by the GUP (*see* GUP Palermo, 22 February 2022, pp. 59-60).

⁴⁶ *See* GUP Palermo, 22 February 2022, p. 60.

tions”⁴⁷. In light of these considerations, the judge concluded that the defendants committed two distinct offences, both qualified as “trafficking in human beings” pursuant to Article 601(1) first part: 1) purchasing persons that were in the conditions specified in Article 600, and 2) introducing into the territory of Italy persons that they had put in the conditions specified in Article 600 (namely, slavery). I will delve into the logic and the consequences of this legal characterization deeper in Sections 3 and 4. In conclusion, the defendants in this case were both convicted of trafficking in human beings, as well as unlawful association to commit a crime, torture, and kidnapping for the purpose of extortion, and sentenced to 20 years in prison⁴⁸.

The *Bani Walid camp* judgment took a completely different approach, and concluded that migrants had been subjected to kidnapping for the purpose of extortion, pursuant to Article 630 CC⁴⁹. In fact, the offences under Articles 600 and 601 CC had not been charged in this case. Such different approach and conclusions do not seem to depend on the specific circumstances of the case. In addition, this judgment did not consider whether acts of sexual violence repeatedly committed against female migrants, and particularly against two underage victims who testified at trial, could have been taken into account in order to *at least* qualify the abuses those two girls had been subjected to as (sexual) slavery or human trafficking. While I will further analyse such findings in Sections 3 and 4, it is important to note that the factual findings in the *Bani Walid camp* judgment *might have supported* the conclusion that the conducts actually amounted to enslavement (in accordance with Article 600 CC) and/or human trafficking (in accordance with Article 601(1) first part and/or 601(1) second part CC). Two quick points in this regard. First, the judgment found that migrants had been subjected to very poor living conditions, that they were “constantly threatened” and “punished for no reason”, that “the deprivation of freedom was absolute”, and that migrants did not enjoy any right to “self-determination”⁵⁰. Second, concerning sexual

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 65-66.

⁴⁹ See Corte d’Assise Milan No. 10/17, *cit.*, pp. 111-112.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 110-111.

and gender-based violence the judgment held that “tens of girls” had been subjected to rape while detained in the camp, including the two underage girls who testified at trial. Perpetrators had subjected those girls to sexual violence “on a daily basis” by taking advantage of the victims’ “vulnerability” and by “threat or use of force”⁵¹. The above-mentioned victims/witnesses testified that they had felt “at the mercy” of the defendant, who not only had sexually abused them, but also beaten them and threatened to let other guards rape them⁵². The judgment concluded that the defendant’s conduct had the (additional) purpose to “subjugate the victims” and thus force their respective families to pay the fee required by the criminal organization he was a member of⁵³.

The *Bani Walid camp* judgment findings concerning sexual violence are in line with information received by FFM Libya. In particular, the Mission stressed that migrant women held in detention facilities were “forced to have sex in order to survive, in exchange for food or other essential items”⁵⁴. In its final report, the Mission found “reasonable grounds to believe that the crime against humanity of sexual slavery, previously unreported by the Mission, had been committed in the trafficking hubs of Bani Walid and Sabratah during the Mission’s mandate”⁵⁵. Regrettably, no such offence has been incorporated into the Italian domestic legal system. As a result, in *Bani Walid camp* judgment the above-mentioned conducts, and particularly those committed against the two underage victims/witnesses, were qualified as “aggravated rape”⁵⁶. However, in light of the seriousness of the conducts he had committed – in addition to “kidnapping for the purpose of extortion”, he was convicted of murder of a kidnapped person, unlawful association to commit a crime, aggravated rape, and facilitating illegal immigration –, the defendant was sentenced to life in prison⁵⁷.

⁵¹ *Ibidem*, p. 120.

⁵² *Ibidem*, p. 121.

⁵³ *Ibidem*, p. 121.

⁵⁴ Human Rights Council, *Report of the Independent Fact-Finding Mission on Libya*, A/HRC/50/63, 27 June 2022, paras. 55-56.

⁵⁵ FFM Libya – Final Report, *cit.*, para. 41.

⁵⁶ See Corte d’Assise Milan No. 10/17, *cit.*, pp. 121-122.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 122-123.

3. *The relationship between the offences contained in Articles 600 and 601 CC and the definitions of human trafficking and enslavement under international law*

Both “enslavement” and “human trafficking” are conducts prohibited under international law. For the purpose of this paper, I will only focus on the relevant provisions of the legal instruments providing definitions of such conducts that Italy has ratified and implemented. I will provide an overview of the relevant legal instruments and the definitions they contain, as they have been interpreted by international courts and tribunals, in sub-section 3.1.

In the following two sub-sections I will aim to address two questions: 1) whether Articles 600 and 601 CC are *compatible with* the international provisions (sub-section 3.2); and 2) whether the three judgments under scrutiny might have qualified the conducts committed against migrants differently, had they applied those international provisions instead of Articles 600 and 601 CC (sub-section 3.3).

3.1. *The definitions of “enslavement” and “human trafficking”, as provided in the relevant international instruments and/or implemented by Italy*

With regard to enslavement, the main applicable instruments are the 1926 “Slavery Convention”⁵⁸ and the 1956 “Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery”⁵⁹. These treaties provided the definitions of “slavery”, “slave trade”, and “practices similar to slavery”, and imposed obligations on states parties to criminalize such conducts⁶⁰. In particular, Article 1 of the Slavery Convention defines slavery as “the status or condition of a person over whom any or all of the powers at-

⁵⁸ *Slavery Convention*, 25 September 1926 (entered into force on 9 March 1927), 212 UNTS 17. Italy ratified the convention in 1928.

⁵⁹ *Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery*, 7 September 1956 (entered into force on 30 April 1957), 266 UNTS 3. Italy ratified the convention in 1958.

⁶⁰ See Article 6 Slavery Convention and Articles 3 and 6 of the 1956 Supplementary Convention.

taching to the right of ownership are exercised” (paragraph 1) and the slave trade as “all acts involved in the capture, acquisition or disposal of a person with intent to reduce him to slavery”, “all acts involved in the acquisition of a slave with a view to selling or exchanging him”, and “all acts of disposal by sale or exchange of a slave acquired with a view to being sold or exchanged, and, in general, every act of trade or transport in slaves” (paragraph 2). However, the convention does not detail any specific “power attaching to the right of ownership”. Article 7 of the 1956 Supplementary Convention reproduces these definitions almost literally.

Judgments issued by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (*hereinafter*: ICTY) provided an interpretation of these provisions for the purpose of defining “enslavement” (as a crime against humanity)⁶¹. In the judgment against *Kunarac et alii*, the Trial Chamber held that the *actus reus* of the crime consisted in “the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person⁶²”. In upholding such finding, the Appeals Chamber later explained that “as a result of the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership, there is some destruction of the juridical personality⁶³”. While the “traditional” forms of slavery (e.g. *chattel slavery*, where the victim is reduced in slave-like conditions and treated like a moveable property) would result in a “greater” destruction of the juridical personality, the definition of enslavement also encompassed the more “contemporary forms of slavery”⁶⁴. Most interestingly, the Trial Chamber enumerated a series of “indications of enslavement”, including: elements of control and ownership; the restriction or control of the victim’s autonomy, freedom of choice or

⁶¹ For the purpose of this paper, also in light of the fact that Italy has not incorporated international crimes into its domestic legal system, I will only take into account the definition of the underlying act.

⁶² ICTY, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković*, IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, Trial Chamber, 22 February 2001 (“Kunarac Trial Judgment”), para. 540.

⁶³ ICTY, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković*, IT-96-23&IT-96-23/1-A, Appeals Chamber, 12 June 2002 (“Kunarac Appeals Judgment”), para. 117.

⁶⁴ *Ibidem*.

freedom of movement; control of physical environment and measures taken to prevent or deter escape; psychological control; use of force, threat of force or coercion; duration; assertion of exclusivity; sex; control of sexuality; prostitution; the exaction of forced or compulsory labour or service; and human trafficking⁶⁵. In particular, judges found that “[t]he ‘acquisition’ or ‘disposal’ of someone for monetary or other compensation ... is a *prime example of the exercise of the right of ownership over someone*” (emphasis mine), whereas the importance of the duration of the exercise of powers attaching to the right of ownership depended, in any given case, on the existence of other indications of enslavement⁶⁶. The Appeals Chamber concluded that the duration was not an element of the crime, but “one of the factors” that determine “the quality of the relationship between the accused and the victim⁶⁷”. Concerning the consent of the victim, the Trial Chamber held that it is “often rendered impossible or irrelevant” through, among others, “the threat or use of force or other forms of coercion; the fear of violence, deception or false promises; the abuse of power; the victim’s position of vulnerability; detention or captivity, psychological oppression or socio-economic conditions⁶⁸”. Other (international) criminal tribunals followed the same approach as the ICTY⁶⁹.

With regard to human trafficking, the main international legal instrument entailing an obligation to criminalize such conduct is the “Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime”, adopted in 2000 (hereinafter: Human Trafficking Protocol)⁷⁰. Article 3, letter a) defines

⁶⁵ Kunarac Trial Judgment, paras. 542-543. Such list was endorsed by the Appeals Chamber (Kunarac Appeals Judgment, para. 119).

⁶⁶ Kunarac Trial Judgment, para. 542.

⁶⁷ Kunarac Appeals Judgment, para. 121.

⁶⁸ Kunarac Trial Judgment, para. 542.

⁶⁹ An analysis of judgments issued by the Special Court for Sierra Leone and the Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia is provided in N. SILLER, *Modern Slavery*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2016, vol. 14, issue 2, pp. 405-428.

⁷⁰ *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 15 November 2000 (entered into force on 25 December 2003), 2237

“human trafficking” as “the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation”. According to Article 5, states parties undertake to criminalize “trafficking in person” as defined in Article 3. However, as Article 4 prescribes that the Protocol shall apply to offences that “are transnational in nature and involve an organized criminal group”, states are only required to criminalize conducts having those additional features.

As a member state of CoE and the EU, Italy has implemented two additional instruments adopted by such organizations. Pursuant to Article 18 of the “Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings”, adopted in 2005 (hereinafter: CoE Convention)⁷¹, states parties undertook an obligation to criminalize human trafficking as defined in Article 4. Article 4 of the convention reproduces Article 5 of the Human Trafficking Protocol almost literally. The definition provided in the Protocol is also reproduced in Article 1, paragraph 1 of Directive 2011/36/EU (hereinafter: 2011 EU Directive)⁷². The Human Trafficking Protocol, the CoE Convention, and the 2011 EU Directive provide an almost identical definition of “exploitation”. According to the Human Trafficking Protocol and the CoE Convention, it includes “at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs” (Article 3, letter a) of the Protocol). In addition to that, the 2011 EU directive expanded the list, incorporating “begging” and “the exploitation of criminal activities”.

UNTS 319. Italy ratified the Protocol in 2006.

⁷¹ *Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, 15 November 2000 (entered into force on 25 December 2003), CETS No. 197. Italy ratified the Convention in 2010.

⁷² Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council *on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA*, 5 April 2011, in OJEU L 101/1, 15 April 2011.

In sum, the definition of “human trafficking” enshrined in these instruments encompasses three elements: a) an action; b) a means by which that action is achieved; c) the purpose of exploitation⁷³. As stressed by scholars, “[a]ny combination of one or more of the elements of action, means, and exploitative purpose involves trafficking⁷⁴”. However, “[a]ll three elements must be present to constitute “trafficking in persons” in international law⁷⁵”. There is only one exception. When the victim is a person under the age of eighteen, a conduct amounts to “human trafficking” also when it does not involve any of the prohibited means⁷⁶.

The Legislative Guide and the Working Group on Trafficking in Persons offered guidance in respect to some of the most contentious concepts incorporated into the definition of “human trafficking”. In particular, they clarified that *vulnerability* “is to be understood as referring to “any situation in which the person involved has no real and acceptable alternative but to submit to the abuse involved⁷⁷”. As to *consent*, the Working Group stressed that it “cannot be used to absolve an alleged perpetrator from criminal responsibility if any specified means have been used” and that the relationship between consent and *means* can “explain and nullify the apparent consent a victim may have given at some stage of the trafficking process⁷⁸”. Concerning *ex-*

⁷³ See Working Group on Trafficking in Persons, *Key concepts of the Trafficking in Persons Protocol, with a focus on the United Nations Office on Drugs and Crime issue papers on abuse of a position of vulnerability, consent and exploitation*, CTOC/COP/WG.4/2015/4, 25 August 2015 (“Key Concepts of the Trafficking in Persons Protocol”), para. 2.

⁷⁴ N. BOISTER, *Slavery and Human Trafficking*, in N. BOISTER (ed.), *An Introduction to Transnational Criminal Law*, 2nd Edition, Oxford, 2018, pp. 56-75, in particular p. 66.

⁷⁵ Key Concepts of the Trafficking in Persons Protocol, *cit.*, para. 2.

⁷⁶ See Art. 3, letters c) and d) Human Trafficking Protocol; Art. 4, letters c) and d) CoE Convention; and Art. 1, paras. 5 and 6 2011 EU Directive.

⁷⁷ Key Concepts of the Trafficking in Persons Protocol, *cit.*, para. 8. See also, in the same spirit: UNODC, *Legislative Guide for the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Person, Especially Women and Children*, 2000, para. 108, at https://www.unodc.org/documents/treaties/Review_Mechanism/Review_Mechanism_2020/Website/Legislative_Guide_on_TiP/TiP_LegislativeGuide_Final.pdf.

⁷⁸ Key Concepts of the Trafficking in Persons Protocol, *cit.*, para. 13.

ploitation, among other things the Working Group held that “existing international legal definitions of slavery and forced labour are directly relevant to interpreting their substantive content within the context of the Trafficking in Persons Protocol⁷⁹”.

Additional guidance as to the definitions of, as well as to *the relationship between* “enslavement”, “slavery”, “sexual slavery” and “human trafficking” has been provided in judgments issued by the European Court of Human Rights (hereinafter: ECtHR) and the ICC.

Pursuant to Articles 1 and 4 ECHR, states parties to the Convention shall guarantee that everyone under their jurisdiction is not held in slavery or servitude, nor required to perform forced or compulsory labour. In what is probably the most interesting judgment the Court has issued to date, in the case *Rantsev v. Cyprus and Russia*, the ECtHR focused on the relationship between slavery and human trafficking, and held that “trafficking in human beings, by its very nature and aim of exploitation, is based on the exercise of powers attaching to the right of ownership” because it implies treating human beings “as commodities to be bought and sold and put to forced labour”, closely surveilling their activities and movements, and thus threatening the victims’ “human dignity and fundamental freedoms”. Therefore, trafficking would fall “within the scope of Article 4⁸⁰”. In a following case against Austria, the Court stressed that the elements of trafficking identified in the *Rantsev* judgment “cut across the three categories set out in Article 4⁸¹”. In a recent judgment against Croatia, the Grand Chamber explained that “trafficking can properly be incorporated ... within the scope of Article 4” because it runs counter its “spirit and purpose⁸²”. In addition, it noted that “instances of serious exploitation

⁷⁹ *Ibidem*, para. 24.

⁸⁰ European Court of Human Rights, First Section, Judgment of 7 January 2010, Application no. 25965/04, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, paras. 280-281. This finding was reiterated in other cases (*see*, for instance, European Court of Human Rights, Second Section, Judgment of 31 July 2012, Application no. 40020/03, *M. and Others v. Italy and Bulgaria*, para. 151).

⁸¹ European Court of Human Rights, Fourth Section, Judgment of 17 January 20107, Application no. 58216/12, *J. and Others v. Austria*, para. 104.

⁸² European Court of Human Rights, Grand Chamber, Judgment of 25 June 2020, Application no. 60561/14, *S.M. v. Croatia*, paras. 291-292.

... may have elements qualifying it as “servitude” or “slavery” under Article 4⁸³”.

This ECtHR case law has drawn criticism from several scholars. For instance, van der Wilt has lamented that in *Rantsev*, the Court has left open whether the particular instance of trafficking can be categorized as “slavery”, “servitude” or “forced and compulsory labour”; and has noted that “[t]he incorporation of trafficking in human beings within the scope of Article 4 is not decisive, because that provision encompasses several concepts ... and the ECtHR refrains from indicating under which tag trafficking can be brought⁸⁴”. While praising the contribution of the *Rantsev* judgment, Anne Gallagher has concluded that “[e]ven taking into account the extensive consideration of “trafficking as slavery,” it remains unclear why trafficking falls within the parameters of Article 4⁸⁵”. Vladislava Stoyanova has taken the criticism further, arguing that “human trafficking has been made the dominant frame through which abuses are defined and, as a result, the concept of slavery has been marginalized⁸⁶”. In fact, “the determination that trafficking in human beings is ‘based on the exercise of powers attaching to the right of ownership’ is incorrect⁸⁷” since the harm inflicted to migrants’ well-being “is captured by the concepts of slavery, servitude and forced labour, not necessarily by the concept of human trafficking⁸⁸”.

The main legal instruments and the case law of the International Criminal Court seem to have further contributed to blurring the boundaries between slavery and human trafficking. The ICC Statute includes “enslavement” among the underlying crimes against humanity, and defines it (in Article 7, paragraph 2, letter c)) as “the exercise

⁸³ *Ibidem*, paras. 300.

⁸⁴ H. VAN DER WILT, *Trafficking in Human Beings, Enslavement, Crimes Against Humanity: Unravelling the Concepts*, in *Chinese Journal of International Law*, 2014, vol. 13, issue 2, pp. 297-334, in particular p. 312.

⁸⁵ A. GALLAGHER, *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge, 2010, p. 189.

⁸⁶ V. STOYANOVA, *Human Trafficking and Slavery Reconsidered. Conceptual Limits and States’ Positive Obligations in European Law*, Cambridge, 2017, p. 293.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 302.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 314.

of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person,” including “the exercise of such power *in the course of trafficking in persons, in particular women and children*” (emphasis mine). Article 7, paragraph 1, letter c) of the Elements of Crimes enumerates forms in which powers attaching to the right of ownership can be exercised, such as “by purchasing, selling, lending or bartering such a person or persons, or by imposing on them a similar deprivation of liberty”. A footnote provides that “[i]t is also understood that the conduct described in this element includes trafficking in persons, in particular women and children⁸⁹”. Concerning the material elements of “enslavement”, in addition to those defined in the Elements of Crimes, the *Katanga*, *Ntaganda*, and *Ongwen* judgments endorsed substantially the same list of “indications of enslavement” which had been provided in *Kunarac* judgment⁹⁰.

Conversely, while including it among the underlying crimes against humanity, the Statute does not define “sexual slavery”. As of today, the ICC has not had the chance to further clarify the relationship between enslavement and human trafficking. On the other hand, it has discussed the relationship between enslavement and sexual slavery. In this respect, in *Ongwen* the Trial Chamber held that “[t]he crime of sexual slavery is a specific form of the crime of ‘enslavement’, penalising the perpetrator’s restriction or control of the victim’s sexual autonomy while held in the state of enslavement⁹¹”. The material element requirements of “sexual slavery” are that “the material element of enslavement is fulfilled” and that the perpetrator also caused the victim

⁸⁹ See ICC, *Elements of Crimes*, Article 7(1)(c), para. 1 and footnote 11, at <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf>.

⁹⁰ See ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Trial Chamber II, 7 March 2014, para. 976; ICC, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, Judgment, Trial Chamber VI, 8 July 2019, para. 952; and ICC, *Prosecutor v. Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, Trial Chamber IX, 4 February 2021 (“Ongwen Trial Judgment”), para. 2712.

⁹¹ Ongwen Trial Judgment, *cit.*, para. 2715. In the same spirit, see also Chambre Africaine Extraordinaire d’Assises, *Ministère Public v. Houssein Habré*, Jugement, 16 May 2016, para. 1497 (“...la Chambre considère que l’esclavage sexuel n’est autre qu’une forme d’esclavage”).

“to engage in one or more acts of a sexual nature⁹²”. As to the acts of sexual nature, the *Ongwen* judgment found that they include, but are not limited to, rape⁹³.

Therefore, as noted by Palacios-Arapiles, “[i]f we remove the sexual element from the crime of sexual slavery, slavery remains and so does its definition⁹⁴”. Viseur Sellers and Getgen Kestenbaum have stressed, in this regard, that “sexual violence or assaults on sexual integrity are integral to *de jure* and *de facto* forms of slavery,” and have criticized the “bifurcation of sexual slavery and enslavement” because it “denudes the crimes of slavery and enslavement of their long-accepted *indicia* comprised of attacks on sexual integrity⁹⁵”.

3.2. *The compatibility of the Italian Criminal Code provisions on enslavement and human trafficking with the definitions provided in the relevant international legal instruments*

The Italian legislator executed the obligations arising from the international legal instruments on enslavement and human trafficking through successive amendments to Articles 600 and Article 601 Criminal Code.

The body in charge of monitoring the implementation of the CoE Convention – namely, the Group of Experts on Action Against Trafficking in Human Beings of the Council of Europe (“GRETA”) – has only identified two weaknesses in Article 601. In a report issued in 2018, GRETA recommended Italy to “ensure that ‘receipt’ as one of the actions and ‘abduction’ as one of the means for committing [human trafficking] ... are appropriately taken into account in practice⁹⁶”.

⁹² *Ongwen* Trial Judgment, cit., para. 2715.

⁹³ *Ibidem*, para. 2716.

⁹⁴ S. PALACIOS-ARAPILES, *The Interpretation of Slavery before the International Criminal Court: Reconciling Legal Borders?*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, 2022, vol. 25, issue 1, pp. 416-456, in particular p. 422.

⁹⁵ P. VISEUR SELLERS, J. GETGEN KESTENBAUM, ‘Sexualized Slavery’ and Customary International Law, in S. WEILL, K. T. SEELINGER, K. B. CARLSON (eds.), *The President on Trial: Prosecuting Hissène Habré*, Oxford, 2020, pp. 366-380, in particular p. 367 and p. 380.

⁹⁶ See GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe*

The definition provided in Article 600(1) first part reproduces the definition of enslavement contained in the 1926 Slavery Convention literally. As mentioned in Section 2, “enslavement” is defined as the exercise over a person of powers attaching to the right of ownership (pursuant to Article 600(1) first part). However, Article 600 also contains a distinct offence – namely, Article 600(1) second part –, consisting in reducing a person in a state of constant subjugation, forcing him/her to perform work or sex or to beg or, in any case, to perform illegal activities entailing his/her exploitation or removal of organs. The means through which the perpetrator may subjugate the victim, as enumerated in the second paragraph of Article 600, reproduce those mentioned in the international legal instruments defining “human trafficking” almost literally.

Similarly, Article 601 CC contains two distinct offences. While the offence prohibited in accordance with Article 601(1) second part reproduces the definition provided in the international instruments almost literally, Article 601(1) first part does not seem to be grounded in such definitions.

In consequence, the Italian legislator seems to have gone beyond the scope of the relevant international obligations to criminalize – which may not raise any concerns, as (being absent any express limitation to this end) states can exercise their “jurisdiction to prescribe” freely under international law⁹⁷. This is expressly provided for with regard to offences relating to “human trafficking”. Article 1 of the Human Trafficking Protocol establishes that such instrument supplements, and shall be interpreted together with the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (hereinafter: UNTOC). As a result, Article 33, paragraph 3 UNTOC applies, according to which states parties “may adopt more strict or severe measures than those provided for by this Convention for preventing and combating

Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Italy, GRETA (2018) 28, 25 January 2019 (“GRETA Report 2019”), para. 225.

⁹⁷ On this matter *see*, for instance: C. RYNGAERT, *The Concept of Jurisdiction in International Law*, in A. ORAKHELASHVILI (edited by), *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*, Cheltenham, 2015, pp. 50-76.

transnational organized crime”. This is precisely what Italy seems to have done.

Also considering that “purchasing or selling slaves” is defined in Article 602 CC as a *residual offence* in respect to those proscribed by Article 601 CC, one is bound to conclude that indeed, the offences established in accordance with Article 600(1) second part and Article 601(1) first part are not grounded in any of the above-mentioned international instruments. This is not the only instance where the provisions on “slavery” and “trafficking in human beings” partially overlap with others. Article 603*bis* criminalizing illegal intermediation and labour exploitation is probably the most interesting example⁹⁸. In this regard, a study on the implementation of the 2011 EU Directive has warned that trafficking in human beings’ cases are sometimes requalified or investigated as different offences because “this may be easier and more practical from the perspective of the criminal justice systems,” which may result in lower punishments for offenders and “lead to the termination of the provision of support to the victim⁹⁹”.

In conclusion, the conducts the legislator criminalized under Articles 600(1) second part and Article 601(1) first part seem to amount to “hybrid” offences that are only partially tied to the international definitions of slavery and human trafficking. These offences are a mix of *elements of enslavement* and *elements of human trafficking*. Although this is not the only case where domestic offences partially overlap, the fragmentation of criminal responses to phenomena potentially amounting to slavery or human trafficking risks diluting these concepts and creating an unnecessary “compartmentalization”.

⁹⁸ On this offence and its relationship with human trafficking and slavery, see C. CUCINOTTA, *The Offences of Slavery, Servitude, Forced Labour and Labour Exploitation: A Comparative Study (Part I)*, in *European Criminal Law Review*, 2022, vol. 12, issue 2, pp. 190-216, in particular pp. 195-204.

⁹⁹ See European Parliamentary Research Service, *Implementation of Directive 2011/36/EU: Migration and gender issues. European implementation assessment*, 2020, p. 109.

3.3. *Weighing the findings of the Bani Walid camp, Sabratah camp, and Zuwara camp judgments against the provisions of the relevant international legal instruments*

The second question this section aims to address is whether the conducts that the Italian domestic tribunals have considered could have been qualified as “human trafficking” and/or “enslavement” *in light of* the international provisions and relevant case law analysed in Section 3.1. The question I will try to address in this sub-section is, in other words, whether any of the conducts committed against migrants held in the three camps might have been qualified as human trafficking and/or enslavement and/or (sexual) slavery in accordance with international law.

a) Human Trafficking

In Section 3.1, I recalled that “human trafficking” is generally considered as consisting of three elements: action, means, exploitative purpose.

In the cases under scrutiny, the “action” element seems to be the least problematic. In fact, the three judgments characterized the conduct of the defendants as “kidnapping”¹⁰⁰, “recruitment”¹⁰¹, and both “recruitment” and “kidnapping”¹⁰².

The judgments also provide guidance with regard to the “means” element. Even though they did not provide a legal characterization of the facts, judges indicated that the defendants had used violence and/or exploited the victims’ vulnerability. The *Bani Walid camp* judgment found that migrants had been “taken to Libya illegally” and *thus* transported to the camp, where they were locked in warehouses and subjected to abuses¹⁰³. Considering that migrants had not even agreed on the fee they would pay to their (supposed) smugglers once they got to Libya¹⁰⁴, this situation seems to fall within the scope of the

¹⁰⁰ Corte d’Assise Milan No. 10/17, *cit.*, p. 111.

¹⁰¹ Corte d’Assise Agrigento No. 1/18, *cit.*, p. 16.

¹⁰² GUP Palermo, 22 February 2022, pp. 59-61, in particular p. 64.

¹⁰³ Corte d’Assise Milan No. 10/17, *cit.*, p. 106.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 34.

definition of “vulnerability” – including as clarified by the Legislative Guide and the Working Group on Trafficking in Persons (see Section 3.1 above). The use of prohibited means is all the more evident with regard to those migrants who had already been held in one or more camps before being transferred to Bani Walid, and against whom it can be argued that “force”, “threat of force”, or “coercion” had been used¹⁰⁵. The *Sabratab camp* judgment seems to strongly suggest that migrants were indeed in a condition of vulnerability for the purpose of “human trafficking”, where it found that migrants “accepted the living conditions they had been subjected to *for the only reason* that they would be allowed to leave [the camp]¹⁰⁶” (emphasis mine). The *Zu-wara camp* judgment seems to suggest that victims had been subjected to force or coercion, where it found that the victims had been “captured” or “kidnapped¹⁰⁷”.

The most problematic element is the “exploitation”. This is in fact an element that only one of the three judgments considered. The *Zu-wara camp* judgment convicted the defendants of the offence defined in Article 601(1) first part (the *hybrid* “trafficking in human being” offence), which does not require an intention to exploit. As to the *Bani Walid camp* judgment, it characterized the conducts as “kidnapping for the purpose of ransom”. The *Sabratab camp* judgment, on the other hand, has to some extent dealt with the exploitative purpose. In finding the defendant criminally responsible on the basis of Article 600(1) second part (the *hybrid* “enslavement”), it explained that the criminal organization he was a member of had enslaved migrants for the purpose of securing revenues, and that those victims that could not pay had been forced to work. In so doing, the latter judgment may have (inadvertently) exposed a “blind spot” of the international framework.

Katie Kuschminder and Anna Triandafyllidou brilliantly posited that “the kidnapping and extortion [of migrants throughout Libya] *do not foresee exploitation properly speaking ... but rather a criminal act of torture and extortion for profit*” (emphasis mine)¹⁰⁸. In fact, in the

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 36.

¹⁰⁶ Corte d’Assise Agrigento No. 1/18, cit., p. 16.

¹⁰⁷ GUP Palermo, 22 February 2022, pp. 8, 60, 61.

¹⁰⁸ K. KUSCHMINDER, A. TRIANDAFYLLIDOU, cit., p. 215.

circumstances at hand the main problem from the legal point of view is that “there is no exploitation after arrival *either in Libya or in Italy*” (emphasis mine)¹⁰⁹. Having said that, I believe that there is room left for conceptualizing the said conducts as human trafficking. The fact that *while enslaved*, migrants are allowed to call their families does not displace the enslavement. It is their “subjugation”, and particularly the coexistence of indications of enslavement that we should focus on. Drawing from the *Kunarac* judgment list, I believe that the victims of the crimes charged in the *Bani Walid camp*, *Sabratab camp*, and *Zu-wara camp* cases had been *at least* subjected to the restriction and control of their autonomy, freedom of movement, physical environment, as well as to the use of force, and – particularly with regard to women and girls – to sexual violence. This is not to say that the conducts under scrutiny *should* be qualified as “human trafficking” under international law. My point is that the abuses committed against migrants in Libya, as described in the three judgments under scrutiny, might also be looked at through the lens of human trafficking. As stressed by Alain and Bales, “trafficking is not in itself slavery, but a process by which slavery can be achieved”. In fact, we need to recognize – as suggested by Anne Gallagher – that “the inclusion of slavery and slave-like practices in the definition of trafficking is strong evidence of a substantive link between the two concepts” and that “the legal understanding of what constitutes slavery has evolved to potentially include contemporary forms of exploitation such as debt bondage and trafficking”. On the other hand, I agree with van der Wilt that this does not mean that enslavement does always also constitute trafficking in human beings. Thus we should try to reconceptualize this relationship in terms of continuum – analogously to what scholars have proposed with respect to the relationship between labour exploitation, forced labour, and slavery. As this would result in accepting that there is a grey area and potential overlaps between the offences, we should seek further clarification of the distinction between enslavement as a crime and enslavement as exploitative purpose (within the context of trafficking).

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 221.

b) Enslavement, Slavery, and Sexual slavery

Acts committed against migrants may (also) amount to “enslavement”, “slavery”, and/or “sexual slavery” under international law.

Two of the judgments I am focusing on – in the *Sabratab camp* and *Zuwara camp* cases – recognized that victims had been “enslaved” by the organizations running the detention facilities where they had been held. The *Sabratab camp* judgment (rather succinctly) explained that the defendant had “enslaved” hundreds of migrants by means of preventing them from leaving the camp, threatening to use or using force against them, and forcing those who were unable to pay to work for free in order to secure their release¹¹⁰. The defendant was convicted of “enslavement”. This conclusion seems to be fully consistent with the practice of international criminal tribunals. However, the case may not be so “clear-cut”. Regrettably, the judgment did not detail how the defendant had exercised “powers attaching to the right of ownership”, besides mentioning that he had restricted the victims’ freedom of movement and used force as well as threats in order to keep them in conditions of slavery¹¹¹. In addition to that, the judgment expressly mentioned that those migrants whose families could not pay for their release had been forced to work for free to pay the fee required for the next leg of their journey¹¹². On the other hand, while noting *in passing* that one witness testified that “the defendant sexually abused women in the camp”¹¹³, the judgment did not take into account alleged acts of sexual violence (including as an indication of enslavement). As a result, it seems that all these conducts, and not only those encompassing forced labour might have been qualified as human trafficking as well as enslavement. Once again, the qualification would depend on the definition of enslavement as exploitative purpose vis-à-vis enslavement as a crime.

The legal findings of the *Zuwara camp* judgment also require further consideration. Having found that the victims had been bought by the criminal organization the defendants were members of, and thus

¹¹⁰ Corte d’Assise Agrigento No. 1/18, cit., p. 16.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 16.

¹¹² *Ibidem*, p. 16.

¹¹³ *Ibidem*, p. 10.

subjected to a state of constant subjugation (characterized as slavery), the judgment found that such conducts amounted to human trafficking pursuant to Article 601(1) first part¹¹⁴. The problem, in this case, is evidently the availability of the *hybrid* offence. (This is, of course, not something one should blame the Prosecution nor the judge for.) Based on the factual findings of the judgment, I believe that such conducts could have been labelled as “enslavement”. Not only the perpetrators’ conducts tick several of the “*Kunarac* judgment boxes” for enslavement (e.g. restriction of freedom of movement, use of force, control of physical environment, and measures taken to prevent or deter escape). On top of that, members of the organization clearly exercised powers attaching to the right of ownership by purchasing their victims from others. As detailed in Article 7, paragraph 1, letter c) of the ICC Elements of Crimes, this is one of the forms in which powers attaching to the right of ownership can be exercised.

All considered, the most interesting of the three is the *Bani Walid camp* judgment. This is in fact the only case where the offences defined in Articles 600 and 601 were not considered at all¹¹⁵. The judgment established that the perpetrator had subjected migrants to very poor living conditions, that he had used or threatened to use force against them, and that “the deprivation of freedom was absolute” and they did not enjoy any right to “self-determination”¹¹⁶. In addition to that, the judgment concluded that the defendant committed acts of sexual violence against at least 10 women, including two underage girls that testified at trial, and that he did so in order to “completely subjugate” the victims and force their families to pay for their release¹¹⁷. In my view, the findings concerning such acts of violence may have led to a re-qualification of the conducts as (sexual) slavery¹¹⁸. Even though

¹¹⁴ GUP Palermo, 22 February 2022, pp. 60-61.

¹¹⁵ In this regard, it is worth recalling that the penalty attached to the offence prohibited under Article 630 (kidnapping for the purpose of extortion) – 25 to 30 years in prison – is more severe than those attached to “enslavement” and “human trafficking” pursuant to Articles 600 and 601 – 8 to 20 years in prison.

¹¹⁶ Corte d’Assise Milan No. 10/17, cit., pp. 110-111.

¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 120-122.

¹¹⁸ Pursuant to Article 521 of the Italian Code of Criminal Procedure, the judge can qualify the conducts differently in the judgment than provided in the indictment.

“sexual slavery” has not been incorporated into the Criminal Code, the *Ongwen* judgment has clarified that such conduct is a *species* of the *genus* “slavery”. The *Corte d’Assise* might have considered that the defendant had restricted the victims’ freedom of movement, used force and threats against them, and that he had controlled their sexual autonomy and committed acts of rape that resulted in “some destruction of the juridical personality”¹¹⁹ – particularly with respect to two underage victims/witnesses. In accordance with the practice of international criminal tribunals, as discussed in Section 3.1, the defendant could have therefore been convicted of enslavement. As a result, I believe one can argue that such conducts, and *at least* the acts committed against the two underage victims/witnesses, could (should?) have been qualified as “enslavement” in accordance with Article 600(1) first part.

4. *Moving forward: grasping the continuum between “human trafficking” and “enslavement”*

In this contribution, I have reviewed three recent judgments issued by Italian criminal tribunals regarding grave abuses committed against migrants throughout Libya. Such judgments deserve praise because they represent the first (known) attempts to fight impunity in a very complex scenario such as Libya. Also considering that the first reports concerning those abuses emerged in 2016, and that the International Criminal Court has been investigating those allegations since at least 2017, the judgments at hand represent a historical development. Their factual findings contribute to our understanding of power dynamics and the complex reality (or realities) on the ground. Most importantly, they have given victims the opportunity to tell their stories, be heard, and obtain justice¹²⁰.

In Section 2, I provided an overview of the main factual findings, particularly with regard to the conducts that were labelled as “human

¹¹⁹ Kunarac Trial Judgment, cit., para. 117.

¹²⁰ In fact, all three judgments found the witnesses reliable, and the convictions were largely based on their testimonies.

trafficking”, “enslavement”, “kidnapping for the purpose of exploitation”, and “(aggravated) rape”.

In Section 3, I reflected critically on the legal findings of the three judgments, including by looking at them through the lens of international law. I focused on Articles 600 and 601 of the Italian Criminal Code, and compared the definitions of “enslavement” and “trafficking in human beings” they incorporate with those adopted at the international level. I argued that the Italian legislator seems to have gone beyond the obligation to criminalize human trafficking in accordance with the relevant international legal instruments, creating two “hybrid” offences containing elements of slavery and elements of human trafficking. In addition, I argued that despite the lack of a domestic provision criminalizing “sexual slavery” as such, some of the acts in relation to which convictions were entered in the *Bani Walid camp* judgment – and particularly acts of rape committed against two underage girls – could have been qualified as enslavement. This is because in light of the practice of the ICC and other (international) criminal tribunals, “sexual slavery” is a crime composed of two material elements: enslavement and acts of sexual violence. Therefore, the offence defined in Article 600 may capture acts of sexual slavery.

These judgments seem to also offer an opportunity to practitioners and scholars to further reflect on the “*continuum*” between human trafficking and enslavement. In Section 3.3, I stressed that the experience of migrants detained and abused in Libya may or may not meet the definition of human trafficking. However, the Sabratah camp judgment indirectly illuminates a potential “blind spot” where it explains that the criminal organization the defendant was a member of had enslaved the victims with a view to securing financial benefits. Extortion does not seem to fall within the scope of the definition of “trafficking in human being”. However, also considering that the list of what constitutes “exploitation” provided in the relevant international law instruments is non-exhaustive, there is room to argue that extortion may amount to exploitation. In order to address the question whether the conduct should rather be characterized as “enslavement” or as “human trafficking”, one should therefore focus on the definition of enslavement.

The definition provided under Article 600(1) first part CC mirrors the definition of slavery provided in the 1926 Slavery Convention and its 1956 Supplementary Convention. This definition has also been adopted by the ECtHR in its more recent judgments, where the Court of Strasbourg has stressed that trafficking in human beings is based on the exercise of powers attaching to the right of ownership and that instances of *serious exploitation* may have elements qualifying it as slavery. In fact, those instances are often labelled (especially in domestic legislation, NGO reports, and mainstream media coverage) “modern slavery”¹²¹. In applying the provisions on “enslavement”, the ICTY’s *Kunarac* appeals judgment (discussed in Section 3.1) explained that, as a result of the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership, there is some destruction of the juridical personality. However, enslavement does not require the *complete* destruction of the victim’s personality; “contemporary forms of slavery”, also falling within the scope of the material element of enslavement, entail *lesser* destructions of the personality. In addition, the duration of the exercise of those powers is *not an element* of the crime. As a result, one may indeed conclude that abuses committed against migrants in Libya amount to enslavement. This is the conclusion reached in the *Sabratabh camp* judgment, as well as in the final report of the Independent Fact-Finding Mission on Libya.

Based on the above, we may want to re-conceptualize “human trafficking” and “enslavement”, and understand their relationship in terms of a “*continuum*”. Which does not mean that the only way forward is to equate human trafficking with slavery. In moving beyond this idea, I believe the judgments issued by Italian courts illuminated “grey areas” and “areas of overlap”, and may thus help us better understand the above-mentioned *continuum* – including by taking into account the context in which acts occur. Hence I believe we can draw three lessons from such decisions.

First, as found by the *Sabratabh camp* judgment, enslavement can be a core activity of criminal organizations operating in Libya. In order to

¹²¹ Anne Gallagher argued that “*the link between trafficking and slavery is not well understood*” also due to the “*notion of trafficking as ‘slavery’ or ‘modern slavery’*” (A. GALLAGHER, cit., p. 177).

secure revenues as quickly as possible, these organizations need to lure migrants into the detention facilities they control and subject them to (increasingly severe) abuses with the aim of forcing their families to pay a fee to secure their release. The findings of the judgment show how the defendant, as a member of one such criminal organizations, had the purpose to exploit migrants – but not in the sense envisaged in the Human Trafficking Protocol. On the one hand, this sheds light on the need to further clarify what *enslavement as exploitative purpose* entails. On the other hand, the operation of detention camps on the part of organizations with resources, manpower, and a hierarchical structure, together with the widespreadness or systematicity of the abuses committed within the camps, might justify the treatment of such acts as *enslavement as a crime against humanity*.

Second, as detailed in the *Zuwara camp* judgment, migrants are sometimes (often?) sold and purchased by members of different organizations. The seller and buyer in such cases may have different understandings of the situation – and thus deserve different criminal treatment. The acts of the sellers (especially one that is not a member of a criminal organization running a detention camp) might be better understood in terms of “human trafficking”, as they exploit the vulnerability of migrants whose goal is to reach the coast of Libya and cross into Europe to secure a profit. The fact that they trade the victims to a criminal organization that runs detention camps might demonstrate the sellers’ intention to subject migrants to enslavement. In this spirit, I agree with Siller that to describe the concept of enslavement in terms of “acquisition” or “disposal” of someone would “border with equating enslavement with human trafficking¹²²”. In addition, by lowering the threshold for “enslavement”, this may make the offence of “slave trade” redundant (although in this respect, Siller has argued that this concept is already “indistinguishable” from trafficking)¹²³. The most problematic aspect, with regard to this scenario, is distinguishing the features and peculiarities of *enslavement as exploitative purpose* vis-à-vis those of *enslavement as a crime*.

¹²² See N. SILLER, *Modern Slavery*, cit., p. 420.

¹²³ *Ibidem*, p. 421.

Third, the *Bani Walid camp* judgment can be analysed with a view to challenging our understanding of the abuses committed against female migrants as *opportunistic crimes* (that is, rape committed in the context of human trafficking). Building up on the scholarship of Viseur Sellers and Getgen Kestenbaum, one could re-define acts of sexual violence committed against migrant women and girls held in detention centres in terms of “structural violence”. These conducts are grounded in patriarchal value systems and exacerbated by the existence of a “transit space of exception” (today’s Libya) where criminal networks represent “some form of local order and authority that is imposed through a system of violence¹²⁴”. It is this system of violence, and not an exploitative purpose, that is at the heart of the abuses against female migrants. Therefore, the acts of sexual violence committed within the detention camps may be better understood as acts of (sexual) slavery. Such acts are perpetrated through the imposition of the perpetrators’ authority over people detained in the camps, and result in a (partial) destruction of women’s juridical personality. This is a means to secure their “obedience” or “silence” (though fear and violence) and thus be able to treat them *as objects*. Also considering that the ICC Statute defines “enslavement” as the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person, *including in the course of trafficking in persons, in particular women and children*, conceptualizing the crimes committed against female migrants held in detention centres throughout Libya may contribute to disentangling this knot.

¹²⁴ K. KUSCHMINDER, A. TRIANDAFYLLIDOU, cit., p. 215.

Abstract

In March 2023, the Independent Fact-Finding Mission on Libya found that crimes against humanity may have been committed since 2016 throughout Libya against migrants in the context of deprivation of liberty. As the International Criminal Court faces jurisdictional as well as practical obstacles to the investigation of such crimes, it turned to domestic authorities for the purpose of closing the impunity gap. This contribution will focus on three judgments issued in recent years in Italy against third country nationals. These judgments found the defendants guilty of, among others, human trafficking, enslavement, kidnapping for the purpose of extortion, and/or rape. Through the analysis of their findings, this contribution aims to draw lessons from such judgments for the purpose of better understanding the continuum between human trafficking and enslavement, particularly when committed against female migrants.

KEYWORDS: Human trafficking – enslavement – slavery – sexual and gender-based violence – Libya – migrants

LA RELAZIONE TRA TRATTA DI ESSERI UMANI
E RIDUZIONE IN SCHIAVITÀ:
LA RECENTE GIURISPRUDENZA ITALIANA SUGLI ABUSI
COMMESSI CONTRO (DONNE) MIGRANTI IN LIBIA

Il 3 marzo 2023, la *Independent Fact-Finding Mission on Libya* ha concluso che crimini contro l'umanità potrebbero essere stati commessi in Libia a partire dal 2016 contro migranti che si trovavano in stato di detenzione. Poiché la Corte penale internazionale deve affrontare ostacoli di tipo giurisdizionale e pratico, il compito di lottare contro l'impunità degli autori di quei crimini è ricaduto sugli stati. Questo contributo si concentra su tre sentenze emesse negli ultimi anni in Italia contro cittadini di paesi terzi. Le sentenze hanno condannato gli accusati per, tra gli altri reati, tratta di esseri umani, riduzione in schiavitù, sequestro a scopo di estorsione, e/o stupro. Attraverso l'analisi delle risultanze di queste decisioni, il contributo si propone di ricavarne lezioni allo scopo di meglio comprendere il *continuum* tra tratta di esse-

ri umani e riduzione in schiavitù, in particolare quando commesse nei confronti di donne migranti.

KEYWORDS: Tratta di esseri umani – schiavitù – riduzione in schiavitù – violenza di genere – Libia – migranti

TRATTA DEGLI ESSERI UMANI: PROFILI DI RISCHIO NELL'AMBITO DELLA CRISI UCRAINA

*Chiara Scipioni**

SOMMARIO: 1. Premessa. La tratta degli esseri umani: quadro giuridico internazionale ed europeo. – 2. La tratta degli esseri umani nelle situazioni di conflitto. Le vulnerabilità e le finalità di sfruttamento. – 3. Profili di rischio nell'ambito del conflitto ucraino. – 4. I gruppi di persone maggiormente a rischio. – 4.1. Persone che non possono accedere alle garanzie previste dalla Direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulla protezione temporanea. – 4.2. Persone che non si registrano per la protezione temporanea a causa di mancanza di informazioni. – 4.3. Donne, bambine, bambini ed adolescenti. – 4.4. Reclutamento, sfruttamento e controllo online. – 4.5. Gruppi di persone con caratteristiche personali che, già prima del conflitto, subivano marginalizzazione e discriminazioni, incluse persone con disabilità, anziane, appartenenti alla comunità rom, persone LGBTIQ+. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa. La tratta degli esseri umani: quadro giuridico internazionale ed europeo

Il Protocollo per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare donne e bambini (Protocollo di Palermo)¹ del 2000 è il principale strumento giuridico internazionale che regola la tratta a livello globale. L'articolo 3(a) del Protocollo di Palermo contiene la prima definizione giuridicamente vincolante, e concordata a livello in-

* UNHCR Protection Associate (Trafficking). Indirizzo e-mail: scipioni@unhcr.org

Le opinioni espresse nell'articolo vanno attribuite all'Autrice, e non riflettono necessariamente quelle dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati.

¹ Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, adottata a Palermo nel dicembre del 2000 ed entrata in vigore nel 2003. *United Nations, Treaty Series*, vol. 2225, No. 39574. 4 ed *Ibid.*, vol. 2237, No. 39574, https://treaties.un.org/doc/Treaties/2000/11/20001115%2011-38%20AM/Ch_XVIII_12_ap.pdf.

ternazionale, della tratta degli esseri umani, che vi è definita come “reclutamento, trasporto, trasferimento, l’ospitare o accogliere persone, tramite l’impiego o la minaccia di impiego della forza o di altre forme di coercizione, di rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità o tramite il dare o ricevere somme di denaro o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un’altra a scopo di sfruttamento. Lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro forzato o prestazioni forzate, schiavitù o pratiche analoghe, l’asservimento o il prelievo di organi”.

Con 172 Stati parte e 131 Stati che presentano una legislazione pienamente conforme, il Protocollo di Palermo è lo strumento giuridico internazionale in materia di tratta che presenta il più alto livello di approvazione, sia per quanto riguarda le ratifiche/adesioni, che per quanto concerne l’allineamento delle legislazioni nazionali ai contenuti del Protocollo; è pertanto un documento chiave, una guida negli sforzi della comunità internazionale contro la tratta degli esseri umani.

A livello internazionale, già prima del Protocollo di Palermo erano espressamente proibite alcune pratiche associate alla tratta di esseri umani (più che la tratta di esseri umani *per sé*); ad esempio, l’art. 8 del Patto internazionale sui diritti civili e politici vieta schiavitù, servitù e lavoro forzato, che sono anche proibiti da trattati specialistici quali la Convenzione sulla schiavitù, la Convenzione supplementare sull’abolizione della schiavitù e la Convenzione sul lavoro forzato².

La tratta degli esseri umani, inoltre, prima ancora che essere definita dal Protocollo di Palermo, era *espressamente* proibita da due trattati specialistici in materia di diritti umani, all’art. 6 della Convenzione per l’eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle

² La Convenzione sulla schiavitù, la servitù, il lavoro forzato e le istituzioni e le pratiche assimilabili alla schiavitù, 25 settembre 1926, 60 *League of Nations Treaty Series* (LNTS) 254; la Convenzione supplementare sull’abolizione della schiavitù, del commercio di schiavi, e sulle istituzioni e pratiche assimilabili alla schiavitù, 7 settembre 1956, 226 UNTS 3; la Convenzione sul lavoro forzato e obbligatorio (n. 29), 28 giugno 1930, 30 UNTS 55.

donne (CEDAW)³ ed all'art. 35 della Convenzione sui diritti dell'infanzia (CRC)⁴.

A livello regionale⁵, il solido quadro giuridico e politico per affrontare la tratta di esseri umani è pienamente applicabile alla situazione delle persone in fuga dall'Ucraina.

La Convenzione europea contro la tratta di esseri umani del 2005⁶, basandosi sulla definizione adottata con il Protocollo di Palermo, rafforza gli standard di protezione e prevenzione, introducendo misure di intervento che operano su tre direttrici principali: afferma che la tratta è una violazione dei diritti umani, promuovendo conseguentemente l'adozione di un approccio basato sui diritti umani; chiarisce che il campo di applicazione della Convenzione riguarda tutte le forme di tratta (nazionale, transnazionale, legata o meno alla criminalità organizzata), offrendo conseguentemente una più ampia protezione alle vittime; istituisce un meccanismo di monitoraggio indipendente, il GRETA ("gruppo di esperti sull'azione contro la tratta di esseri umani"), per favorire l'effettiva attuazione della Convenzione e rinforzare la responsabilità degli Stati.

Nel panorama regionale, la Direttiva anti-tratta dell'UE numero 36, adottata il 5 aprile 2011⁷, è l'atto legislativo fondamentale in mate-

³ Adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, con Risoluzione 34/180 del dicembre 1979.

⁴ Adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 44/25 del 20 novembre 1989.

⁵ Sia l'ordinamento giuridico dell'UE che quello del Consiglio d'Europa inquadrano la tratta quale grave violazione dei diritti umani, vietata dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE (art. 5, che espressamente proibisce schiavitù e lavoro forzato, ed anche art. 1, che stabilisce la inviolabilità della dignità umana) e considerata una grave forma di criminalità organizzata dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (art. 83).

⁶ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta degli esseri umani, 16 maggio 2005, CETS n. 197.

⁷ Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, del 5 aprile 2011*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0036>. La Commissione europea sta attualmente rivedendo la direttiva anti-tratta per modernizzare le norme anti-tratta dell'UE. Prima della revisione della Commissione europea,

ria di tratta. Riconosce che la tratta è sia un crimine che una violazione dei diritti umani; pone i diritti umani delle persone trafficate al centro delle azioni per prevenire e combattere la tratta e, contestualmente, proteggere chi la subisce; stabilisce norme minime per la qualificazione dei reati e delle relative sanzioni; introduce disposizioni comuni per rafforzare la protezione, l'assistenza e il sostegno alle vittime; individua attori chiave per le azioni di prevenzione.

Un ultimo cenno, per il contributo significativo che forniscono in materia di tratta, meritano alcuni strumenti di *soft law*; tra questi, fondamentali appaiono le Linee Guida UNHCR sulla Protezione Internazionale No.7: L'applicazione dell'articolo 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati alle vittime di tratta e alle persone a rischio di tratta (2006)⁸, nonché i principi raccomandati e le linee guida in materia di diritti umani e tratta di persone, sviluppati dall'ufficio dell'Alto Commissario per i Diritti Umani nel 2002. Mentre le prime forniscono agli Stati indicazioni utili per il riconoscimento dei bisogni di protezione internazionale delle persone vittime o a rischio di tratta che siano a rischio di persecuzione in caso di rientro nei Paesi d'origine, i secondi propongono orientamenti pratici basati sui diritti in materia di prevenzione della tratta e di protezione delle vittime; il loro scopo è promuovere e facilitare l'integrazione di una prospettiva in materia di diritti umani in leggi, politiche ed interventi a livello nazionale, regionale ed internazionale.

l'UNHCR ha contribuito alla consultazione pubblica e alla valutazione della direttiva tramite il gruppo di coordinamento inter-agenzia contro la tratta di persone (ICAT) nel marzo 2022.

⁸ *Linee Guida UNHCR sulla Protezione Internazionale No.7: L'applicazione dell'articolo 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati alle vittime di tratta e alle persone a rischio di tratta* (2006), https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2020/07/linee_guida_protezione_int.pdf.

2. La tratta degli esseri umani nelle situazioni di conflitto. Le vulnerabilità e le finalità di sfruttamento

Per programmare azioni di riduzione del danno, di identificazione delle vittime e di supporto alle persone trafficate in situazioni di conflitto, è fondamentale soffermarsi su cosa si intenda per *vulnerabilità* alla tratta degli esseri umani, in particolare con riferimento a contesti bellici. Individuare i fattori che maggiormente espongono al rischio di essere trafficate alcune categorie di persone in determinati contesti è il punto di partenza per strutturare interventi mirati di prevenzione, emersione e supporto.

I conflitti moderni internazionali e nazionali registrano ormai abitualmente l'incremento della tratta degli esseri umani, che si verifica nei contesti bellici con un'ampia portata sia geografica (interessando tanto le zone che sono direttamente colpite dal conflitto, quanto quelle limitrofe) che temporale (facendo registrare un incremento dei casi di tratta prima, durante ed anche dopo l'insorgere del conflitto).

Il numero di persone che vivono in zone interessate da conflitti armati attualmente in corso, i bisogni umanitari che ne derivano a livello globale, ed i conseguenti rischi di tratta, sono dati che, letti congiuntamente, aiutano a mettere a fuoco il drammatico numero di persone che potenzialmente vivono oggi in una condizione di schiavitù determinata da una guerra.

Secondo il report del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite del 28 gennaio 2022, due miliardi di persone vivono attualmente in zone interessate da un conflitto, e 274 milioni tra queste hanno necessità di ricevere assistenza umanitaria⁹.

Guardando al solo elemento della provenienza delle vittime di tratta identificate a livello globale, nel 2020, prima ancora dell'insorgere delle crisi in Afghanistan ed Ucraina, il 12% provenivano da Paesi in

⁹ UNODC, *Global Report on trafficking in persons*, 2022, https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2022/GLOTiP_2022_web.pdf. La maggior parte dei conflitti armati registrati tra il 2020 ed il 2022 si sono verificati nell'Africa sub-sahariana, seguita dall'Africa settentrionale, il Medio Oriente, l'Asia, le Americhe e l'Europa: v. Stockholm International Peace Research Institute, *Sipri Yearbook 2022, Armament, Disarmament and International Security*, SIPRI, 2022, p. 2.

guerra¹⁰. Non tutte, ovviamente, erano persone trafficate *a causa* della guerra, ma il dato appare significativo, fondamentale per comprendere il ruolo che le situazioni di conflitto determinano rispetto all'aumento dei rischi di tratta.

Più in generale, tutte le situazioni di crisi umanitaria, e dunque anche le catastrofi ambientali e l'emergenza generata dalla pandemia COVID-19, amplificano i fattori di vulnerabilità che possono portare alla tratta di esseri umani.

In materia di tratta, il concetto di *vulnerabilità* è tipicamente utilizzato con riferimento ai fattori personali, situazionali e contestuali che aumentano la suscettibilità di una persona o di un gruppo di persone ad essere trafficate. Generalmente, si ritiene che questi fattori includano violazioni o compressioni dei diritti umani quali povertà, discriminazioni, apolidia, violenza di genere, disuguaglianza, che contribuiscono a creare od alimentare contesti di privazione economica e materiale. Vanno altresì considerate le condizioni personali che limitano la libertà personale e le possibilità di scelta, rendendo più facile, per trafficanti e sfruttatori, reclutare, assogettare e sfruttare le loro vittime.

Fattori personali considerati rilevanti per la vulnerabilità alla tratta (e talvolta ritenuti, nella fondamentale, complessa e sempre delicata attività di identificazione delle vittime, possibili indicatori di tratta)¹¹ includono l'età, il genere, l'appartenenza a gruppi minoritari, la mancanza di determinati status giuridici¹².

Bambine, bambini ed adolescenti sono considerati intrinsecamente vulnerabili, anche se alcuni fattori sono idonei ad amplificarne ulteriormente la suscettibilità ad essere trafficate/i, quali l'essere non accompagnate/i durante i percorsi migratori, o l'essere prive/i di documentazione relativa alla registrazione della loro nascita.

¹⁰ UNODC, *Global Report on trafficking in persons*, cit., p. 52.

¹¹ Indicatori di tratta di esseri umani utili alla identificazione di vittime e/o persone a rischio di essere trafficate sono anche contenuti nella Linee Guida per *L'identificazione delle vittime di tratta tra i richiedenti protezione internazionale e procedure di referral*, elaborate in Italia da UNHCR con la Commissione Nazionale per il diritto di asilo.

¹² UNODC, *Issue Paper: Abuse of a position of vulnerability and other "means" within the definition of trafficking in persons*, p. 71.

I fattori di rischio tratta impattano inoltre in modo significativamente differente su gruppi di persone che, ben prima di una crisi umanitaria, manchino di forza sociale e di uno status giuridico definito all'interno della comunità in cui vivono, ad esempio donne, bambine e bambini, persone migranti, rifugiati e rifugiate, persone sfollate.

Con riferimento specifico al genere, bambine, adolescenti e donne continuano globalmente ad essere le persone maggiormente colpite dalla tratta nei contesti bellici, non di certo perché intrinsecamente più vulnerabili, ma perché le crisi umanitarie tutte (non solo i conflitti) amplificano qualsiasi preesistente disfunzione dei sistemi che ne vengono colpiti, incluse dunque le disuguaglianze tra i generi, spesso ampiamente e strutturalmente preesistenti al sorgere del conflitto¹³.

Risulta in questo modo chiaro che la suscettibilità ad essere trafficati non è una condizione predeterminata, fissa, stabile, e neppure necessariamente nota *a priori*, proprio per la molteplicità di fattori che caratterizzano, di volta in volta, il contesto in cui la tratta si verifica, così come la capacità delle singole persone di rispondervi, anche in base alle proprie caratteristiche personali.

¹³ Sebbene siano donne e bambine le persone maggiormente identificate come vittime di tratta in contesti bellici, continuano a registrarsi casi di uomini trafficati in concomitanza di situazioni di guerra e/o di grave crisi umanitaria. Ad esempio, In Myanmar, persone della minoranza Rohingya intraprendono viaggi via mare per raggiungere la Malaysia, attraversando la Thailandia. L'iniziale partenza organizzata affidandosi a trafficanti di esseri umani si trasforma spesso in tratta e schiavitù da debito, con uomini costretti a lavorare in piantagioni di palma da olio o su navi da pesca per ripagare il loro debito, e donne e bambine trafficate a scopo sessuale. In questo senso, v. <https://www.un.org/sexualviolenceinconflict/wpcontent/uploads/report/s-2016-361/SG-Annual-Report-spread-2015.pdf>, pag. 25; Remarks of Maria Grazia Giammarinaro, *UN Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children at the High-level side event on trafficking of women and children fleeing conflicts* (CSW 61), su <https://www.ohchr.org/en/statements/2017/03/remarks-maria-grazia-giammarinaro-un-special-rapporteur-trafficking-persons>. In Colombia, invece, sono stati documentati casi di prostituzione forzata, schiavitù sessuale e tratta degli esseri umani; le persone maggiormente a rischio risultano quelle appartenenti ai gruppi indigeni, così come le persone afro-discendenti, le giovani donne che vivono in zone remote e le persone appartenenti alla comunità LGBTQI+. Per un approfondimento, v. <https://www.un.org/sexualviolenceinconflict/wpcontent/uploads/report/s-2016-361/SG-Annual-Report-spread-2015.pdf>, p. 14.

Una definizione di vulnerabilità che ricomprende molte delle considerazioni fin qui riportate è stata fornita dalle osservazioni conclusive di un incontro sull'accesso alla giustizia per le persone vulnerabili, tenutosi in Brasile nel 2008.

Nel documento, sono definite persone vulnerabili quelle persone che, per motivi di età, genere, stato di salute psichica o fisica, o a causa di circostanze sociali, economiche, etniche e/o culturali, trovano particolarmente difficile esercitare in modo compiuto i propri diritti nel sistema giudiziario, anche quando ne siano titolari.

Secondo questa definizione, possono considerarsi cause di vulnerabilità l'età, le disabilità, l'appartenenza a comunità indigene o a gruppi minoritari, la vittimizzazione, l'essere persone migranti o sfollate interne, la povertà, il genere e la privazione della libertà¹⁴.

Analogamente, il gruppo di coordinamento Inter Agenzia delle Nazioni Unite contro la tratta ICAT ha fatto propria la suddivisione dei fattori di vulnerabilità alla tratta nelle tre categorie di fattori personali, contestuali e situazionali¹⁵.

Secondo questo approccio, i fattori di vulnerabilità personale sono tratti personali caratterizzanti ciascun individuo, quali l'età, il sesso, il genere, l'etnia o l'orientamento sessuale e l'identità di genere.

Come già precisato con riferimento a donne e bambine, nessuna caratteristica personale dovrebbe mai essere intesa come fattore di vulnerabilità in sé, ma ciò che determina la vulnerabilità è il modo in cui tratti personali interagiscono e si intersecano con altre caratteristiche individuali, e con fattori contestuali e/o situazionali.

Questi ultimi sono quelli legati a difficoltà temporanee, generalmente transitorie, che influenzano negativamente la situazione di una persona in un periodo specifico e in un contesto specifico (a differenza dei fattori di vulnerabilità personali, che sono generalmente di natura permanente).

¹⁴ Brasilia Regulations Regarding Access to Justice for Vulnerable People, adottato dal XIV Ibero-American Judicial Summit tenutosi a Brasilia dal 4 al 6 marzo 2008, autorità che l'ha adottato?

¹⁵ Istituito con Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel marzo 2007, il gruppo di coordinamento include, tra gli altri membri, diverse Agenzie delle Nazioni unite considerate direttamente coinvolte in materia di tratta degli esseri umani, tra le quali ILO, IOM, UNICEF, UNIFEM, UNDAW, UNHCR ed UNODC.

Infine, i fattori di vulnerabilità contestuali si riferiscono all'influenza negativa dell'ambiente esterno e degli elementi di contesto sulle caratteristiche individuali di una persona. I conflitti armati o altri tipi di crisi umanitarie, comprese quelle legate ai cambiamenti climatici, nonché le loro conseguenze, spesso fungono da catalizzatori per questo ultimo tipo di vulnerabilità, per l'indebolimento delle istituzioni e l'erosione dello stato di diritto che determinano, insieme alle perdite materiali ed economiche e la conseguente impossibilità di far fronte a bisogni essenziali minimi, così come per la repentina interruzione delle possibilità di accesso a servizi assistenziali, lo sfaldamento dei rapporti e delle reti familiari, e lo sfollamento interno¹⁶. Questi fattori possono accrescere il rischio che le persone costrette a fuggire, per salvarsi, ricorrano a strategie di sopravvivenza e di *coping* negative, soprattutto quando siano nulle o scarse le possibilità di accedere legalmente ed in modo sicuro a forme di protezione interna (rifugiandosi in aree dello stesso Paese non interessate dal conflitto) oppure internazionale.

Anche la presenza massiccia di reparti militari che si concentrano in determinate zone rientra tra gli elementi contestuali che, intersecandosi con altri, può talvolta configurarsi come una con-causa dell'incremento della tratta di esseri umani prima e dopo un conflitto¹⁷, ad esempio per lavoratori e lavoratrici migranti che accade vengano trafficate/i a scopo di sfruttamento lavorativo in basi militari¹⁸.

Nel sistema delle Nazioni Unite, dopo alcuni tentativi di adottare una prospettiva di osservazione condivisa, la vulnerabilità è stata definita come condizione derivante dal modo in cui gli individui sperimentano negativamente l'insieme delle interazioni di fattori sociali, culturali, economici, politici ed ambientali che caratterizzano il contesto delle loro comunità¹⁹.

¹⁶ I fattori citati sono indicati quali fattori di vulnerabilità contestuale tipici delle situazioni di conflitto da UNODC, *Trafficking in Persons in the Context of Armed Conflict*, 2018, pp. 5-6.

¹⁷ UNODC, *Global report on trafficking in persons*, cit., p. 54.

¹⁸ United Nations Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children*, A/71/303, par. 36, 37 e 38.

¹⁹ UNODC & UN.GIFT, *An Introduction to Human Trafficking: Vulnerability, Impact and Action, Background paper*, 2008, p. 8:

Dal punto di vista giuridico, i trattati internazionali confermano l'esistenza di obblighi di prevenzione della tratta di esseri umani attraverso interventi mirati a ridurre le vulnerabilità. Il Protocollo di Palermo, ad esempio, richiede agli Stati firmatari di intraprendere azioni positive per affrontare le cause della tratta e, nello specifico, di predisporre o rinforzare ... misure ... atte a mitigare i fattori che rendono le persone, e soprattutto le donne, i bambini e le bambine, vulnerabili alla tratta, quali la povertà, il sottosviluppo e la mancanza di pari opportunità.

Questi obblighi sono collegati – ed anzi, rinforzati – dagli obblighi di prevenzione della Convenzione delle Nazioni Unite sulla criminalità organizzata, i cui Stati firmatari sono tenuti ad affrontare le avverse condizioni sociali ed economiche che si ritiene contribuiscano ad alimentare le migrazioni, anche attraverso metodi irregolari, e, di conseguenza, la vulnerabilità delle vittime della tratta transnazionale.

Entrambi i trattati sottolineano l'importanza di percorsi formativi mirati, di coinvolgimento attivo delle comunità a supporto di azioni contro la tratta, e della necessità di fornire informazioni a gruppi specifici di persone o ad individui che potrebbero essere a rischio di vittimizzazione.

Altri strumenti giuridici regionali, incluse la Convenzione antitratta del Consiglio d'Europa e la Direttiva 2011/36/EU, contengono l'obbligo di prevenire la tratta (anche) attraverso la riduzione dei fattori che creano o ne aumentano la vulnerabilità.

Esplorate le possibili cause o con-cause di maggiore esposizione ai rischi di tratta, si possono ora, più brevemente, analizzare le finalità di sfruttamento, che nelle situazioni di conflitto assumono frequentemente forme tipiche ulteriori rispetto a quelle indicate, a titolo non esaustivo, dal Protocollo di Palermo all'art. 3(a).

Ad esempio, è possibile definire come ricorrente nei contesti bellici lo sfruttamento sessuale di donne e ragazze da parte di membri di gruppi armati ed organizzazioni terroristiche (posto in essere, ad

esempio, da affiliati ad ISIS e Boko Haram)²⁰; lo sfruttamento di bambini ed adolescenti, che vengono arruolati come soldati combattenti in un sempre crescente numero di conflitti²¹; la rimozione di organi per fornire cure ai combattenti feriti o come strumento di finanziamento della guerra²²; la riduzione in schiavitù come mezzo utilizzato per reprimere minoranze o gruppi con determinate caratteristiche²³.

3. *Profili di rischio nell'ambito del conflitto ucraino*

Con riferimento specifico all'attuale contesto ucraino, ed ai rischi che le persone in fuga dal conflitto vengano trafficate, sono innanzitutto fondamentali alcune osservazioni sul contesto.

Il conflitto in Ucraina ha generato la più rapida e grande migrazione di persone in Europa dalla Seconda guerra mondiale. Prima del conflitto, secondo la Banca mondiale la popolazione ucraina contava 44 milioni di persone; ad agosto del 2022, le Agenzie delle Nazioni Unite stimavano che 17.7 milioni di persone necessitavano di aiuti, protezione ed assistenza umanitaria.

²⁰ A/71/303, par. 33, con riferimenti alla tratta di donne da parte di affiliati ad ISIS e Boko Haram; A/HRC/32/CRP.2, parr. 127 e 174, con riferimenti specifici alla tratta di donne e bambini della comunità Yazida da parte di affiliati all'ISIS.

²¹ Secondo il Rappresentante speciale del Segretario Generale sui minori ed i conflitti armati, il reclutamento e l'utilizzo di bambini da parte di gruppi armati costituisce quasi sempre tratta degli esseri umani; United Nations Human Rights Council, *Annual report of the Special Representative of the Secretary-General for Children and Armed Conflict*, A/HRC/37/47, parr. 15-16. V., tra tutti, Security Council, *Children and armed conflict in Yemen Report of the Secretary-General*, S/2021/761; Security Council, *Children and armed conflict in Central African Republic Report of the Secretary-General*, S/2021/882.

²² In Kosovo, in seguito alla cessazione del conflitto, alcuni medici si resero responsabili di tratta a scopo di rimozione di organi di persone provenienti da Moldova, Federazione russa e Turchia (così come riportato nel report dello *Special Rapporteur* delle Nazioni Unite sulla tratta di esseri umani A/68/256, par. 29).

²³ In questo senso, *Inter-Agency Coordination Group against Trafficking in Persons*, "Trafficking in persons in humanitarian crises", Issue Brief No. 2, 2 June 2017.

Il numero di persone in fuga dall'Ucraina registrato al 28 febbraio 2023 ha superato gli 8 milioni e 100.000²⁴. Con riferimento alle caratteristiche personali delle persone in fuga, i dati aggiornati alla fine del 2022 rappresentano che circa il 50% delle persone fuggite in Paesi EU (non considerando, dunque, quelle che hanno fatto ingresso nella Federazione russa) sono donne adulte, il 40% sono bambini e bambine ed il 10% sono uomini adulti²⁵. Il 90% delle persone in fuga, dunque, è rappresentato da donne, bambini e bambine, decine di migliaia dei/delle quali non accompagnati/e o separati/e²⁶.

Una attenta osservazione è necessaria anche per lo sfollamento interno, che si presenta, fin dai primi mesi dall'insorgere del conflitto, particolarmente dinamico. Sono stati registrati 8,7 milioni di passaggi di confine in re-ingresso, per motivi, tra cui viaggi temporanei per cercare componenti della propria famiglia, verificare le condizioni di proprietà ed imprese, cercare di accedere ad opportunità economiche, o per la dichiarata percezione di maggiore sicurezza in aree specifiche del Paese²⁷.

²⁴ <https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine>.

²⁵ UNHCR (26 October 2022). Displacement Patterns, Protection Risks and Needs of Refugees from Ukraine - Regional Protection Analysis # 1. Uomini tra i 18 ed i 60 anni e donne che svolgono alcune professioni non possono lasciare il Paese né trasferire altrove la propria residenza, a meno che non rientrino in specifiche categorie di esenzione.

²⁶ EU Solidarity Platform (guidata dall'EU Anti-Trafficking Coordinator) (6 maggio 2022). *A Common Anti-Trafficking Plan to address the risks of trafficking in human beings and support potential victims among those fleeing the war in Ukraine*. UNICEF ed UNHCR hanno predisposto fin dai primi mesi del conflitto oltre 30 "Blue Dots", spazi sicuri per bambini e bambine in fuga dall'Ucraina e per le loro famiglie, in Bulgaria, Ungheria, Italia, Repubblica di Moldova, Romania, Slovenia, Polonia e Slovacchia.

²⁷ UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA), *Ukraine: Situation Report - Last updated: 19 December 2022*; IOM DTM (20 December 2022). *Ukraine — Returns Report* (25 November - 5 December 2022). 6.5 milioni di persone erano sfollate internamente al 27 ottobre 2022 e 5.2 milioni di persone sono considerate dall'OIM come rientrate stabilmente (*returnees*), dall'estero o dopo essersi trasferite in altre zone del Paese. La somma totale delle persone rientrate in Ucraina (*returnees*) comprende circa il 23% di persone rientrate dall'estero e circa il 77% di persone che rientrano da uno sfollamento interno. Per IOM, *returnees* sono persone che hanno

Per le persone rientrate in Ucraina e per quelle che vi sono sempre rimaste, l'accesso ai mezzi di sostentamento ed a beni e servizi essenziali, inclusi cibo, acqua, riscaldamento ed elettricità, subisce un progressivo deterioramento²⁸.

Altro fattore contestuale che necessita di essere considerato attentamente è la pervasività della tratta in Ucraina prima del febbraio del 2022.

Secondo il Report globale sulla tratta dell'UNODC del 2020, il conflitto del 2014 aveva già quadruplicato il numero di persone trafficate provenienti dall'Ucraina identificate in Europa nel 2016.

Secondo i dati raccolti dai partner della *Counter-Trafficking Data Collaborative* dal 2002 al 2021, la cittadinanza più frequente tra le vittime di tratta sfruttate nella Federazione Russa e in Polonia era quella ucraina²⁹.

Il lavoro forzato e la tratta a scopo di sfruttamento sessuale si verificavano sia all'interno del Paese che all'estero, con vittime di nazionalità ucraina o provenienti da altri Paesi, trafficate dall'Ucraina in Europa, Asia, Caucaso e Dubai. I bambini erano una popolazione già particolarmente vulnerabile, ed in particolare i 100.000 bambini e bambine che vivevano in strutture istituzionali di cura.

Anche la violenza di genere registrava numeri e *trend* preoccupanti³⁰.

Leggendo i dati fin qui illustrati congiuntamente alle precedenti considerazioni sui fattori che rendono le persone in fuga da contesti bellici maggiormente suscettibili di essere vittime di tratta di esseri umani, il rischio per la popolazione ucraina appare drammaticamente evidente; fin dal mese di marzo 2022, diverse ricerche sul campo, svol-

lasciato il luogo di residenza abituale dopo il 24 febbraio 2022, per un periodo di almeno due settimane, e vi hanno poi fatto ritorno.

²⁸ UNHCR, Ukraine Situation Flash Update #36, 2 December 2022.

²⁹ Delle 11.210 vittime di tratta identificate nella Federazione Russa, il 63% era di nazionalità ucraina, e delle 2.460 vittime di tratta identificate in Polonia, l'86% era di nazionalità ucraina.

³⁰ Sulle intersezioni tra tratta degli esseri umani e violenza di genere v. USAID, *Examining the intersection between trafficking in persons and domestic violence*, 2007, <https://nexushumantrafficking.files.wordpress.com/2015/03/trafficking-domestic-violence-intersection.pdf>.

te soprattutto da enti antitrattra operativi in Ucraina e nei Paesi limitrofi e da organizzazioni internazionali, hanno individuato alcuni gruppi di persone con caratteristiche individuali considerate idonee a renderle maggiormente esposte al rischio di essere trafficate³¹.

A livello europeo, uno dei punti del Piano per un maggiore coordinamento europeo sull'accoglienza delle persone in fuga dall'Ucraina, presentato al Consiglio Giustizia e Affari Interni il 28 marzo 2022, è stato quello di sviluppare un piano di azione congiunto per la prevenzione della tratta e il supporto alle vittime.

Le misure di prevenzione e protezione adottate fin ora, sia a livello locale che nei vari Paesi europei di accoglienza, sono probabilmente risultate complessivamente efficaci nel mitigare la vulnerabilità immediata e complessiva derivante da spostamenti su larga scala e dalle dinamiche di separazione familiare.

Tuttavia, identificare gruppi specifici della popolazione e/o situazioni, località o condizioni specifiche a maggior rischio tratta è un'azione preliminare imprescindibile al fine di adottare misure specifiche di diffusione di informazioni, implementare misure strategiche di riduzione del rischio e repressione del reato e fornire supporto qualificato alle vittime.

4. I gruppi di persone maggiormente a rischio

4.1. *Persone che non possono accedere alle garanzie previste dalla Direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulla protezione temporanea*

Tra i gruppi di persone maggiormente a rischio per caratteristiche individuali che si combinano con i fattori contestuali poco sopra illustrati, rientrano innanzitutto le persone che non possono o non riescono ad accedere alle garanzie previste dalla Direttiva 2001/55/CE sulla

³¹ Tra i molti report consultati, "Preventing human trafficking of refugees from Ukraine A rapid assessment of risks and gaps in the anti-trafficking response", su https://freedomfund.org/wp-content/uploads/UkraineAntiTraffickingReport_2022_05_10.pdf.

protezione temporanea³²; queste persone non hanno accesso immediato al godimento del diritto di residenza, al mercato del lavoro e all'alloggio, all'assistenza medica e sociale ed all'istruzione per i bambini e le bambine, e nemmeno la possibilità di accedere legalmente a Paesi EU senza necessità di visto di ingresso.

Quest'ultimo aspetto, ossia la maggiore probabilità che le persone si rivolgano a *smugglers*, ossia trafficanti di esseri umani, per lasciare il Paese, rappresenta uno specifico ed elevato fattore di rischio, insieme al mancato accesso ai diritti garantiti dalla Direttiva EU sulla protezione temporanea. Rischio che, invece, risulta parzialmente mitigato per tutte le persone che, grazie alla protezione temporanea e ad altri programmi di accesso legale al territorio, possono entrare legalmente nei Paesi di accoglienza (tramite, ad esempio, i programmi di ingresso in USA *Uniting for Ukraine* (U4U) ed il programma US *Refugee Admissions Program* (USRAP), ed il sistema di richiesta visti canadese appositamente predisposto, *Canada-Ukraine Authorization for Emergency Travel* (CUAET).

La necessità di fuggire rivolgendosi a *smugglers* aumenta l'esposizione al rischio di essere successivamente sfruttati, per la necessità che spesso ne consegue di dover restituire ingenti somme di denaro. L'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera Frontex considera che la maggior parte dei movimenti della popolazione ucraina in ingresso, attraverso la Repubblica di Moldova, in Europa, avvengono in modo legale, così come i movimenti secondari³³.

Ma occorre considerare che alcune persone in fuga dall'Ucraina non possono beneficiare di queste garanzie. Le regole in materia di protezione temporanea non si applicano, ad esempio, a persone non ucraine e non EU che risiedevano in Ucraina prima dell'insorgere del conflitto, a meno che non fossero rifugiate o appartenenti ad alcune

³² Il 2 marzo 2022, la Commissione europea ha proposto l'attivazione della Direttiva sulla protezione temporanea per offrire assistenza rapida ed efficace alle persone in fuga dall'Ucraina. In base a tale proposta, è stata concessa protezione temporanea alle persone provenienti dall'Ucraina che arrivano nell'Unione europea, con accesso immediato a permessi di soggiorno, istruzione e mercato del lavoro. La rapida attuazione di una politica di migrazione basata sulla solidarietà da parte dell'Unione europea è stata senza precedenti.

³³ Frontex, *Annual Risk Analysis for 2022/2023*, 2022, p. 15.

specifiche categorie di residenti permanenti o di lungo periodo, che siano in grado di dimostrarlo. Questo comporta che persone provenienti principalmente da Turchia, Federazione Russia, India ed Azerbaijan³⁴, potrebbero essere indotte a rivolgersi a trafficanti di esseri umani per lasciare l'Ucraina ed entrare, irregolarmente, in altri Paesi, trovandosi di conseguenza ad essere maggiormente vulnerabili alla tratta. A fine 2022, si stimava che le persone non ucraine provenienti da Paesi non EU ad aver lasciato l'Ucraina dall'insorgere del conflitto fossero circa 580.500³⁵.

Anche le persone apolidi rappresentano una specifica categoria di persone in fuga dall'Ucraina a rischio tratta, in modo specifico coloro che non possono dimostrare di aver avuto una residenza legale in Ucraina, sempre per i limiti di accessibilità alle garanzie previste dalla Direttiva sulla protezione temporanea. L'ultimo censimento, risalente al 2001, registrava 82.550 apolidi in Ucraina. Successivamente, l'UNHCR ha stimato nel 2021 che 35.875 persone in Ucraina erano apolidi o di "nazionalità indeterminata", ma solo 6.047 tra loro risiedevano legalmente in Ucraina alla fine dello stesso anno³⁶.

³⁴ EUAA, IOM & OECD, *Forced displacement from and within Ukraine: Profiles, experiences, and aspirations of affected populations*, 2022. Nel report, p. 2, viene riportato che *tra gli sfollati dall'Ucraina ci sono anche diverse centinaia di migliaia di cittadine e cittadini di Paesi terzi principalmente studenti e lavoratori migranti che sono fuggiti dall'Ucraina a causa della invasione. La maggior parte sono cittadini di Turchia, Federazione Russa, India e Azerbaijan.*

³⁵ IOM Ukraine, *Ukraine Crisis Response Operational Update 5 – 11 December, 2022.*

³⁶ *European Network on Statelessness, Stateless people and people at risk of statelessness forcibly displaced from Ukraine*, 10 March 2022, <https://www.statelessness.eu/updates/publications/stateless-people-and-people-risk-statelessness-forcibly-displaced-ukraine>. Anche le persone di etnia rom vengono specificamente indicate come maggiormente esposte ai rischi trattanel contesto del conflitto ucraino da alcuni osservatori, locali ed internazionali, quali UNODC, *Conflict in Ukraine: Key Evidence on Risks of Trafficking in Persons and Smuggling of Migrants*, p. 1, che riporta specifiche difficoltà che potrebbero riscontrare nella condizione di sfollamento interno in cui possono venire a trovarsi, a seconda della zona di origine.

4.2. *Persone che non si registrano per la protezione temporanea a causa di mancanza di informazioni*

Alcune persone in fuga dall'Ucraina non formalizzano la registrazione per la protezione temporanea a causa di mancanza di informazioni o perché in possesso di informazioni non corrette, sebbene siano stati registrati molti progressi rispetto alla iniziale applicazione di questa forma di protezione.

La mancata registrazione comporta, trascorsi i primi 90 giorni dall'ingresso nell'area *Schengen*, una serie di conseguenze sfavorevoli legate allo status migratorio, vale a dire ostacoli e possibili impedimenti nell'accesso a conti bancari ed al mercato regolare del lavoro e, conseguentemente, il lavoro informale quale unica possibilità.

Sebbene sia prevista la possibilità, per le persone ucraine, di viaggiare all'interno dell'Unione europea e lavorare, questo processo non risulta essere ancora pienamente armonizzato. Ciò può portare le persone in fuga a non chiedere il rilascio della protezione temporanea, e dunque a vivere e lavorare in una situazione di informalità.

Tutte le menzionate conseguenze della mancata registrazione aumentano i rischi di tratta degli esseri umani e sfruttamento.

4.3. *Donne, bambine, bambini ed adolescenti*

Donne, bambine ed adolescenti rappresentano una categoria specifica a rischio tratta, non solo a scopo di sfruttamento sessuale, ma anche lavorativo.

Le famiglie monogenitoriali, composte da donne sole con figli/e, prima del conflitto vivevano già in situazioni di maggiore insicurezza alimentare³⁷. Attualmente, le donne che vivono in zone rurali dei territori interessati dal conflitto sono sostanzialmente prive di risorse, ma, al contempo, accolgono e supportano le persone sfollate interne, moltiplicando le loro responsabilità di assistenza non retribuita e lavoro domestico.

³⁷ Il 37,5% viveva con livelli moderati o gravi di insicurezza alimentare rispetto al 20,5% delle famiglie in cui c'era anche un uomo: FAO, *Ukraine: Note on the impact of the war on food security in Ukraine*, 25 Marzo 2022, Roma.

Secondo i dati raccolti dall'OSCE sulle condizioni di sicurezza e di protezione delle donne ucraine, ottenuti intervistando circa 1.000 donne rifugiate in diversi Paesi europei e pubblicati a gennaio del 2023³⁸, risulta che nel percorso migratorio e nei Paesi di destinazione, le stesse siano state approcciate con richieste di favori sessuali, proposte di lavoro nell'industria del sesso, offerte di maternità surrogata e offerte di produrre materiale pornografico.

Con riferimento a bambini e bambine, molte/i di loro sono state/i separate/i dalle famiglie di origine, affidate/i a vicini di casa affinché li portassero in salvo fuori dal Paese, oppure accompagnate/i al confine dai genitori, poi tornati indietro a prendere altri componenti della famiglia.

Soprattutto durante i primi, caotici giorni di fuga dal conflitto, i dati su bambini e bambine non sono stati registrati, raccolti o diffusi costantemente a livello europeo. Se non individuate/i come bambini e bambine non accompagnate/i dai genitori nei Paesi di transito o di destinazione, sono maggiormente esposte ed esposti al rischio di tratta e sfruttamento; gli stessi rischi aumentano al passare del tempo, per il possibile deteriorarsi delle condizioni economiche e finanziarie delle persone cui sono stati affidati per lasciare il Paese e che se ne prendono cura.

Ci sono inoltre molte persone minorenni in strutture di cura istituzionale che sono state portate fuori dal Paese per la loro sicurezza; pur non essendoci dati certi sul fatto che siano state prese di mira o trafficate, persiste una diffusa preoccupazione sulla loro crescente vulnerabilità³⁹.

4.4 *Reclutamento, sfruttamento e controllo online*

Dati allarmanti riguardano l'utilizzo di internet quale strumento di reclutamento di potenziali vittime di tratta, ma anche di possibile controllo, assoggettamento e sfruttamento.

³⁸ ODIHR, *Survey on the safety and security of women refugees from Ukraine*, gennaio 2023.

³⁹ Prima del conflitto, secondo dati riportati dall'UNICEF e confluiti nella ricerca "Preventing human trafficking of refugees from Ukraine. A rapid assessment of risks and gaps in the anti-trafficking response", in Ucraina vi erano circa 100.000 bambini e bambine in strutture di cura istituzionale, il 50% dei quali presentava delle disabilità.

L'utilizzo di tecnologie informatiche per reclutare, sfruttare, assoggettare, controllare persone vittime di tratta ha subito, a livello globale ed a prescindere dai contesti di conflitto, un allarmante incremento fin dall'insorgere della pandemia da COVID-19⁴⁰. Nel contesto attuale, in cui la popolazione ucraina in fuga utilizza moltissimo i *social media* per cercare aiuto e supporto, sono stati registrati picchi di ricerche *online* di servizi di natura sessuale da parte di persone ucraine; ciò potrebbe incentivare trafficanti di esseri umani a reclutare e sfruttare, su larga scala, vittime di tratta, soprattutto donne, bambine ed adolescenti⁴¹.

Già nel mese di maggio 2022, EUROPOL ha coordinato una operazione di polizia che ha interessato 14 Paesi EU, finalizzata a monitorare le modalità di reclutamento online di persone in fuga dall'Ucraina⁴².

4.5. Gruppi di persone con caratteristiche personali che, già prima del conflitto, subivano marginalizzazione e discriminazioni, incluse persone con disabilità, anziane, appartenenti alla comunità rom, persone LGBTIQ+

Come specificato più in generale in tema di fattori individuali di vulnerabilità, determinate caratteristiche personali possono, intersecandosi con fattori contingenti, determinare maggiore suscettibilità ad essere trafficati; tra queste caratteristiche, quelle che ancora prima del conflitto in corso in Ucraina esponevano alcune fasce di popolazione ad essere discriminate o marginalizzate possono considerarsi idonee ad aumentarne il rischio tratta. L'appartenenza alle comunità LGBTIQ+ e rom, l'essere persone con disabilità o l'essere persone anziane sono

⁴⁰ Sull'aumento dei casi di tratta di bambini e bambine facilitata dall'utilizzo di tecnologie durante la pandemia Covid-19 v. Save the Children, *Piccoli schiavi invisibili*, 27 luglio 2021.

⁴¹ In questo senso, l'allarme espresso il 23 marzo 2023 dal Rappresentante Speciale dell'OSCE in materia di tratta degli esseri umani e la Rappresentante del Segretario Generale UN sulla violenza sessuale in contesti di conflitto, https://www.osce.org/cthb/540278#_ftnref1.

⁴² <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/human-traffickers-luring-ukrainian-refugees-web-targeted-in-eu-wide-hackathon>.

state indicate quali caratteristiche individuali idonee, nell'attuale contesto, ad aumentare l'esposizione al rischio di tratta⁴³.

5. Considerazioni conclusive

Sebbene, ad oggi, non sia stato registrato quantitativamente un aumento critico dei casi di tratta di esseri umani identificati nel contesto del conflitto ucraino, il presente contributo ha voluto sottolineare che l'allarme sul possibile aumento di persone trafficate, lanciato fin dall'insorgere del conflitto, è basato su solide basi teoriche.

I conflitti, le crisi umanitarie, le difficoltà socioeconomiche e la separazione familiare sono tra i principali fattori ad influire in modo significativo sulla vulnerabilità alla tratta di esseri umani.

Nel contesto ucraino, l'altissima percentuale di donne, bambini e bambine in fuga, insieme alla dinamicità ed alle dimensioni dello sfollamento interno, rappresentano ulteriori specifici fattori di rischio.

Seppure in mancanza di dati numerici, ciò che è già emerso, anche empiricamente, è l'accresciuto interesse per servizi *online* di natura sessuale da parte di donne rifugiate ucraine.

Rischi specifici permangono soprattutto per quelle fasce di popolazione rifugiata o sfollata che presentino specifiche caratteristiche individuali, che, senza pretesa di completezza, si sono elencate nei paragrafi precedenti.

Con il passare del tempo, è inoltre probabile emergano ulteriori, specifiche vulnerabilità e profili di maggiore esposizione alla tratta di

⁴³ A questo proposito, si vedano: lo *Statement* del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa in occasione dell'International Roma day del 2022, pubblicato su <https://www.coe.int/ti/web/commissioner/-/let-us-fight-discrimination-and-prejudices-against-roma-fleeing-the-war-in-ukraine>; la dichiarazione di Victor Madrigal-Borloz, *UN Independent Expert on protection from violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity*, pubblicata su <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/03/ukraine-protection-lgbti-and-gender-diverse-refugees-remains-critical-un>; nonché GRETA, *Guidance Note on addressing the risks of trafficking in human beings related to the war in Ukraine and the ensuing humanitarian crisis*, p. 6.

esseri umani, specie ove si consideri che le capacità di fronteggiare e rispondere alle difficoltà sono già sotto sforzo, per le persone in fuga.

È fondamentale che attori internazionali, regionali, nazionali e della società civile mantengano alta l'attenzione sui rischi di tratta, con azioni concrete di riduzione delle vulnerabilità, rafforzamento dei meccanismi di rapida identificazione e adozione di meccanismi di *referral* delle vittime o potenziali vittime di tratta, tanto in Ucraina che nei Paesi che accolgono persone ucraine in cerca di sicurezza.

Abstract

Come ogni conflitto moderno, anche quello ucraino porta con sé l'incremento del rischio che la popolazione che ne è innocentemente colpita divenga vittima di trafficanti di esseri umani, sia all'interno del Paese che verso Paesi terzi.

Partendo dall'inquadramento del sistema di protezione per le persone trafficate o a rischio di esserlo predisposto a livello internazionale e regionale, da un'analisi delle caratteristiche delle persone in fuga dall'Ucraina e da elementi di contesto anche precedenti all'insorgere del conflitto, il saggio si propone di porre in luce i concreti rischi che le persone in fuga dall'Ucraina, o sfollate interne, subiscano tratta degli esseri umani, nel breve, medio e lungo periodo.

KEYWORDS: Tratta degli esseri umani – conflitto – vulnerabilità – Ucraina – protezione

TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS:
RISK PROFILES IN THE CONTEXT OF THE UKRAINIAN
SITUATION

As in any other conflict, also the Ukrainian one brings about an increased risk that the innocent population involved becomes victim of human trafficking, both internally and in third countries.

This paper, starting from the international and regional systems of protection of people trafficked or exposed to the risk of trafficking, analyzing the peculiar features of the people on the run from Ukraine, and examining background elements also preceding the conflict, aims at highlighting the solid risks that fleeing people from Ukraine, or internally displaced ones, fall victims of human trafficking in the short, medium, and long term.

KEYWORDS: Trafficking in human beings – conflict – vulnerability – Ukraine – protection

LA STERILIZZAZIONE FORZATA DELLE DONNE COME FORMA DI VIOLENZA DI GENERE: UN'ANALISI "INTERSEZIONALE"

*Valeria Tevere**

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi. – 2. Il quadro normativo internazionale. – 2.1. Il quadro universale. – 2.2. Il quadro regionale. – 3. Giurisprudenza rilevante in materia. Analisi dei casi contro la Slovacchia sulla sterilizzazione forzata delle donne di etnia ROM. – 3.1. Un confronto con i casi interamericani sulle sterilizzazioni ai danni delle donne indigene. – 4. Conclusioni.

1. *Profili introduttivi*

Tra le cause che possono determinare una donna a fuggire dal paese di origine rientra il timore, per sé o per i suoi familiari, di sterilizzazione forzata. Invero tale pratica può colpire anche gli uomini ed è stata utilizzata, altresì, per discriminare soggetti vulnerabili come i disabili, i malati di HIV, i gruppi LGBT ed i malati mentali¹. Tuttavia, essa ha rappresentato spesso una specifica modalità di persecuzione legata al genere di cui bisogna tenere conto in sede di esame di una richiesta di protezione internazionale da parte di una donna migrante².

* Dottore di ricerca in Scienze giuridiche (*curriculum* internazionalistico-europeo-comparato), Università degli Studi di Salerno; docente a contratto, Università degli Studi di Salerno e Università Federico II di Napoli. Indirizzo e-mail: valeriatevere@gmail.com

¹ Si rinvia al seguente rapporto: OHCHR, UNWOMEN, UNAIDS, UNPD, UNFPA, UNICEF, WHO OHCHR, *Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization. An interagency statement*, Ginevra, 2014, pp. 1-36, in apps.who.int/iris/handle/10665/112848.

² La dottrina ha chiarito che sono da ritenersi persecutorie e quindi valutabili, ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato, ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951, anche quelle leggi e quelle politiche pubbliche che, pur avendo finalità apparentemente ragionevoli e legittime, tuttavia introducono pratiche lesive dei diritti e delle libertà individuali. Si consideri il caso dei *family plans*, tradottisi in costrizioni

Da un punto di vista medico, una delle forme più diffuse di sterilizzazione di una donna consiste nell'ostruzione delle tube di Falloppio (sterilizzazione tubarica) che connettono anatomicamente l'ovaio all'utero. Con la legatura viene bloccata in modo permanente la migrazione dell'ovulo dall'ovaio nella tuba e la risalita degli spermatozoi verso la tuba stessa impedendo la fecondazione³. Tale pratica è lecita, ed il medico non incorre in responsabilità, secondo i principi di diritto e di bioetica, solo quando c'è una necessaria finalità terapeutica di tutela della salute della donna e se c'è un consenso libero ed informato della paziente che deve essere messa al corrente delle conseguenze dell'intervento⁴. La pratica, inoltre, a differenza dell'aborto forzato, ha

delle donne all'aborto o in sterilizzazioni coattive. La dottrina ha precisato, inoltre, che in sede di verifica delle condizioni per l'ottenimento della protezione internazionale, bisogna considerare il *discrimen* tra le persecuzioni legate al genere (*gender-related persecutions*) e le forme di danno specifiche in base al genere (*gender-specific harms*). Con riguardo a queste ultime, *“l'attenzione è da porsi sulle modalità della persecuzione che con maggiore probabilità le donne affrontano, prescindendo quindi dai motivi che possono essere anche scollegati dal genere. Sono forme specifiche di danno e modalità di persecuzione, per esempio, la violenza sessuale o le mutilazioni genitali femminili, l'aborto e la sterilizzazione forzata, l'impedimento nell'accesso alla contraccezione. È importante precisare che le violazioni specifiche di genere non costituiscono necessariamente una persecuzione a causa del genere. Per esempio, se i genitali di un uomo sono sottoposti a scosse elettriche, egli viene torturato in modo specifico per il genere: non ne consegue necessariamente che sia perseguitato “a causa del suo genere”, ma può essere perseguitato con modalità “di genere” a causa della sua identità o attività politica o religiosa. Analogamente, molte donne subiscono forme di persecuzione specifiche di genere, tra cui la violenza sessuale, a causa della loro attività politica o per motivi religiosi reali o attribuiti. Di conseguenza, non si può dare per scontato che tutte le donne subiscano persecuzioni legate al genere anche quando questa persecuzione assuma in concreto una forma specifica di genere”* (I. BOIANO, *Le persecuzioni nei confronti delle donne ed il sistema di protezione internazionale: quale paese può dirsi “sicuro” per le donne* in <https://www.questionegiustizia.it>).

³ D. COREA, *Sterilizzazione tubarica* in <https://www.aogoi.it>.

⁴ Comitato Nazionale di Bioetica, *Il problema bioetico della sterilizzazione non volontaria*, 20 novembre 1998, in <https://bioetica.governo.it>. Sul medesimo crinale, Cass., sentenza n. 438/1987. Sul consenso informato ai trattamenti sanitari si rinvia a F. MANTOVANI, *Il consenso informato: pratiche consensuali* in *Rivista italiana di medicina legale*, 2000, n. 1, p. 9.

lo scopo di interrompere definitivamente la capacità riproduttiva della donna.

In passato, tra l'altro, la sterilizzazione forzata è stata prevista, in diversi Stati, nei programmi sanitari nazionali come una forma di controllo della natalità. Si consideri, ad esempio, la c.d. politica del figlio unico in Cina, introdotta negli anni Settanta del secolo scorso per prevenire la crescita esponenziale demografica⁵. Il governo cinese introdusse delle regole molto rigide. Al riguardo, una donna, a prescindere se si trattasse di una prima gravidanza o meno, doveva avere un permesso ufficiale rilasciato dallo Stato e le donne sprovviste di tale autorizzazione erano costrette ad un'interruzione di gravidanza forzata e alla sterilizzazione.

Come pure è stata utilizzata anche per finalità eugenetiche. Noto è il programma statunitense sulle donne native americane e quello sulle donne di razza africana, nonché il programma di sterilizzazioni eugenetiche in Giappone.

In ogni caso le sterilizzazioni forzate rappresentano una *species* di violenza di genere, espressione di quei rapporti diseguali di potere, tipici di società patriarcali e fondate su stereotipi. Alla base, come per tutte le forme di discriminazione di un gruppo sociale, sono ravvisabili radici psicologiche, atteso che la discriminazione è uno strumento per sottomettere un gruppo sociale più debole.

Inoltre, la sterilizzazione forzata è da includere tra le forme di violenza ostetrica, lesiva dei diritti riproduttivi della donna. E qui valga evidenziare che la prima definizione giuridica di violenza ostetrica è emersa nella *Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia* del Venezuela, del 2007 che, all'articolo 15 definisce la violenza ostetrica come "l'appropriazione del corpo e dei processi riproduttivi della donna da parte del personale sanitario, che si esprime in un trattamento disumano, nell'abuso di medicalizzazione e nella patologizzazione dei processi naturali avendo come conseguenza la perdita di autonomia e della capacità di decidere liberamente del proprio corpo e della propria sessualità, impattando negativamente sulla qualità della vita della donna".

⁵ P. KANE, *The second billion: population and family planning in China*. Ringwood, 1987.

Anche l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha incluso tra i trattamenti di abuso sanitario durante il parto le sterilizzazioni forzate. Essa, inoltre, ha riscontrato come tali abusi siano perpetrati soprattutto verso le donne più vulnerabili che si trovano in condizioni socio-economiche sfavorevoli, donne appartenenti a minoranze etniche, o donne migranti e donne affette da l'HIV o donne disabili⁶. Rileva, dunque, nell'analisi del fenomeno una “*multiple discrimination*”⁷, nello specifico una “intersezionalità”. Valga anche richiamare in merito quanto asserito dal Relatore Speciale delle Nazioni Unite sulla tortura e sugli altri trattamenti inumani e degradanti⁸, Juan E. Méndez, nelle sue conclusioni presentate nel 2013, che ha sottolineato come “*when a woman is denied her reproductive rights – when she is denied*

⁶ OHCHR, UNWOMEN, UNAIDS, UNPD, UNFPA, UNICEF, WHO, *Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization. An interagency statement*, cit. Sulla sterilizzazione sulle donne disabili si rinvia a S. CARNOVALI, *Il corpo delle donne con disabilità. Analisi giuridica intersezionale su violenza, sessualità e diritti riproduttivi*, Roma, 2018, p. 476.

⁷ Sui concetti di discriminazione intersezionale e multipla in senso stretto si rinvia alla seguente dottrina sociologica e giuridica: T. MAKKONNEN, *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore*, 2002; S. FREDMAN, *Intersectional Discrimination in EU Gender Equality and Non-Discrimination Law*, 2016. Secondo Fredman la discriminazione è intersezionale quando “una persona è discriminata sulla base di più fattori e queste discriminazioni avvengono una alla volta, in situazioni diverse”. L'espressione discriminazioni composite o discriminazioni multiple additive, secondo Fredman emerge quando “due o più fattori di discriminazione si aggiungono l'uno all'altro nella stessa situazione, ma possono essere distinti, non interagendo tra loro”. Si utilizza, invece, il termine discriminazione intersezionale per indicare “l'interazione tra discriminazioni basate su più fattori in modo sinergico e tale che esse non siano più scindibili”. Il termine “discriminazione intersezionale” è stato coniato per la prima volta negli anni Ottanta del secolo scorso dalla giurista ed attivista statunitense Kimberlè Crenshaw con riferimento alla discriminazione delle donne “Black” (K. CRENSHAW, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, 1989; S. FREDMAN, *Intersectional Discrimination*, cit; B.G. BELLO, *Intersezionalità. Teorie e pratiche tra diritto e società*, Milano, 2020. P. H. COLLINS, S. BILGE, *Intersectionality*, polity press, Cambridge, 2016).

⁸ U.N. Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, *Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, U.N. Doc. A/ HRC/22/53 (2013).

obstetric care, modern contraceptives, facts about her reproductive health, or safe abortion – she is denied the means to direct her own life, protect her health, and exercise many of her human rights as recognized by regional and international human rights bodies and international consensus documents. This denial of basic human rights can, under certain circumstances, constitute torture or cruel, inhuman, or degrading treatment". Pertanto anche la violenza ostetrica rappresenta un trattamento inumano e degradante.

2. Il quadro normativo internazionale

2.1. Il quadro universale

La sterilizzazione forzata assume indiscussa rilevanza sul piano internazionale. Anzitutto essa compare tra i *gender based crimes* perseguibili come gravi crimini internazionali dalla Corte penale internazionale. Tale pratica è, infatti, inclusa all'art. 7, lett. g) dello Statuto di Roma quale crimine contro l'umanità ed è anche qualificabile come crimine internazionale di guerra, ai sensi dell'art. 8 dello Statuto di Roma. Inoltre, è da includere come crimine di genocidio, ai sensi dell'art. 6 lett. d) dello stesso Statuto in quanto è una misura volta a prevenire le nascite di un gruppo sociale. Attualmente la ICC non ha ancora deciso su casi di sterilizzazioni forzate come crimini di genocidio ma senza dubbio sono significative le decisioni del Tribunale penale internazionale per il Rwanda in merito⁹.

Sempre sul piano internazionale con riguardo alla sterilizzazione forzata, può rilevare l'art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici¹⁰, il quale statuisce che "nessuno può essere sottoposto alla tor-

⁹ Cfr. ICTR, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgement)*, ICTR-96-4-T, 2 Settembre 1998, p. 507-508. Per un commento V. OOSTERVELD, *Gender-sensitive justice and the International Criminal Tribunal for Rwanda: lessons learned for the International Criminal Court*, in *New England Journal of International and Comparative Law*, 2005, vol. 12, n. 1, pp. 119-133.

¹⁰ Questa fonte internazionale è stata adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 2200A (XXI) del 16 dicembre 1966 ed è entrata in vigore il 23 marzo 1976. L'Italia l'ha ratificata con legge n. 881 del 25 ottobre 1977.

tura né a punizioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, in particolare, nessuno può essere sottoposto, senza il suo libero consenso, ad un esperimento medico o scientifico”. Esso ribadisce, dunque, la necessità che per i trattamenti medici sia rispettato il principio di autodeterminazione dell’individuo.

Inoltre, la sterilizzazione impedendo la nascita di un essere umano integra una violazione dell’art. 6 del medesimo Patto che così recita: “il diritto alla vita è inerente alla persona umana. Questo diritto deve essere protetto dalla legge. Nessuno può essere arbitrariamente privato della vita”. Prosegue la disposizione, al comma 3, che “quando la privazione della vita costituisce delitto di genocidio, resta inteso che nessuna disposizione di questo articolo autorizza uno Stato Parte del presente Patto a derogare in alcun modo a qualsiasi obbligo assunto in base alle norme della Convenzione per la prevenzione e la punizione del delitto di genocidio”.

E ancora, la sterilizzazione forzata viene in rilievo come discriminazione contro le donne secondo la Convenzione ONU sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna (CEDAW) e le decisioni del Comitato CEDAW in materia.

Al riguardo, come è noto, la CEDAW¹¹ è il più importante strumento internazionale vincolante contro la discriminazione sulle donne¹². Ai sensi dell’art. 1 per “discriminazione nei confronti della donna” si intende “ogni distinzione, esclusione o limitazione basata sul sesso, che abbia come conseguenza, o come scopo, di compromettere o distruggere il riconoscimento, il godimento o l’esercizio da parte delle donne, quale che sia il loro stato matrimoniale, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo, su base di parità tra l’uomo e la donna”.

Tale Convenzione, inoltre, dedica un capitolo al diritto alla salute delle donne, al cui art. 12 (donne e salute), co 1, prevede l’obbligo po-

¹¹ La CEDAW è stata approvata dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979 ed è entrata in vigore il 3 settembre 1981. L’Italia l’ha ratificata con legge n.132 del 14 marzo 1985.

¹² Sul punto P. DEGANI, *Nazioni Unite e “genere”: il sistema di protezione internazionale dei diritti umani delle donne*, Padova, 2001.

sitivo in capo agli Stati di prendere misure appropriate “*to eliminate discrimination ... in order to ensure, on a basis of equality of men and women, access to health care services, including those related to family planning*”.

Gli Stati parte devono, dunque, garantire l'accesso ai servizi sanitari per salvaguardare la salute della donna includendo anche quelli per la pianificazione familiare.

Per quanto poi concerne il termine “*health*”, esso va interpretato alla luce della Raccomandazione Generale n. 24 del Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne e consiste in uno stato di benessere fisico, mentale e sociale, tenendo conto dei fattori biologici (funzioni riproduttive), socio-economici (condizioni sociali che possono portare ad incrementi nella trasmissione di malattie sessualmente trasmissibili), psicologici (depressione post-partum o altri disturbi psichici) e del sistema sanitario che impongono di interpretare il diritto alla salute “*from the perspective of women's needs and interests*” (RG n. 24, paragrafo 12)¹³.

Alla stregua di tale nozione il comitato CEDAW¹⁴ nel 2006 ha esaminato un caso di sterilizzazione forzata (caso *A.S. c. Ungheria*)¹⁵. Nella fattispecie *de qua* la ricorrente era stata sterilizzata senza consenso informato in un ospedale ungherese durante una procedura d'urgenza di un parto cesareo. Aveva perso molto sangue e in uno stato di incoscienza le fu detto di firmare un modulo per acconsentire alla legatura della tube. La donna che non aveva ricevuto un'effettiva tute-

¹³ Sull'interpretazione dell'art. 12 CEDAW si rinvia a R.J. COOK, V. UNDURRAGA, *Article 12*, in M. A. FREEMAN, C. CHINKIN, B. RUDOLF (a cura di), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, A Commentary*, Oxford, 2012, p. 311 ss.

¹⁴ La CEDAW ha previsto l'istituzione di un comitato sull'eliminazione delle discriminazioni contro le donne con il compito di verificare lo stato di applicazione delle norme contenute nella Convenzione. Esso è composto da esperti in materia. Ogni Stato che ratifica la Convenzione ha l'obbligo di presentare al Comitato dei rapporti periodici sulla situazione delle donne nello Stato. Ai sensi dell'art. 21 della CEDAW, il Comitato può adottare proposte e raccomandazioni generali sull'attuazione della CEDAW. Inoltre dal 22 dicembre 2000, in base al protocollo facoltativo di supporto alla Convenzione, può esaminare le denunce di violazione presentate da singole donne.

¹⁵ Per un esame del caso si rinvia a S. DE VIDO, *Violence against women's health in International law*, Manchester, 2021, p. 83.

la giurisdizionale interna segnalò il caso al comitato CEDAW che ha ravvisato plurime violazioni della CEDAW, quali la violazione dell'art. 10 CEDAW sull'accesso alle informazioni sulla pianificazione familiare, dell'art. 12 CEDAW sulle garanzie all'assistenza sanitaria in occasione dello stato di gravidanza, dell'art. 16, par. 1 sul diritto della donna ad una scelta consapevole sulla gravidanza nonché la violazione della Raccomandazione Generale n. 21 sull'uguaglianza nel matrimonio e nelle relazioni familiari.

Ebbene, la Commissione ha rilevato che l'assenza di consenso da parte della puerpera costituisce una violazione degli obblighi, da parte dell'Ungheria, imposti agli Stati, ai sensi dell'art. 12 CEDAW, in combinato disposto con la Raccomandazione generale n. 24.

2.2. *Il quadro regionale*

Nel quadro regionale europeo, oltre alla Convenzione europea, i cui articoli più rilevanti in materia, secondo la Corte di Strasburgo¹⁶, sono costituiti dall'art. 3 e dall'art. 8, in materia di sterilizzazioni forza-

¹⁶ Per la giurisprudenza della Corte EDU sulle sterilizzazioni forzate si rinvia al paragrafo 3 di questo contributo. La Corte di Strasburgo ha ricondotto, in molti casi, la violenza di genere, oscillando tra la violazione dell'art. 3 (divieto di trattamenti inumani e degradanti) e la violazione dell'art. 8 CEDU (rispetto della vita privata e familiare). Ad esempio, si è espressa sulla violenza sessuale, riconducendo il fenomeno, a volte, ad una forma di tortura (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 25 settembre 1997, ricorsi n. 57/1996/676/866, *Aydin c. Turchia*), in altre fattispecie (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 4 dicembre 2003, ricorso n. 39272/98, *MC c. Bulgaria*), alla violazione dell'articolo 8 CEDU. Inoltre, in un recente caso, in cui la Corte EDU ha affrontato la questione della cyberviolenza (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza dell'11 febbraio 2020, ricorso n. 56867/15, *Buturuga c. Romania*), la Corte EDU ha qualificato la fattispecie di accesso abusivo all'*account* personale del *partner* come violenza domestica, sussumendola negli artt. 3 CEDU (divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti) e 8 CEDU (diritto al rispetto alla vita privata e familiare (per una maggiore disamina si rinvia a V. TEVERE, *Per la Corte Europea dei diritti dell'uomo l'accesso senza consenso, all'account personale del partner è violenza domestica: analisi del caso Buturuga c. Romania*, in *I diritti dell'uomo*, 2020, n. 1, pp. 229-238; S. CECCHINI, *La cyber violenza di genere: un caso di omogeneizzazione giurisdizionale tra ordinamenti statali* in *Giurisprudenza italiana*, p. 533).

te, senza dubbio, rilevano la Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 e la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e contro la violenza domestica, firmata ad Istanbul l'11 maggio 2011.

La prima¹⁷, come noto, protegge la dignità, i diritti e le libertà dell'essere umano contro ogni abuso di progressi della biologia e della medicina. Essa sancisce i principi di integrità della persona (art. 1) e del primato dell'essere umano (art. 2). Conseguentemente ogni intervento che incide sulla salute umana, per essere effettuato, necessita del consenso (art. 5, par. 1). Pertanto, la sterilizzazione forzata, quale intervento sul corpo della donna senza consenso, è in contrasto con il principio di autodeterminazione nei trattamenti sanitari posto nella Convenzione.

Inoltre, l'articolo 6 della Convenzione reca disposizioni sulla protezione delle persone che non hanno la capacità di dare consenso, vale a dire gli incapaci. All'uopo, al comma 1 si chiarisce che “un intervento non può essere effettuato su una persona che non ha capacità di dare consenso, se non per un diretto beneficio della stessa”. Inoltre, per effettuarsi un intervento su minore o maggiorenne incapace occorre l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge.

Il parere di un minore sarà considerato come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità¹⁸. Infine, per la ricostruzione della volontà della persona, che al momento dell'intervento non è più in grado di esprimere la sua volontà, ai

¹⁷ La suddetta Convenzione è stata firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997. L'Italia l'ha ratificata con legge 28 marzo 2001 n.145. Per approfondimenti si rinvia a C. PICIOCCHI, *La Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina: verso una bioetica europea?* In *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, n.3; C. CASONATO, L. BUSATTA, S. PENASA, C. PICIOCCHI, M. TOMASI (a cura di), *Il biodiritto e i suoi confini: definizioni, dialoghi, interazioni*, 2014.

¹⁸ V. IVONE, S. NEGRI, *Il diritto alla salute e al benessere dei minori* in Autorità Garante per l'Infanzia e Adolescenza (a cura di), *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'Infanzia e dell'adolescenza (conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione)*, Roma, 2019, p. 325.

sensi dell'articolo 9, si precisa che “i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione”.

Passando alla seconda Convenzione del Consiglio d'Europa che viene in rilievo *in subiecta materia*, vale a dire la Convenzione di Istanbul, tra le fattispecie di violenza di genere, nella parte di diritto sostanziale, essa disciplina, in un'unica disposizione, e precisamente nell'art. 39, sia l'aborto forzato che la sterilizzazione forzata. La *ratio* di questa “*reductio ad unitatem*” sta nel fatto che entrambe le fattispecie sono lesive dei diritti riproduttivi della donna ed in ambedue manca il consenso preliminare informato.

Al suo interno la definizione di sterilizzazione utilizzata è generica e comprende “qualsiasi intervento chirurgico che abbia lo scopo e l'effetto di interrompere definitivamente la capacità riproduttiva di una donna senza il suo preliminare consenso informato”.

Come per le disposizioni relative alle altre fattispecie di diritto sostanziale (art. 33 - violenza psicologica; art. 34 - atti persecutori; art. 35 - violenza fisica; art. 36 - violenza sessuale; art. 37 - matrimonio forzato e art. 38 - mutilazioni genitali femminili), ad eccezione delle molestie sessuali¹⁹ (art. 40), si pone in capo agli Stati l'obbligo di criminalizzare la fattispecie in esame.

Ad esempio, per quanto concerne l'ordinamento italiano, esiste uno specifico reato di interruzione forzata di gravidanza, ai sensi dell'art. 18 della l. n. 194/1978. È punito, infatti, con la reclusione da 4 ad 8 anni “chiunque cagioni l'interruzione di una gravidanza senza il consenso della donna”.

Per converso, non c'è una specifica fattispecie incriminatrice di sterilizzazione forzata che è perseguibile come fattispecie aggravata di lesione personale. Infatti, ai sensi dell'art. 583, co. 1 c.p. “chiunque provochi intenzionalmente una lesione personale che comporta la perdita della capacità di procreare è punibile con una reclusione da 6 a 12 anni”. Rileva, a differenza dell'aborto forzato, una cornice edittale della pena più elevata sia nel minimo che nel massimo.

¹⁹ Nelle molestie sessuali il comportamento può infatti essere sottoposto a sanzioni penali o di altro tipo. Non c'è, dunque, un obbligo generale di criminalizzazione.

Al riguardo, secondo il rapporto del GREVIO²⁰, il gruppo di esperti che monitora lo stato di attuazione della Convenzione da parte degli Stati aderenti, c'è una limitata giurisprudenza in Italia in materia²¹. Per il GREVIO, ciò dimostra quanto già le ONG hanno corroborato, vale a dire che si tende a nascondere i casi di sterilizzazioni celandoli dietro le richieste dei familiari e le giustificazioni mediche “necessarie” (ad esempio biopsie ed endoscopie). In sostanza, si correrebbe il rischio che le fattispecie non vengano notate.

Tornando alla Convenzione di Istanbul, come già anticipato nella parte introduttiva, le sterilizzazioni forzate possono rappresentare un motivo specifico di persecuzione che spinge una donna ad affrontare un processo migratorio; all'uopo, il capo VII della Convenzione, intitolato “migrazione e asilo”, recependo le prassi dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati sulla prevenzione ed il contrasto della violenza di genere sui rifugiati, dedica particolare attenzione al tema della protezione internazionale delle donne vittime di violenza e rappresenta una fonte fondamentale per l'interpretazione della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiati del 1951, con riferimento al rischio di persecuzione legato al genere .

È noto che, ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato, l'art. 1, lettera A, n. 2) della Convenzione di Ginevra prevede che debba sussistere un “timore di persecuzione”, basato su uno dei cinque motivi indicati dalla Convenzione (razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un particolare gruppo sociale o per opinioni politiche). Orbene, in base alla Convenzione di Istanbul, le parti si sono impegnate ad adottare tutte le misure necessarie per garantire che la violenza con-

²⁰ GREVIO, *Rapporto di valutazione (di base) sulle misure legislative e di altra natura da adottare per dare efficacia alle disposizioni della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica sull'Italia*, pubblicato il 13 gennaio 2020, pp. 1-92 in www.coe.int/conventionviolence.

²¹ Valga menzionare il decreto del Giudice tutelare del Tribunale di Catanzaro del 18 novembre 2013 con il quale non è stata autorizzata la richiesta del tutore di sterilizzazione di una donna interdetta. Per un commento del provvedimento si rinvia a S. ROSSI, *Per il suo bene. Note sulla sterilizzazione coatta dell'interdetta* in *Persona e danno*, 3 gennaio 2014, <https://personaedanno.it/articolo/per-il-suo-bene-note-sulla-sterilizzazione-coatta-dellinterdetta-trib-catanzaro-decr-181113--stefano-rossi>.

tro le donne basata sul genere possa essere riconosciuta come una forma di persecuzione, ai sensi dell'art. 1, lettera A, n. 2 della Convenzione di Ginevra e affinché sia applicata un'interpretazione sensibile al genere a ciascuno dei motivi per la concessione dello status di rifugiato (art. 60). Non a caso la giurisprudenza italiana, adeguandosi a quanto previsto nella Convenzione di Istanbul, nell'esame delle domande di protezione internazionale, sta adottando interpretazioni della Convenzione di Ginevra *gender sensitive* (*ex multis*, Cass. civ., I sez., 24 novembre 2017, n. 28152)²².

Con riferimento poi al contesto europeo, le sterilizzazioni forzate, senza dubbio, sono violazioni di diritti fondamentali contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare del diritto alla vita (art. 2), del diritto all'integrità (art. 3), della proibizione dei trattamenti inumani o degradanti (art. 4), del diritto alla vita privata e alla vita familiare (art. 7) e del diritto alla protezione dei dati di carattere personale (art. 8). Trattandosi, inoltre, di forme di discriminazioni, esse violano anche l'art. 21 della Carta medesima.

Per quanto concerne, nello specifico, la disciplina della violenza di genere, è d'uopo evidenziare che l'Unione europea è molto sensibile al tema tanto che a breve si concluderà, con la ratifica, il processo di adesione dell'UE alla Convenzione di Istanbul²³. Inoltre, parallelamente è

²² A. IERMANO, *Donne migranti vittime di violenza domestica: l'interpretazione "gender-sensitive" dei giudici nazionali in conformità alla Convenzione di Istanbul in Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, n. 3, pp. 731-753.

²³ L'Unione europea, ai sensi dell'art. 216 TFUE, può concludere accordi internazionali con Paesi terzi o altre organizzazioni internazionali. Con la proposta COM(2016) *final* del 4 marzo 2016 e successivamente con le decisioni 2017/865 e 2017/866 del Consiglio dell'11 maggio 2017, che hanno autorizzato la firma, si è avviato formalmente il processo di adesione alla Convenzione di Istanbul. Successivamente, con il parere 1/19, la Corte di giustizia si è espressa positivamente sull'adesione alla Convenzione evidenziando che non è necessario attendere la ratifica da parte di tutti gli Stati membri dell'UE per concludere il processo. Pertanto, alla luce del parere positivo della Corte di Lussemburgo, il Consiglio ha chiesto al Parlamento di approvare la risoluzione per la conclusione dell'adesione. Il Parlamento, nella sessione plenaria del 10 maggio 2023 ha approvato la suddetta risoluzione (P9_TA (2023) 0196) incaricando la Presidente di trasmettere la posizione al Consiglio, alla Commissione nonché ai Governi ed ai Parlamenti di tutti gli Stati membri ed al Consiglio d'Europa. Lo scorso 1° giugno il Consiglio ha approvato, sotto la Presidenza della Svezia, le decisioni finali

stata proposta una direttiva da parte della Commissione (COM 2022 105 *final*) sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica. Essa rientra nel più ampio programma della strategia UE sulla parità di genere 2020-2025 e si prefigge come fine il conseguimento degli obiettivi della Convenzione di Istanbul nell'ambito delle competenze dell'Unione.

E ancora, con riguardo all'area regionale sudamericana, nel 1994, a Belém do Pará, fu adottata dall'Organizzazione degli Stati Americani la "Convenzione Interamericana per prevenire, punire e sradicare la Violenza Contro la Donna". Questo trattato sui diritti umani, recependo la tradizionale concezione di violenza di genere, definisce la violenza contro la donna come "qualsiasi atto o condotta basata sul genere, che causi morte, danno o sofferenza fisica, sessuale o psicologica alla donna, tanto nella sfera pubblica che in quella privata" e viene specificato che il fenomeno è "una manifestazione delle relazioni di potere storicamente diseguali tra uomini e donne che hanno portato alla dominazione e alla discriminazione contro le donne da parte degli uomini, che impedisce il pieno miglioramento della condizione delle donne".

Inoltre, come si evince all'art. 2, lett. b, della suddetta Convenzione, nella nozione ampia di violenza sulle donne rientra anche la violenza nella comunità perpetrata dalla struttura sanitaria.

Di particolare interesse, inoltre, è l'art. 9 che statuisce che "gli Stati Parti prenderanno in particolare considerazione la vulnerabilità alla violenza delle donne in ragione, tra l'altro, della loro razza o origine etnica, della loro condizione di migranti, rifugiate o sfollate. Simile considerazione sarà prestata alle donne oggetto di violenza durante la gravidanza o alle donne disabili, di minore età, anziane, svantaggiate

di adesione (si rinvia al comunicato stampa in <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2023/06/01/combating-violence-against-women-council-adopts-decision-about-eu-s-accession-to-istanbul-convention/>). Si resta in attesa della loro pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. Successivamente sarà depositato lo strumento di ratifica presso il Segretariato generale del Consiglio d'Europa. La Convenzione di Istanbul entrerà in vigore in Unione europea il primo giorno del mese successivo al decorso dei tre mesi dalla data del deposito dello strumento di ratifica.

sul piano socio-economico, coinvolte in conflitti armati o private della libertà”.

La Convenzione, dunque, presta particolare attenzione alle categorie di donne particolarmente vulnerabili tra cui rientrano le donne disabili e le donne in gravidanza e sembra già adottare un approccio intersezionale.

Infine, nel sistema regionale dell'Organizzazione dell'Unione Africana²⁴ la salute riproduttiva è posta al centro. All'uopo, nel Protocollo di Maputo, è dedicata una disposizione *ad hoc*, a l'art. 14, rubricato “Diritti in materia di salute e salute riproduttiva” che “Gli Stati Parti assicurano che il diritto delle donne alla salute, compresa la salute sessuale e riproduttiva, sia rispettato e sostenuto”. Tale diritto comprende, infatti : a) il diritto al controllo sulla propria fertilità; b) il diritto di decidere se avere o non avere figli, il numero di figli e la distanza tra una gravidanza e l'altra; c) il diritto di scegliere l'uno o l'altro mezzo di contraccezione; d) il diritto di tutelarsi e di essere tutelate in relazione alle infezioni sessualmente trasferibili, compreso l'HIV/AIDS; e) il diritto di ogni donna ad essere informata in merito al proprio stato di salute e allo stato di salute del proprio partner, in particolare nel caso sia affetto da infezione sessualmente trasmissibile, compreso l'HIV/AIDS, nel rispetto degli standard e delle migliori pratiche internazionalmente riconosciute; g) il diritto all'educazione alla pianificazione familiare. Ai sensi dell'art. 14, par. 2 del suddetto Protocollo “Gli Stati Parti assumono misure adeguate al fine di: a) fornire servizi sanitari adeguati, a buon prezzo e accessibili, compresi programmi di informazione, di educazione e di comunicazione per le donne, in particolare le donne in aree rurali; b) istituire e rafforzare i servizi sanitari e nutrizionali per il parto e le fasi pre- e post-parto e prenatali già esistenti per le donne durante la gravidanza e l'allattamento al seno; c) proteggere i diritti riproduttivi delle donne autorizzando l'aborto terapeutico nei casi di violenza sessuale, stupro, incesto e quando portare avanti la gravidanza

²⁴ L'Unione africana è stata istituita con la firma dell'atto costitutivo a Lomè in Togo l'11 luglio 2000. Il Protocollo di Maputo, adottato l'11 luglio 2003, dalla II sessione ordinaria della conferenza dell'Unione Africana, integra, ai sensi dell'art.66, la Carta Africana dei diritti dell'Uomo e dei popoli.

comporterebbe la salute mentale e fisica della donna o la vita della donna o del feto.

3. *Giurisprudenza rilevante in materia. Analisi dei casi contro la Slovacchia sulla sterilizzazione forzata delle donne di etnia ROM*

La giurisprudenza europea si è occupata a più riprese di casi di sterilizzazioni forzate²⁵ specie nei confronti delle donne di etnia ROM²⁶.

In tale sede ci si soffermerà su talune fattispecie concernenti le donne di etnia ROM, essendo queste una particolare categoria di donne migranti, ponendole poi a confronto con ulteriori casi simili decisi da altre Corti internazionali.

Ne emerge come la pratica sanitaria non è stata del tutto abbandonata e continua ad essere, a volte, utilizzata all'interno di alcuni Stati,

²⁵ Tra i casi più recenti in materia valga richiamare la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, del 20 settembre 2022, *Y.P. c. Russia*, ricorso n. 43399/13, concernente la sterilizzazione forzata di una donna in un ospedale municipale russo nell'agosto del 2008 (*v.infra*). Nella fattispecie, la Corte europea esclude la violazione dell'art. 3 CEDU in quanto dal ricorso non sono emerse circostanze particolari da far includere la donna in una categoria vulnerabile (si richiamano su questo punto le sentenze contro la Slovacchia in commento). Per contro si accerta la violazione dell'art. 8 CEDU non avendo la donna prestato il proprio consenso alla procedura di sterilizzazione tubarica. Per quanto concerne le sterilizzazioni involontarie su particolari categorie di donne vulnerabili, oltre alle donne ROM, la Corte europea ha deciso in fattispecie concernenti donne disabili (sentenza 22 novembre 2022, *G.M. ed altri c. Repubblica Moldavia*, ricorso n. 41394/15) e donne *transgender* (sentenza 6 aprile 2017, *A.P., Garçon et Nicot c. Francia*, ricorso n.79885/12;52471/13;52596/13), ravvisando nel primo caso la violazione dell'art. 3 CEDU e nel secondo caso la violazione dell'art. 8 CEDU).

²⁶ Le donne di etnia ROM rappresentano una particolare categoria di donna migrante. La migrazione delle donne nomadi, infatti, è differente da altre migrazioni femminili che sono "stanziali" in quanto la natura del soggetto nomade è dinamica, essendo in continuo movimento. Sul *discrimen* tra nomadismo e migrazione in senso stretto si rinvia a F. BONI, *Interni senza frontiere, l'abitazione nell'era del nomadismo globale* (tesi di dottorato in Scienze filosofiche, XXXI ciclo, Università degli studi di Napoli Federico II), p. 27. La migrazione dei popoli nomadi ROM, inoltre, è una mobilità tra gli Stati membri UE e non è propriamente una migrazione internazionale.

rappresentando una grave violazione dei diritti riproduttivi delle donne.

In tale contesto la Corte europea, a cavallo degli anni 2011-2012, ha deciso tre casi contro la Slovacchia²⁷, diventati dei *leading cases* anche per successive fattispecie, riguardanti le sterilizzazioni coattive ai danni delle donne di etnia ROM. La situazione delle donne di etnia ROM, invero, già era nota in Europa; basti citare i rapporti della Commissione del 2004 e le successive risoluzioni del Parlamento europeo del 2005²⁸. Nei suddetti atti delle istituzioni europee era emersa la difficile condizione discriminatoria delle donne di minoranza etnica ROM. Nella risoluzione del Parlamento europeo del 2005, alla lett. e), il Parlamento europeo ha dichiarato che “le donne rom sono vittime di livelli estremi di discriminazione compresa la discriminazione multipla e composta alimentata da stereotipi diffusi”.

²⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza dell'8 novembre 2011, ricorso n. 18968/07, *N.B. c. Slovacchia*; sentenza del 19 settembre 2012, ricorso n. 29518/10; sentenza 28 aprile 2009, *K.H. c. Slovacchia*, ricorso n. 32881/2004; sentenza 22 settembre 2009, *I.G e altri c. Slovacchia*, ricorso n. 15966/2004.

²⁸ Parlamento Europeo, Risoluzione La situazione delle donne ROM nell'Unione europea P6_TA(2006)0244, in www.europarl.europa.eu. Per una sintesi della ricerca della Commissione si rinvia a <https://www.ingenero.it/ricerche/minoranze-etniche-e-donne-rom-europa-un-%E2%80%9Ccase%E2%80%9D-%E2%80%99uguaglianza-di-genere>. Sulla sussistenza di forme di discriminazioni intersezionali, ai danni di soggetti vulnerabili come donne di minoranze etniche, inoltre, anche nella proposta di direttiva COM (2022) 105 *final* della Commissione sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica, al considerando 11 si evidenzia che “la violenza contro le donne e la violenza domestica possono essere ancor più gravi quando si intersecano con la discriminazione fondata sul sesso e con altri motivi di discriminazione vietati dal diritto dell'Unione, in particolare la nazionalità, la razza, il colore della pelle, l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza a una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. È pertanto opportuno che gli Stati membri prestino la dovuta attenzione alle vittime colpite da questa discriminazione intersezionale, prevenendo misure specifiche laddove siano presenti forme intersezionali di discriminazione”.

Inoltre è anche emerso che le donne ROM sono maggiormente esposte alla tratta degli esseri umani²⁹. Con specifico riguardo alla Slovacchia³⁰, la minoranza etnica ROM è soprattutto presente nella zona est dello Stato.

Secondo il rapporto *Body and Soul*³¹ del 2003 del *Centre for Reproductive Rights*, che contiene i risultati di un'indagine condotta sulla base di interviste a 230 donne Rom, è emerso che queste hanno subito, negli anni, plurime violazioni dei diritti umani nelle strutture sanitarie, essendo state vittime di violenza ostetrica e soprattutto di sterilizzazione forzata.

Questo rapporto è stato anche esaminato dai giudici di Strasburgo nei tre casi in esame. Valga richiamare le Raccomandazioni sulla salute ed i diritti sessuali e riproduttivi delle donne in Europa del dicembre 2017 del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa che ha invitato gli Stati "ad eliminare le pratiche coercitive (...) modificando le leggi, le politiche e le pratiche relative al consenso del paziente che riducono la possibilità delle donne di prendere decisioni informate o che discriminano certi gruppi di donne"³².

Con riferimento al caso *V.C. c. Slovacchia* la ricorrente, di origine ROM, era stata sterilizzata in un ospedale pubblico slovacco, senza aver prestato un consenso pieno e informato, subito dopo aver partorito il suo secondo figlio. Invero, il modulo per il consenso era stato da lei sottoscritto in uno stato di concitazione mentre era ancora in travaglio, senza comprendere esattamente il significato della procedura, né essere cosciente degli effetti irreversibili dell'intervento. Inoltre aveva firmato in uno stato emotivo di paura, dopo che le era stato detto che

²⁹ Sul punto v. E. BALDONI, *Prostituzione e sfruttamento tra vulnerabilità, familismi e segregazione sociale: il caso delle donne ROM*, in *Società Mutamento Politica*, 2020, vol. 11, n. 22, pp. 163-174.

³⁰ La Slovacchia è una Repubblica parlamentare resasi indipendente nel 1993, a seguito dello sfaldamento dell'Unione Sovietica. Il 1 maggio 2004 è entrata a far parte dell'Unione europea.

³¹ Centre for Reproductive Rights, *Body and Soul, Forced sterilization and other Assaults on Roman rproductive Freedom in Slovakia*, 2003.

³² Consiglio d'Europa, *La salute e i diritti sessuali e riproduttivi delle donne in Europa*, 2017, <https://rm.coe.int/la-salute-e-i-diritti-sessuali-e-riproduttivi-delle-donne-in-europa-do/1680966391>.

se avesse avuto un terzo figlio, sarebbe morta insieme al bambino. A seguito dell'evento, era stata isolata dalla comunità rom e aveva divorziato a causa della sua infertilità. La Corte di Strasburgo nel caso di specie ha ravvisato la violazione sostanziale dell'art. 3 CEDU e dell'art. 8 CEDU.

Nel primo caso, i giudici hanno concluso che V.C. ha subito delle sofferenze fisiche e psicologiche per lungo tempo, a seguito dell'intervento di sterilizzazione riconducibile, dunque, ad un trattamento disumano e degradante.

Inoltre, è stata lesa la sua autodeterminazione in quanto ella non aveva prestato un consenso libero ed informato. La Corte ha ritenuto che la sterilizzazione, rappresentando una grave interferenza con lo stato di salute della persona e coinvolgendo i più svariati aspetti dell'integrità personale, dovesse essere necessariamente preceduta – nel caso di persona adulta, capace di intendere e di volere – da consenso informato³³. Per la Corte, in base alla documentazione versata in atti, la donna non è stata adeguatamente informata sul suo stato di salute, sulla sterilizzazione e su eventuali soluzioni alternative³⁴. Inoltre, sebbene non vi sia stata la prova che i medici abbiano con dolo voluto ledere l'integrità della donna, in ogni caso rileva che essi hanno comunque agito, nella loro qualità di pubblici funzionari, in palese violazione del diritto del paziente ad autodeterminarsi liberamente, ponen-

³³ La Corte EDU ha richiamato i principi sul consenso informato espressi nel caso *V.C. c. Slovacchia* anche in una fattispecie concernente l'aborto di una donna disabile (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 2022, *G.M.e altri c. Moldavia*, ricorso n. 44394/15). Al punto 119 i giudici europei affermano, richiamando anche i principi della Convenzione di Oviedo che “*the Court notes the international standards in respect of informed consent in general and also in respect of people with mental disorders. In particular, the Oviedo Convention requires consent for all medical interventions, with a few exceptions which do not encompass the applicants' situation, and provides for the accessibility of the information provided to patients and the validity of the opposition to a medical intervention not meant to treat a mental disorder, when the patient is able to express consent*”.

³⁴ La Corte EDU asserisce, infatti, che “*the imposition of such medical treatment without the consent of a mentally competent adult patient (...) is to be regarded as incompatible with the requirement of respect for human freedom and dignity, one of the fundamental principles on which the Convention is based*”.

do così in essere una condotta integrante una violazione dell'art. 3 CEDU sotto il profilo sostanziale.

Solo successivamente al caso in esame, la Slovacchia ha introdotto una tutela specifica con la Legge sulla salute pubblica del 2004 ai sensi della quale si può procedere alla sterilizzazione solo dopo 30 giorni dalla ricezione di una richiesta scritta e dietro preliminari informazioni su altri metodi di contraccezione e di pianificazione familiare, e sulle conseguenze per la salute della donna.

La Corte non ha, per contro, accolto le doglianze sulla violazione del diritto al matrimonio (art. 12 CEDU) e del divieto di discriminazione (art. 14 CEDU) in quanto non ha ritenuto la pratica quale politica discriminatoria strutturale motivata da pregiudizi etnici e razziali ma solo una prassi sporadica.

Tuttavia valga la pena menzionare la *dissenting opinion* del giudice Mijovic, il quale ha ritenuto che “*finding violations of Article 3 and 8 reduces this case to the individual level whereas it is obvious that there was a general State policy of sterilisation of Roma women under the communist regime (governed by the 1972 Sterilisation Regulation)*”. Ad avviso, dunque, del giudice dissenziente la fattispecie è espressione di una politica strutturale discriminatoria della Slovacchia e non è un caso isolato di responsabilità sanitaria.

La sentenza *K.H. e altre c. Slovacchia* origina dal ricorso di otto donne slovacche di origine etnica rom che scoprirono di non poter concepire dopo aver subito dei tagli cesarei. Sospettando di essere state sterilizzate a loro insaputa durante l'operazione, citarono in giudizio i due ospedali slovacchi coinvolti. La Corte ha ritenuto che l'impossibilità per le ricorrenti di ottenere copie della loro cartella clinica rappresentasse una violazione dell'art. 8 in combinato disposto con l'art. 6, par. 1, CEDU. In questo caso, dunque, per la Corte di Strasburgo sono stati lesi anche i diritti di giustizia e di difesa delle ricorrenti.

Nella sentenza *I.G., M.K. e R.H. c. Slovacchia*³⁵ le tre ricorrenti erano tre donne slovacche di origine rom, due delle quali minorenni al momento dei fatti. Esse lamentavano di essere state isolate in “stanze

³⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 22 settembre 2009, ricorso n. 15966/04.

per le zingare” e sterilizzate a loro insaputa nel corso di un taglio cesareo in un ospedale della Slovacchia Orientale. Esse lamentavano di aver conseguentemente subito una perdita di status sociale e gravi conseguenze per la salute. La Corte ha dichiarato il ricorso ricevibile relativamente ai profili di violazione degli artt. 3-8-14 CEDU.

Infine, nel caso *N.B. c. Slovacchia*³⁶ la ricorrente, di etnia rom, all’epoca dei fatti minorenne, aveva subito, durante il parto cesareo, in un ospedale pubblico, una sterilizzazione forzata, senza aver prestato nessun consenso nemmeno tramite la madre che la rappresentava. La Corte ha richiamato i principi del caso *V.C.*, ritenendo sussistente la violazione dell’art. 8 CEDU in quanto la donna non aveva prestato il consenso all’intervento. Non ha, invece, ritenuto di dover accertare anche la violazione dell’art. 14 CEDU sul divieto di discriminazione.

In definitiva, dall’analisi dei casi decisi dalla Corte tra il 2011 e 2012 contro la Slovacchia è emersa, dunque, una prassi sistematica di sterilizzazione forzata nei confronti delle donne ROM, discriminate dal personale sanitario non solo in quanto donne ma in quanto appartenenti ad una minoranza etnica.

In tutte le fattispecie esaminate era stato adottato dal personale sanitario lo stesso *modus operandi*: le donne erano state sterilizzate dal personale medico sanitario di ospedali pubblici in occasione di parti cesarei, in assenza di valido consenso informato e senza un’imminente necessità medica di ricorrere alla procedura. Le vittime erano state avvisate delle complicanze emerse durante il parto e dei gravi rischi che avrebbero corso in occasione di eventuali successive gravidanze mentre si trovavano doloranti in fase di travaglio, in posizione supina oppure dopo aver ricevuto una premedicazione con effetto sedativo e ansiolitico. Nei casi esaminati era mancato il consenso delle interessate con lesione della libertà e autodeterminazione della donna con palese violazione dell’art. 8 CEDU.

Nel caso *V.C c. Slovacchia*, inoltre, la gravità del fatto ha spinto la Corte ad accertare anche la violazione dell’art. 3 CEDU³⁷.

³⁶ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza 19 settembre 2012, ricorso n. 29518/10.

³⁷ Per un commento ai casi si rinvia in dottrina a L. HOYLE, *V.C. v. Slovakia: a reproductive rights victory misses the mark* in *Boston College International and comparati-*

I principi di queste sentenze, inoltre, sono stati ripresi dalla Corte EDU anche in un recente caso in materia di sterilizzazione forzata, non riguardante donne di etnia ROM, ma che vale richiamare per completezza. Si tratta del caso *Y.P. c. Russia* 2022 (sentenza 20 settembre 2022). Ivi la Corte di Strasburgo ha ravvisato la violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, per la sterilizzazione di una donna avvenuta senza il suo consenso espresso, libero e informato.

La fattispecie concreta era la seguente: una paziente era stata ricoverata in ospedale per delle complicanze nella gravidanza ed era stata sottoposta a un taglio cesareo in via d'urgenza; durante l'operazione i medici decisero di sterilizzarla per non mettere in pericolo la sua vita in caso di una futura gravidanza, tuttavia il modulo che la donna aveva sottoscritto era relativo soltanto al taglio cesareo e non anche alle conseguenze dell'intervento di sterilizzazione. Due anni dopo, la donna, volendo avere un altro figlio e non riuscendo a rimanere incinta, si rivolgeva a un ginecologo, che la informava che era sterile e che poteva solo ricorrere alle tecniche di fecondazione assistita. La donna, quindi, agiva in giudizio nei confronti della struttura, chiedendone la condanna al risarcimento del danno patito, ma tanto il Tribunale distrettuale che quello regionale, in appello, respingevano la sua richiesta. Pertanto presentava ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, verso la Federazione russa, ai sensi dell'art. 34 CEDU, per violazione degli artt. 3 e 8 CEDU.

ve law review, 2014, n. 36, p. 19; L. PERONI, A. TIMMER, *Court condemns forced sterilization of Roma women*, in *strasbougobservers.com*, 17 novembre 2011; S. CURRAN, *Intersectionality and human rights law: an examination of the coercive sterilisations of Romani women*, in *Equal Rights review*, 2016, n. 16, p. 132; V. PUSATERI, *Secondo la Corte di Strasburgo, un intervento di sterilizzazione forzata rappresenta un trattamento inumano contrario all'art. 3 CEDU*, Nota a Corte EDU, sent. 8 novembre 2011, ric. n. 18968/07, *V.C. c. Repubblica Slovacca*, in *Diritto Penale e Uomo*, 2 marzo 2012, <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/1316-secondo-la-corte-di-strasburgo-un-intervento-di-sterilizzazione-forzata-rappresenta-un-trattamento>; G. ALBERT, M. SZILVASI, *Intersectional Discrimination of Romani Women Forcibly sterilized in the Former Czechoslovakia and Czech Republic*, in *Health and Human Rights Journal*, 2017, p. 23; S.DE VIDO, *Violence against women's health in International law*, Manchester, 2021, pp. 83-84.

La Corte ha riconosciuto, preliminarmente, che, nonostante il diritto alla salute non rientrasse fra i diritti espressamente garantiti dalla Convenzione e dai Protocolli, gli Stati parti hanno l'obbligo, *ex art. 8*, di prevedere l'adozione, da parte delle strutture sanitarie, di misure adeguate per tutelare l'integrità fisica dei pazienti e procedimenti accessibili agli stessi per ottenere un risarcimento del danno; che, in relazione alle prestazioni sanitarie, anche quando il rifiuto di cure mediche potrebbe avere esito fatale, l'imposizione di un trattamento sanitario senza il consenso del paziente adulto, sano di mente, interferirebbe con il suo diritto all'integrità fisica; e che gli Stati devono adottare misure che garantiscano la previa informazione del paziente, da parte del medico.

Quanto alla sterilizzazione, si richiama il *leading case V.C. c. Slovacchia*, trattandosi di una procedura con risvolti non solo sulla salute fisica della donna, ma anche sulla riproduzione e la vita privata e familiare. Il rispetto della libertà e della dignità umana richiede che un trattamento sanitario, come questo, sia posto in essere in virtù della volontà consapevole della persona. Osserva la Corte come, nel caso in esame, la sterilizzazione non fosse stata praticata per una situazione di emergenza immediata, ma in via preventiva, per scongiurare un rischio in caso di futura gravidanza, e quindi, non trattandosi di un intervento necessario per salvare la vita della donna, non poteva prescindere in nessun modo dal consenso informato della paziente.

In conclusione anche questo caso viene ricondotto all'art. 8 CEDU, come violazione della sfera privata dell'individuo, secondo un'interpretazione ampia della disposizione, ravvisandovi la lesione del diritto riproduttivo della donna per mancanza di consenso libero ed informato³⁸.

³⁸ Per un confronto comparatistico sul tema valga anche richiamare una recente sentenza della Corte Suprema della Namibia del 3 novembre 2014 (*Namibia c. LM and altri* - (SA 49/2012) [2014] NASC 19). Di poco successivo alle sentenze della Corte EDU sulla sterilizzazione forzata, il caso in esame presenta un particolare interesse per la fattispecie. Nella sua decisione la Corte suprema della Namibia ha stabilito che la sterilizzazione forzata di tre donne sieropositive avvenute in un ospedale pubblico è stata effettuata in modo illegittimo, a causa della mancanza del consenso informato delle tre pazienti. Nella fattispecie la Corte ha ravvisato un'ipotesi di discriminazione multipla delle vittime che erano sia donne che malate di HIV. Emergeva, infatti, una

3.1. *Confronto con i casi della giurisprudenza interamericana sulla sterilizzazione ai danni delle donne indigene*

Valga richiamare, per un confronto con la casistica europea già esaminata, due casi decisi dalla Commissione interamericana dei diritti umani (CIDH) e dalla Corte interamericana dei diritti umani, concernenti la sterilizzazione delle donne indigene.

A tal proposito si rammenta che la violenza di genere sulle donne native è risalente. Basti ricordare anche le forme di sterilizzazione nei confronti delle donne native americane da parte dei popoli colonizzatori.

Inoltre va sottolineato che la donna indigena è colei che genera i membri della sua comunità, pertanto non si discrimina la donna in quanto tale, nella sua persona, ma si colpisce l'intero gruppo. È anche una discriminazione collettiva; con la sterilizzazione forzata, quindi, come per le altre forme di violenza che incidono sulla sessualità femminile, il corpo della donna diventa uno strumento politico³⁹.

Si tratta rispettivamente del caso *Maria Mamerita Mestanza Chavez c. Perù*, deciso nel 2003⁴⁰ e del caso *I.V. c. Bolivia* del 2016.

Quanto al primo caso, Mamerita era una contadina indigena che viveva con il marito e i suoi sette figli nella zona rurale di Encanada.

La donna, dopo varie visite domiciliari intimidatorie dei funzionari del programma nazionale per la salute riproduttiva del governo di Fujimori⁴¹, era stata costretta ad accettare la sterilizzazione. Tuttavia non

particolare vulnerabilità delle pazienti. La dinamica è molto simile a quella adottata dai sanitari della Slovacchia. Erano, infatti, state adottate delle procedure illegali in violazione del principio del consenso in occasione di un taglio cesareo d'urgenza. Il modulo del consenso alla sterilizzazione venne fatto firmare dalle donne "al culmine del travaglio". Anche in questa fattispecie si accerta la lesione dell'autodeterminazione della donna. Per un commento v. L. BUSATTA, *Namibia-Supreme Court-Namibia v. LM and Others: sterilizzazione forzata e consenso informato in biodiritto.it*, 2014.

³⁹ C. MACKINNON, *Le donne sono umane*, Bari, 2012, p. 114.

⁴⁰ Commissione Interamericana dei diritti umani, *Inform n.71/03, Petition 12.191, Solucion Amistosa Maria Mamerita Mestanza Chavez/Perù*, 10 ottobre 2003, in <http://www.cidh.oas.org/women/Peru.12191sp.htm>.

⁴¹ Il 7 febbraio 1996 il Governo peruviano di Fujimori lanciò il *Programa Nacional de Salud Reproductiva y Pianification Familiar* (PNSRPF). Apparentemente il Programma si propose come uno strumento di partecipazione democratica e non discri-

era stata informata sulle rischiose conseguenze dell'intervento sulla sua salute e, dopo otto giorni dall'operazione la donna morì, a seguito di infezione post-operatoria.

È da evidenziare che spesso le donne subivano gli interventi da infermieri e personale sanitario non specializzato. Il marito aveva denunciato alla Procura penale statale l'omicidio colposo della moglie ma il caso fu archiviato. Pertanto, falliti i rimedi interni per ottenere giustizia, il marito di Mamerita si rivolgeva alla Commissione interamericana per far accertare le violazioni del Patto di San Josè e della Convenzione interamericana di Belèm de Parà sulla violenza sulle donne del 1994. Il 3 ottobre 2000 la Commissione dichiarava il ricorso ricevibile ed il 2 ottobre 2003, ravvisate le violazioni dei diritti umani da parte delle Autorità peruviane, lo Stato del Perù, con un accordo, ha riconosciuto la sua responsabilità internazionale, obbligandosi a risarcire le vittime e a modificare il programma sanitario⁴².

Nel caso *I.V.c. Bolivia* della Corte interamericana dei diritti umani⁴³, la Corte, su ricorso del Difensore civico della Repubblica di Bolivia, che ha agito per conto della vittima, ha condannato la Bolivia per violazione dei diritti all'integrità personale, alla libertà, alla dignità, al rispetto della vita privata e familiare, all'accesso all'informazione, a costituire una famiglia e alla tutela giurisdizionale effettiva in relazione alla sterilizzazione forzata di I.V., una donna peruviana sottoposta ad un'operazione di legatura delle tube senza un previo consenso informato.

minatorio sulla base del genere, dell'etnia e dell'estrazione sociale, garantendo l'accesso ai servizi sanitari anche alle donne dei gruppi etnici nativi, generalmente povere ed analfabete e che risiedevano nelle aree rurali del Paese. Tuttavia, nei fatti, si trattava di un programma volto a controllare le nascite ed a fornire alle donne indigene un metodo contraccettivo permanente alla popolazione indigena. Le donne native peruviane si sottoponevano a sterilizzazioni forzate in cambio della promessa di cibo e di altri benefici economici.

⁴² S. DE VIDO, *Violence against women's health in International law*, cit., 2021 p. 84; M. RIBUL, *Il caso peruviano delle sterilizzazioni: la politicizzazione del corpo femminile tra autoritarismo e democrazia*, in *Nuovi autoritarismi e democrazie: diritto, istituzioni e società*, 2020, n. 1, pp. 85-109.

⁴³ Corte Interamericana dei diritti dell'Uomo (IACHR), *I.V. c. Bolivia*, sentenza 30 novembre 2016.

Ponendo a confronto queste sentenze del sistema interamericano con i casi europei trattati nel precedente paragrafo, emerge che in entrambe le casistiche le vittime sono donne appartenenti ad un gruppo etnico minoritario. Pertanto la discriminazione è multipla e non rappresenta solo una discriminazione individuale nei confronti della specifica donna ricorrente ma anche una discriminazione dell'intero gruppo nativo.

Inoltre, l'elemento comune a tutti i casi è la violazione dell'autodeterminazione delle donne che non hanno prestato un consenso libero ed informato all'intervento di sterilizzazione tubarica.

In tutte le fattispecie le donne appartenenti alle etnie minoritarie non hanno una piena libertà di esercizio dei loro diritti riproduttivi e sono particolarmente vulnerabili.

In conclusione anche nei casi riportati in questo paragrafo, le sterilizzazioni forzate, come nella casistica europea, sono state ricondotte a forme di trattamenti inumani con violazione da parte degli Stati degli obblighi di *due diligence* richiesti per la protezione delle donne vittime di violenza di genere. Tuttavia, valga evidenziare una peculiarità procedurale nel caso *Mamerita* in quanto dall'esito degli accertamenti della Commissione è scaturito un accordo amichevole in cui lo Stato del Perù ha ammesso la sua responsabilità.

4. Conclusioni

Dall'analisi svolta sono emersi due profili rilevanti.

Il primo concerne la necessità di un metodo "intersezionale" nell'esame delle discriminazioni nei confronti delle donne appartenenti alle minoranze etniche. Si tratta, infatti, di fattispecie complesse a cui il giurista deve approcciarsi con uno sguardo poliedrico. I casi di sterilizzazione forzata sulle donne di etnia rom ed indigene non rappresentano, infatti, solo una discriminazione di genere ma anche una discriminazione basata sull'appartenenza ad un gruppo etnico di minoranza. Pertanto sarà limitativo considerare solo il primo fattore di discriminazione ma, per fornire una protezione piena dei diritti, si dovranno valutare tutti i motivi di discriminazione i quali non risultano separati ma si sommano e contribuiscono alla creazione dell'unica fattispecie di-

scriminatoria complessa. Né uno di questi fattori deve prevalere sull'altro in sede di verifica; tuttavia questo approccio "intersezionale" è emerso solo in parte, dall'analisi delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo in rassegna.

Ad esempio nella sentenza *V.C. c. Slovacchia* la Corte non ha considerato del tutto l'intersezione nella discriminazione delle donne rom escludendo l'art. 14 CEDU⁴⁴, sebbene vi fosse una *dissenting opinion* che propendeva per la tesi discriminatoria. È noto, infatti, che l'art. 14 CEDU è una disposizione "ancillare" che trova applicazione solo in combinato disposto con la violazione delle altre libertà fondamentali previste dalla Convenzione. Tuttavia questa norma può rappresentare il grimaldello per far rientrare, nella tutela convenzionale, le discriminazioni multiple. Inoltre, uno strumento normativo ancora più efficace è rappresentato dall'art. 1, del Protocollo n. 12 addizionale alla Convenzione europea.

La suddetta disposizione, a differenza dell'art. 14 CEDU, ha un ambito di applicazione più ampio e pone un divieto generale di discriminazione statuendo che "il godimento di ogni diritto previsto dalla legge deve essere assicurato, senza discriminazione alcuna, fondata in particolare sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione". Tale previsione normativa non contiene un *numerus clausus* di motivi di discriminazione ma, attraverso la formula residuale di chiusura "ogni altra condizione", possono essere incluse anche altre cause di discriminazione.

Sul secondo profilo emerso, occorre evidenziare che i casi esaminati di donne appartenenti alle minoranze etniche, vittime, nel loro Paese di origine, di sterilizzazione forzata attestano che la salute riproduttiva delle donne, soprattutto di quelle appartenenti alle categorie più vulnerabili (donne migranti, donne disabili, donne minori, donne affette

⁴⁴ Di diverso approccio la Corte EDU nella sentenza *B.S. c. Spagna* (ricorso n. 47159/08, sentenza del 24 luglio 2012) in cui si è riconosciuta la particolare vulnerabilità della ricorrente, una donna di colore che ha subito attacchi razzisti a causa del colore della pelle. In questa fattispecie ravvisandovi una discriminazione multipla la Corte ha riscontrato la violazione dell'art. 14 CEDU.

da HIV, donne in stato di povertà ecc.), sia ancora a rischio e che non si gode di una piena autodeterminazione nell'esercizio dei propri diritti riproduttivi.

Sebbene la salute della donna, sia fisica che mentale, sia stata posta tra gli obiettivi strategici del Programma di azione della Conferenza di Pechino⁴⁵, a distanza di quasi trent'anni, tale obiettivo non può ritenersi pienamente raggiunto. Con specifico riguardo alla salute riproduttiva, si sta assistendo, in questo momento storico, a degli arretramenti con una compromissione della libertà della donna sulle sue scelte procreative e a conseguente violazione dei diritti umani. La recente sentenza di *overruling* della Corte Suprema Americana, nel caso *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women's Health Organization* ne è una prova⁴⁶. L'organo supremo giurisdizionale statunitense che attualmente presenta una

⁴⁵ A partire dagli anni Settanta nella questione di genere hanno svolto un ruolo importante le conferenze internazionali sulle donne. Tra queste rileva la Conferenza di Pechino del 1995 i cui risultati sono confluiti nei 38 punti della Dichiarazione e nel Programma di azione. Quest'ultimo definisce gli obiettivi strategici e le azioni da intraprendere per il miglioramento della situazione globale delle donne. Per un'analisi dettagliata si rinvia a C. MAGALDI, *Diritti sessuali e riproduttivi: la sterilizzazione forzata alla luce del regime di tutela internazionale dei diritti umani e di diritto internazionale penale*, tesi di laurea LUISS in tutela internazionale dei diritti umani, Roma, a.a. 2021/2023, pp. 301-303.

⁴⁶ Il 24 giugno 2022, la Corte suprema degli Stati Uniti si è pronunciata, con un *overruling* della sentenza *Roe v. Wade* del 1973, la quale garantiva copertura costituzionale a livello federale del diritto ad accedere a procedure di interruzione della gravidanza. L'oggetto del ricorso era il *Gestational Age Act* del Mississippi, secondo il quale, ad eccezione di situazioni di emergenza medica o in caso di gravi malformazioni fetali, una persona non potrà "*intentionally or knowingly*" praticare o indurre un aborto di un "*unborn human being*" se è stato determinato che l'età gestazionale probabile dell'essere umano non ancora nato sia superiore a 15 settimane. Una clinica abortiva, la Jackson Women's Health Organization, impugnava l'atto ritenendolo in violazione dei precedenti giurisprudenziali che avevano stabilito il diritto costituzionale all'aborto. Si rinvia a S. DE VIDO, *Blessed be the fruit. Un'analisi di genere della sentenza Dobbs della Corte Suprema Statunitense alla luce del diritto internazionale dei diritti umani* in www.sidiblog.org, 25 luglio 2022; L. POLI, *Donne senza voce e diritti riproduttivi negati nella sentenza della Corte Suprema Americana in Dobbs v. Jackson* in www.diritticomparati.it, 26 luglio 2022.

composizione conservatrice, infatti, ha negato la garanzia costituzionale, sul piano federale, del diritto all'aborto delle donne.

In conclusione resta ancora da fare tanta strada nel percorso verso il miglioramento della condizione globale della salute riproduttiva della donna e la piena attuazione dei principi riconosciuti dal diritto internazionale in materia.

Abstract

Nel contributo ci si sofferma in particolare sulla natura discriminatoria intersezionale delle sterilizzazioni forzate quando sono perpetrate ai danni di donne appartenenti ad un gruppo vulnerabile (ad esempio ad un'etnia minoritaria). L'articolo è strutturato in due parti. Nella prima parte sono analizzate le fonti internazionali, sia a livello universale che regionale. Nella seconda parte, si è focalizzata l'attenzione sulla giurisprudenza in materia delle Corti internazionali, in particolare della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha ravvisato la violazione dell'art. 3 e 8 CEDU nelle pratiche di sterilizzazioni forzate ai danni delle donne di etnia rom e delle Corti interamericane sui casi di sterilizzazioni forzate delle donne indigene.

KEYWORDS: Sterilizzazioni forzate – violenza di genere – discriminazioni multiple – trattamenti inumani e degradanti – assenza di consenso

FORCED STERILIZATION OF WOMEN AS A FORM
OF GENDER-BASED VIOLENCE:
AN “INTERSECTIONAL” ANALYSIS

The article focalizes on the intersectional discriminatory nature of the forced sterilizations when they are perpetrated against women of a vulnerable group (for example a minority ethnic group). The article is structured in two parts. In the first part, international sources (universal and regional level) are analysed. In the second part, the attention is focused on the jurisprudence of the International Courts, in particular of the European Court of Human Rights which recognized the violation of articles 3 and 8 of the ECHR in the practices of forced sterilizations against women of ethnic Roma and of the Interamerican Court.

KEYWORDS: Forced sterilization – violence gender based – multiple discrimination – inhuman treatment – absence of consent

IL DIRITTO ALLA SALUTE DELLE DONNE MIGRANTI: GARANZIE COSTITUZIONALI E INTERNAZIONALI A CONFRONTO

Sara Tonolo - Davide Monego***

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. La tutela del diritto alla salute nell’ambito delle Nazioni Unite. – 3. La tutela della salute delle donne migranti nel sistema delle Nazioni Unite. – 4. La protezione della salute delle donne nei sistemi regionali di tutela internazionale dei diritti umani. – 4.1. Il sistema interamericano di tutela dei diritti umani. – 4.2. Il sistema africano di tutela dei diritti umani. – 4.3. La Carta Araba dei diritti dell’uomo. – 4.4. Il sistema europeo di tutela dei diritti umani. La Convenzione europea dei diritti dell’uomo. – 4.5. *Segue*. La Carta Sociale europea. – 5. Gli stranieri e l’accesso al sistema sanitario in Italia. – 6. Le plurime modifiche in tema di inespellibilità (e di permesso di soggiorno) per ragioni di salute. Una storia infinita? – 7. Il nucleo irriducibile: le cure “urgenti” ed “essenziali”. Il nesso fra l’art. 35 e l’art. 19 TUI. – 8. Il pregiudizio irreparabile alla salute e il relativo accertamento. – 9. Osservazioni conclusive.

1. Osservazioni introduttive

La drammaticità degli eventi internazionali concernenti la tutela dei diritti fondamentali dell’individuo, e in tale contesto, anche la tutela del diritto alla salute delle donne migranti, stimola alcune riflessioni sulla possibile protezione di tale diritto in ambito giuridico interno ed internazionale.

* Ordinario di Diritto Internazionale, Università degli Studi di Padova. Indirizzo e-mail: sara.tonolo@unipd.it. È Autore dei parr. 2, 3, 4, 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 4.5 e coautore del par. 9.

** Ricercatore di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università degli Studi di Trieste. Indirizzo e-mail: davide.monego@dispes.units.it. È Autore dei parr. 1, 5, 6, 7, 8 e coautore del par. 9.

Il quadro normativo è complesso e frammentato anche perché sin dall'emergere della necessità di tutelare il diritto alla salute di ogni individuo, è apparsa evidente la complessità dell'interazione pubblicistica con la natura di diritto individuale; se è chiaro che le esigenze sottese alla dimensione collettiva possono anche comprimere aspettative individuali, rimane la prevalenza del connotato pubblicistico, in base al quale lo Stato risulta l'ambiente naturale entro il quale beneficiare del diritto alla salute¹.

La dimensione collettiva appare infatti prevalente, rappresentando l'interesse della società a garantire condizioni di vita idonee a prevenire il diffondersi delle malattie; anche l'art. 32 della Costituzione italiana insiste su tale interesse come limite alle libertà individuali (artt. 14 e 16)². E, in maniera analoga, nella Convenzione delle Nazioni Unite sulla tutela dei diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie³, la tutela della salute pubblica può essere richiamata come limite ai diritti dei lavoratori migranti (art. 8, art. 12 come limite alla libertà religiosa dei lavoratori, art. 13 come limite alla libertà di opinione, art. 39 come limite alla libertà di movimento), ed ancora nella Convenzione europea del 1950⁴, la salute rileva come limite alla libertà personale (art. 5), alla libertà di espressione (art. 10) e alla libertà di riunione e associazione (art. 11, par. 2).

Nella sua portata individuale, il diritto alla salute presenta due aspetti distinti: il diritto all'integrità psico-fisica, che implica obblighi negativi di non interferenza da parte dello Stato o di soggetti privati e

¹ Si veda in generale sul punto P. ACCONCI, *Tutela della salute e diritto internazionale*, Padova, 2011.

² Ciò, pur essendo nota la dimensione individualistica di tale diritto chiaramente affermata nella giurisprudenza Costituzionale, ad es. in Corte Cost., 5 luglio 2001, n. 252. Sul punto si v. G. ALPA, *Danno "biologico" e diritto alla salute. Un'ipotesi di applicazione diretta dell'art. 32 della Costituzione*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1976, I, n. 2, p. 446 ss., nonché, per uno sguardo complessivo sui vari aspetti del diritto in questione, F. MINNI, A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, 2013, n. 3.

³ United Nations General Assembly, *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families*, A/45/158, 18 dicembre 1990.

⁴ Conseil de l'Europe, *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 Novembre 1950.

il diritto all'assistenza sanitaria e all'accesso a farmaci idonei alla cura di malattie, che richiede obblighi positivi da parte dello Stato, come si può leggere anche nell'art. 38 della Costituzione italiana che prevede forme di assistenza pubblica e privata, da interpretare anche alla luce dei principi generali sanciti dagli artt. 2 e 3 della Costituzione stessa. Nell'ordinamento italiano, infatti, la tutela della salute e il rapporto medico-paziente appare fortemente fondato sulla "libertà di autodeterminazione"⁵ del paziente, che viene garantita dall'art. 2 della Costituzione che tutela i diritti fondamentali della persona umana nella sua identità e dignità.

In tale contesto, rilevano gli ostacoli e le limitazioni del diritto alla salute delle donne, soprattutto con riguardo alla salute riproduttiva, limitazioni e ostacoli che variano in ragione di specifici fattori quali, ad esempio, l'età, la razza, la religione, l'orientamento sessuale, l'eventuale condizione di disabilità, e la localizzazione geografica, circostanza quest'ultima che rende le donne migranti spesso vittime di multiple discriminazioni, che si aggiungono a quelle ordinariamente concernenti tutti i migranti.

Si pensi, ad esempio, al fatto che il fattore migrazione è considerato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità come un fattore indipendente di rischio di HIV per le donne⁶, incidente tuttavia anche sulla diffusione della malattia nel contesto sociale di riferimento. Per far fronte a tale problema, alcuni Paesi come ad esempio il Portogallo e il Regno Unito distribuiscono i farmaci antiretrovirali indipendentemente dallo *status* di migrante, ritenendo di tutelare la salute pubblica attraverso la tutela della salute individuale, a differenza di altri Stati, in cui conseguentemente l'incidenza incrementale dell'HIV tra i migranti discende da queste scelte politiche. Studi dell'Organizzazione Mondiale della Sanità evidenziano inoltre gravi problemi di salute mentale tra i migranti costretti a tale condizione dalle situazioni di conflitto, disa-

⁵ Corte di Cassazione, sentenza del 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro italiano*, 2007, I, 3025.

⁶ UNAIDS, *The gap report*, 2014, https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/UNAIDS_Gap_report_en.pdf.

stri ambientali, povertà estrema, persecuzioni religiose, razziali, etniche, ecc.⁷.

2. *La tutela del diritto alla salute nell'ambito delle Nazioni Unite*

Come diritto umano individuale, la salute ha trovato il suo primo riconoscimento internazionale nel preambolo della Costituzione dell'OMS del 22 luglio 1946⁸, poi richiamato dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, all'art. 25⁹. In tale contesto, il diritto alla salute viene collegato al soddisfacimento di altri bisogni, quali il cibo, l'alloggio, le cure mediche e la sicurezza sociale.

Una disposizione analoga è contenuta nell'art. 12 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali del 1966¹⁰, che conferma la necessaria realizzazione progressiva dei diritti fondamentali degli individui, rendendo chiara la serie non esaustiva di "steps" che gli Stati contraenti devono compiere ai fini di consentire la piena realizzazione del diritto, senza alcuna discriminazione¹¹: a) ridurre la mortalità pre-natale e infantile e assicurare la sana crescita dei bambini; b) migliorare tutti gli aspetti della salute ambientale e industriale; c) prevenire, curare e monitorare le malattie epidemiche, endemiche, professionali e altre; d) creare le condizioni che assicurino a tutti servizi medici e assistenza medica in caso di malattia¹². L'art. 2, par. 2, del Patto assicura a questo

⁷ WHO, *Human Resources for mental health: workforce shortages in low-and-middle income countries. Human Resources for Health Observer*, 2011, n. 8. <https://www.hrhresourcecenter.org/node/3551.html>.

⁸ Costituzione WHO "The enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social conditions", vol. 14, p. 185.

⁹ Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo, del 10 dicembre 1948, Risoluzione n. 217-A del 09/12/1948.

¹⁰ *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976)*, 1993, p. 3.

¹¹ Sul punto si veda K. HENRARD, *Equality of Individuals*, *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2008, par. 3; S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, 2011, p. 175 ss.

¹² Si vedano il *General Comment No. 14 (2000): The right to the highest attainable standard of health (Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and*

– come a tutti gli altri diritti garantiti dal Patto – il godimento privo di qualsiasi discriminazione sulla base di motivi di razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica, origine nazionale o sociale, proprietà, nascita o altro *status*. Il controllo sul rispetto delle disposizioni del Patto è rimesso al Comitato sui diritti economici, sociali e culturali a far data dall'entrata in vigore del Protocollo del 2008 (all'inizio del 2014), che esamina i rapporti nazionali, ha poteri di inchiesta e può esaminare ricorsi individuali¹³.

La necessità di riconoscere adeguata tutela al diritto alla salute di cittadini e stranieri, uomini e donne, migranti e residenti, da parte degli Stati aderenti al Patto sui diritti economici, sociali e culturali è stata ribadita dapprima, nel 1985, dalla “*Declaration on the human rights of individuals who are not nationals of the country in which they live*”¹⁴, e successivamente, nel 2003, dalla relazione finale “*Prevention of Discrimination - The rights of non-citizens*”¹⁵.

Il divieto di discriminazione ha pertanto trovato riconoscimento in merito alla tutela dei diritti fondamentali dei migranti. Tale attenzione per i diritti dello straniero è confermata dalla nomina, ad opera della

Cultural Rights), doc. E/C.12/2000/4, dell'11 agosto 2000, e il *General Comment No. 22 (2016) on the Right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, doc. E/C.12/GC.22 del 2 maggio 2016, e sul punto in generale J. TOBIN, *The Right to Health in International Law*, Oxford, 2012.

¹³ United Nations General Assembly, *Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, A/RES/63/117, 10 dicembre 2008, Art. 2: “*Communications may be submitted by or on behalf of individuals or groups of individuals, under the jurisdiction of a State Party, claiming to be victims of a violation of any of the economic, social and cultural rights set forth in the Covenant by that State Party. Where a communication is submitted on behalf of individuals or groups of individuals, this shall be with their consent unless the author can justify acting on their behalf without such consent*”.

¹⁴ United Nations General Assembly, *Declaration on the human rights of individuals who are not nationals of the country in which they live*, A/RES/40/144, 13 dicembre 1985.

¹⁵ *Final report of the Special Rapporteur, D. WEISSBRODT*, submitted in accordance with Sub-Commission decision 2000/103, Commission resolution 2000/104 and Economic and Social Council decision 2000/283, doc. E/CN. 4/Sub. 2/2003/23 del 26 maggio 2003.

Commissione dei diritti dell'uomo, di un Relatore speciale "per i diritti umani dei migranti", con il compito di verificare e controllare la condotta degli Stati in materia di tutela dei diritti umani, inviare comunicazioni ai Governi, effettuare visite, condurre studi tematici¹⁶. I rapporti annuali presentati all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite hanno messo in luce gli aspetti più critici del tema in oggetto, che possono incidere anche sulla tutela della salute dei migranti, siano essi uomini o donne, come ad es. nel Rapporto del Relatore Crépeau del 2015¹⁷ in ordine alle problematiche concernenti la gestione dei migranti entro l'Unione europea, connotata da una chiara percezione di crescenti sentimenti di xenofobia e razzismo.

Più specificamente, la condizione della donna e la valorizzazione dei suoi diritti sono da tempo al centro dell'attenzione delle Nazioni Unite; l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile ha posto la parità di genere fra i 17 *goals* da soddisfare entro il 2030¹⁸.

Si tratta di un'azione molto vasta e interdisciplinare, ma priva di effetti vincolanti nei confronti degli Stati, che divengono oggetto di mere raccomandazioni, quali ad esempio quelle adottate dagli organi competenti a monitorare i risultati delle conferenze mondiali sui diritti delle donne: dalla commissione sullo *status* della donna istituita il 21 giugno 1946, come organo sussidiario del Consiglio economico e sociale, alla più recente *UN Women* per la promozione e la protezione dei diritti delle donne¹⁹. In tale contesto, al fine di realizzare la visione dell'Agenda per lo sviluppo sostenibile entro il 2030 – non lasciare

¹⁶ Il mandato del 1999 è stato prorogato e rinnovato negli anni successivi, da ultimo fino al 2023 con decisione della Commissione per i diritti umani delle Nazioni Unite del 19 giugno 2020, ris. 43/6.

¹⁷ Rapporto del Relatore CRÉPEAU, Doc. A/HRC/29/36 dell'8 maggio 2015.

¹⁸ A/RES/70/1 del 25 settembre 2015, p. 10.

¹⁹ A/RES/64/289 del 2 luglio 2010, p. 49. Le precedenti divisioni, oggi unificate, erano: la Divisione per l'avanzamento delle donne (DAW); l'Istituto internazionale di ricerca e formazione per la promozione delle donne (INSTRAW); l'Ufficio del consigliere speciale per le questioni di genere e sulla promozione delle donne; il fondo ONU per lo sviluppo delle donne (UNFEM). Sul punto v. P. ALSTON, *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, New York, 1992; D. JAIN, *Women, Development, and the UN. A Sixty-Year Quest for Equality and Justice*, Indianapolis, 2005.

nessuno indietro (*leave no one behind*) – è necessario assicurare la tutela della salute di migranti e rifugiati; la World Health Assembly nel 2017 adottò una risoluzione rivolta a tal fine²⁰, per sollecitare gli Stati a cooperare in tale ambito. Nel 2020, l'Organizzazione Mondiale della Sanità adottò l'*Health and Migration Programme (PHM)* per coordinare le questioni concernenti la salute dei migranti nel quadro del *Global Action plan: promoting the health of refugees and migrants 2019-23*²¹.

Tra le Convenzioni adottate sotto l'egida delle Nazioni Unite per vincolare gli Stati al rispetto di norme poste a tutela dei diritti fondamentali delle donne²², rileva in maniera particolare, ai fini della tutela del diritto alla salute, la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, del 18 dicembre 1979, *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* (d'ora in avanti *CEDAW*)²³. Richiamando espressamente quanto stabilito dalla Dichiarazione universale nel Preambolo, tale atto codifica all'art. 1 una puntuale definizione delle pratiche discriminatorie nei confronti delle donne²⁴ e stabilisce un programma delle attività nazionali destinate a porvi fine.

²⁰ WHA, *Promoting the health of refugees and migrants*, 70.15 del 31 maggio 2017.

²¹ WHO, *Refugee and migrant health*, https://www.who.int/health-topics/refugee-and-migrant-health#tab=tab_1.

²² V. ad es. la Convenzione sui diritti politici della donna del 31 marzo 1953 e resa esecutiva dall'Italia con l. n. 326 del 24 aprile 1967; la Convenzione sulla cittadinanza delle donne coniugate, del 29 gennaio 1957, che l'Italia non ha nemmeno firmato; la Convenzione sul consenso al matrimonio, l'età minima e la registrazione dei matrimoni, del 7 novembre 1962. Sul punto v. in generale L. PANELLA, *La Dichiarazione Universale e i diritti delle donne*, in S. TONOLO, G. PASCALE, (a cura di), *La Dichiarazione universale dei diritti umani nel diritto internazionale contemporaneo*, Torino, 2020, p. 378.

²³ L'Italia ha reso esecutiva tale Convenzione con legge n. 132 del 14 marzo 1985. La Convenzione è poi entrata in vigore il 10 giugno 1985. Come sovente avviene nella prassi delle Nazioni Unite, la Convenzione è stata preceduta dalla Dichiarazione sull'eliminazione della discriminazione contro le donne, adottata il 7 novembre 1967 dall'Assemblea generale, con la risoluzione n. 2263 (XII) del 7 novembre 1967.

²⁴ Secondo l'art. 1 “ai fini della presente Convenzione, l'espressione “discriminazione nei confronti della donna” concerne ogni distinzione, esclusione o limitazione basata sul sesso che abbia come conseguenza o come scopo di compromettere o distruggere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio da parte delle donne, quale che sia il loro stato matrimoniale, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo

La Convenzione prevede un meccanismo di promozione e monitoraggio delle disposizioni in essa contenute a cura del Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne (articoli 17-22)²⁵. Tale Comitato, costituito da ventitré membri che siedono a titolo personale, sulla base di un criterio di ripartizione geografica, opera secondo il tradizionale sistema dei rapporti degli Stati. I limiti di tale meccanismo sono simili a quelli che si riscontrano in analoghi sistemi disposti dai trattati di protezione dei diritti umani, ovvero la dipendenza dell'attività di controllo dalla buona fede e dalla cooperazione degli Stati nella redazione dei rapporti nazionali, nonché la mancanza di poteri vincolanti nell'adozione delle decisioni, e l'assenza di competenza in merito a ricorsi individuali²⁶.

Per attribuire una maggiore efficacia alle disposizioni pattizie è stato adottato il Protocollo facoltativo alla Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna, che ha ampliato le competenze del Comitato²⁷. All'art. 2 esso prevede che la possibilità di presentare comunicazioni a titolo individuale o a nome di gruppi di persone, le quali rientrino sotto la giurisdizione di uno Stato Parte, che lamentino di essere stati vittime della violazione di uno dei diritti sanciti dalla convenzione. La possibilità di presentare ricorso è quindi riconosciuta alle associazioni o ai gruppi non autonomamente ma solo in rappresentanza degli interessi dei singoli. La procedura si basa sul dialogo tra Stato e Comitato, potendosi concludere soltanto con raccomandazioni e osservazioni indirizzate agli Stati, anche nelle ipotesi di violazioni gravi e sistematiche (artt. 8 e 9).

Il Comitato è inoltre titolare di un potere di inchiesta nei casi di violazioni gravi o sistematiche (art. 8 parr. 1 e 2). Incide negativamente su tale competenza la clausola di *opting out* prevista dall'art. 10, cioè la

civile, culturale, economico, politico, sociale o in ogni altro campo, su base di parità tra l'uomo e la donna".

²⁵ Sul Comitato, v. H.B. SCHÖP, SCHILLING, C. FLINTERMAN (eds.), *The Circle of Empowerment: Twenty-five Years of the UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, New York, 2007.

²⁶ L. PANELLA, *La Dichiarazione Universale e i diritti delle donne*, cit., p. 367 ss.

²⁷ United Nations General Assembly, *Optional Protocol to the Convention on the elimination of all forms of discrimination against women*, RES A/54/4, del 6 ottobre 1999.

possibilità riconosciuta agli Stati di dichiarare, al momento della firma o della ratifica del Protocollo, di non riconoscere le competenze del Comitato di cui agli articoli 8 e 9 relativi alla procedura di indagine.

La tutela del diritto alla salute viene richiamata sia nella norma specificamente rivolta a tale ambito (art. 12), entro la quale si prevede accesso paritario delle donne alle cure mediche, ai servizi di programmazione familiare, nonché ad adeguate cure per la gravidanza, la maternità e l'allattamento, sia nel quadro dell'art. 10 con riferimento alla necessaria informazione delle pratiche di programmazione familiare, sia all'art. 11 rispetto alla tutela del lavoro femminile in cui "*The protection of health and to safety in working conditions, including the safeguarding of the functioning of reproduction*", sia all'art. 14 relativamente alla salute delle "*rural women*", per consentire loro adeguato accesso alle cure mediche, entro le quali si ricomprendono anche le informazioni, l'assistenza e i servizi concernenti la programmazione familiare. Ciò in ragione del fatto che le donne che vivono in un contesto rurale spesso incontrano molteplici difficoltà a utilizzare la contraccezione, anche quella d'emergenza, per assenza di farmacie geograficamente accessibili, e pertanto non hanno l'opportunità di decidere liberamente e responsabilmente il numero dei propri figli²⁸.

All'interno della CEDAW particolare importanza viene data alla tutela della salute riproduttiva femminile, dato che la Convenzione è l'unico trattato sui diritti umani che afferma i diritti delle donne in materia di procreazione e punta sulla cultura e sulla tradizione quali "forze autorevoli" per modellare i ruoli di genere e le relazioni familiari²⁹. Lo scopo della Convenzione è quello di eliminare la discriminazione basata sul sesso, anche quando quest'ultima dipende da consuetudini legate alla cultura di determinati Paesi. Sul punto giova ricordare le indicazioni fornite dal Comitato³⁰, e il fatto che per i suoi contenuti la

²⁸ L.R. PRUITT, *Toward a Feminist Theory of the Rural*, in *Utah Law Review*, 2006, p. 522; ID, *Migration, Development, and the Promise of CEDAW for Rural Women*, in *Michigan Journal of International Law*, 2009, p. 3 ss.

²⁹ C. BUSTELO, *Reproductive Health and CEDAW*, in *The American University Law Review*, 1995, p. 1145.

³⁰ Si v. ad es. la *General Recommendation No. 14: Female Circumcision*, in *Report of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women*, 9th Sess., U.N. Doc. A/45/38 (1990). Si vedano inoltre le indicazioni del Comitato sull'Arabia Saudita

Convenzione sia stata oggetto di diverse riserve da parte degli Stati in cui è in vigore la *sharia*³¹.

3. *La tutela della salute delle donne migranti nel sistema delle Nazioni Unite*

Difficile e complessa è la ricostruzione della tutela della salute delle donne migranti nel sistema delle Nazioni Unite.

Nell'ambito del Patto sui diritti economici, sociali e culturali, la tutela della salute, sia pure nei limiti del meccanismo di controllo previsti per tale sistema di garanzie, può dirsi estesa alle donne migranti grazie alla norma dell'art. 2, par. 2 che consente di garantire i diritti previsti dal Patto senza alcuna discriminazione sessuale o di "status". Nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie, l'accesso alla assistenza sanitaria, previsto dagli artt. 28 e 43, è garantito senza discriminazione alcuna a uomini e donne, e quindi anche alle donne migranti, in virtù della generale codificazione del principio di non discriminazione all'art. 1 della stessa Convenzione.

e sul diritto alla salute delle donne migranti, non cittadine saudite, ma residenti prevalentemente per motivi di lavoro domestico in tale Stato: Comm. on the Elimination of Discrimination against Women, *Concluding Comments: Saudi Arabia, 40th Sess.*, 2008, p. 23, U.N. Doc. CEDAW/C/SAU/CO/2; analoghe considerazioni in merito alla condizioni delle donne migranti negli Emirati Arabi Uniti sono state espresse in Comm. on the Elimination of Discrimination against Women, *Concluding Observations: United Arab Emirates, 45th Sess.*, 2010, p. 36, U.N. Doc. CEDAW/C/ARE/CO/1. In particolare si evidenzia la situazione di vulnerabilità di tali donne, in quanto private del passaporto e dei documenti di viaggio: "The Committee urges the State party to strengthen the legal protection of foreign workers by adopting legislation and policies aimed at preventing abuses ... and to prosecute offenders, both recruiters and employers, and at raising awareness of workers' rights and ensuring their access to legal aid and complaint mechanisms. The committee also urges the State party to guarantee equal application of all labour laws to women and men regardless of their nationality".

³¹ Per un esame delle riserve apposte alla Convenzione, cfr. M.C. MAFFEI, *La condizione della donna tra protezione e divieto di discriminazione*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, Milano, 2015, p. 186.

Appare pertanto critica l'assenza di una considerazione c.d. intersezionale³² entro la CEDAW. Come si è detto, tale trattato mira a vietare ogni discriminazione nei confronti delle donne³³, ma non è possibile identificare, all'interno della Convenzione, alcuna disposizione che consideri la situazione in cui una donna subisca una discriminazione c.d. "multipla"³⁴, ovvero derivante da un particolare *status* in quanto fondata su motivi razziali, religiosi, etnici, di orientamento sessuale, per condizioni particolari quali ad esempio la disabilità, l'età, la povertà, la migrazione, la circostanza di essere richiedente protezione internazionale.

Grazie all'interpretazione del Comitato per l'eliminazione delle discriminazioni nei confronti delle donne si è chiarito che le norme della Convenzione "*establish a comprehensive obligation to eliminate discrimination in all its forms*"³⁵. Pertanto se una donna subisce una discriminazione fondata sulla base del genere, ed in connessione con altre violazioni dei diritti fondamentali, concernenti aspetti della sua identità e della sua vita, potrà avvalersi delle garanzie della CEDAW³⁶, come evidenziato dal Comitato nella *General Recommendation No. 24- Women and Health*³⁷.

³² M. CAMPBELL, *CEDAW and Women's Intersecting Identities: A Pioneering New Approach to Intersectional Discrimination*, in *Revista Direito GV*, 2015.

³³ V. *supra* par. 2.

³⁴ Ad eccezione delle donne che si trovino in una condizione rurale e per le quali l'art. 14 sancisce diverse garanzie che considerano l'accesso alle cure mediche, ai trasporti, all'abitazione, alla sicurezza sociale, all'acqua, alle comunicazioni ecc.

³⁵ CEDAW Committee, *General Recommendation No. 18*, par. 10.

³⁶ F. RADAY, *Gender and Democratic Citizenship: the Impact of CEDAW*, in *Journal of International Constitutional Law*, 2012, p. 512.

³⁷ CEDAW Committee, *General Recommendation – Women and Health*, 1999, par. 6: "*While biological differences between women and men may lead to differences in health status, there are societal factors that are determinative of the health status of women and men and can vary among women themselves. For that reason, special attention should be given to the health needs and rights of women belonging to vulnerable and disadvantaged groups, such as migrant women, refugee and internally displaced women, the girl child and older women, women in prostitution, indigenous women and women with physical or mental disabilities*".

Così è accaduto ad es. nel noto caso *Teixeira*³⁸, nell'ambito del quale il Comitato ha affermato la responsabilità del Brasile per non aver assicurato adeguati *standard* sanitari a tutela della salute riproduttiva di una donna afro-brasiliana (in condizione di particolare vulnerabilità economica, sociale e territoriale), deceduta per non aver ricevuto cure adeguate in occasione del parto.

Più generalmente, è grazie all'interpretazione delle norme della CEDAW ad opera del Comitato che si è chiarita l'operatività delle garanzie dalla stessa Convenzione previste a tutela delle donne che si trovino in una condizione di multipla vulnerabilità³⁹, attraverso principi interpretativi chiaramente elaborati per le diverse situazioni, quali ad esempio lo *status* di donne migranti⁴⁰, apolidi⁴¹, anziane⁴², coinvolte in situazioni di conflitto armato⁴³, di violenza⁴⁴, principi che tuttavia lo stesso Comitato non riesce sempre ad applicare in maniera lineare e coerente, come ad esempio nella valutazione della protezione delle lavoratrici domestiche in Giordania e in Egitto, rispetto alle quali non appare alcun riferimento ad elementi razziali ed etnici, che invece dovrebbero essere presi in considerazione in base a quell'approccio intersezionale raccomandato dallo stesso Comitato⁴⁵, soprattutto alla luce del fatto che in tale area geopolitica l'Organizzazione internazionale del lavoro ha da tempo rilevato una elevata presenza di lavoratrici migranti⁴⁶.

³⁸ *Da Silva Pimentel Teixeira v. Brazil* (2011), CEDAW/C/49/D/17/2008.

³⁹ CEDAW Committee, *General Recommendation No. 25*, par. 3.

⁴⁰ CEDAW Committee, *General Recommendation No. 28*.

⁴¹ CEDAW Committee, *General Recommendation No. 32*.

⁴² CEDAW Committee, *General Recommendation No. 27*.

⁴³ CEDAW Committee, *General Recommendation No. 30*.

⁴⁴ CEDAW Committee, *General Recommendation No. 19*. Tale atto evidenzia in maniera chiara il nesso tra violenza nei confronti delle donne e violazione del loro diritto alla salute, violenza in molti casi determinata dall'operatività di alcune regole culturali e religiose, quali ad es. i regimi alimentari dietetici imposti in gravidanza, le mutilazioni genitali femminili, la preferenza per il sesso maschile dei nascituri che può indurre a porre in essere sterilizzazioni e aborti forzati.

⁴⁵ CEDAW Committee, *Concluding Observations*, Jordan par. 44; CEDAW Committee, *Concluding Observations*, Egypt, par. 35.

⁴⁶ ILO, *Domestic Workers Around the World: Global and regional statistics and the extent of legal protection*, 2013.

Pertanto, seppure nei limiti dettati da tale complessa ricostruzione della tutela della salute delle donne migranti entro il sistema delle Nazioni Unite, non si può non riconoscere la rilevanza di tale tutela che – accanto agli atti di *soft law* in precedenza considerati – disegna un quadro flessibile e rivolto a considerare in teoria tutte le possibili vulnerabilità del caso di specie⁴⁷.

4. *La protezione della salute delle donne nei sistemi regionali di tutela internazionale dei diritti umani*

Nell'evoluzione della tutela internazionale dei diritti umani, un ruolo di sicuro rilievo viene generalmente riconosciuto ai sistemi regionali sviluppati sotto l'impulso di organizzazioni internazionali a dimensione continentale, operanti come “*the local carriers of a global message*”⁴⁸, per favorire la promozione e la protezione dei diritti umani e la definizione di obblighi di rispetto degli stessi supportati da procedimenti di controllo.

Tali sistemi, sin dalla loro origine, hanno affrontato il problema della coesistenza e del coordinamento rispetto ad atti e meccanismi di protezione internazionale a portata universale⁴⁹. La Dichiarazione di

⁴⁷ Sul punto v. in generale v. M.E. GALEY, *International Enforcement of Women's Rights*, in *Human Rights Law Quarterly*, 1984, p. 463 ss.; N. BURROWS, *The Convention on The Elimination of all Forms of Discrimination against Women*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, p. 149 ss.; M.A. FREEMAN, C. CHINKIN, B. RUDOLF (eds.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: A Commentary*, Oxford, 2012; I. WESTENDORP (ed.), *The Women's Convention Turned 30: Achievements, Setbacks and Prospects*, Cambridge, 2012.

⁴⁸ R. J. VINCENT, *Human Rights and International Relations*, Cambridge, 1986, p. 101.

⁴⁹ Come ad es. nel caso della consultazione preventiva avviata nell'ambito dell'Organizzazione degli Stati americani (OSA) rispetto al *Draft* della Convenzione americana dei diritti umani e allo studio comparativo con il Patto internazionale sui diritti civili e politici e il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali: v. OAS, Doc.OEA/Ser. G. IV Rev.3,4 (1967) e OAS, Doc.OEA/Ser. L/II.19, doc.26 (1968). In dottrina, v. A. CANÇADO TRINDADE, *Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (at Global and Regional Levels)*, in *Recueil des cours*, 1988, vol. 202, p. 9 ss.

Vienna, adottata dalla Conferenza mondiale sui diritti umani promossa dalle Nazioni Unite (14-25 giugno 1993), chiarisce il rapporto tra universalismo e regionalismo nella tutela internazionale dei diritti umani, sottolineando “la natura universale di questi diritti e delle libertà” (par. 1), affermando al contempo che “gli accordi regionali svolgono un ruolo fondamentale nella promozione e nella tutela dei diritti umani. Essi dovrebbero rafforzare gli standard universali dei diritti umani e la loro protezione” (par. 37)⁵⁰.

La conferma di tale nesso fondamentale tra tutela universale e regionale dei diritti umani si può peraltro leggere proprio in alcuni atti internazionali concernenti la tutela dei diritti delle donne quasi contemporanei alla Dichiarazione di Vienna, quali la Dichiarazione sull’eliminazione della violenza contro le donne⁵¹, che completa la CEDAW e influisce sull’adozione, nel 1994, della Convenzione interamericana sulla prevenzione, la punizione e lo sradicamento della violenza contro le donne⁵².

È chiaro, infatti, che la regionalizzazione consente di rispettare le diversità culturali, religiose e storiche di alcuni ambiti geopolitici, pur operando nel quadro dell’universalismo che non consente violazioni in ossequio a imperativi religiosi o culturali⁵³.

4.1. *Il sistema interamericano di tutela dei diritti umani*

Nel sistema interamericano di tutela dei diritti umani, il diritto alla salute non è espressamente considerato nella Convenzione del 22 novembre 1969⁵⁴ – Patto di San José di Costa Rica – ed è stato sancito

⁵⁰ Vienna Declaration and Programme of Action, A/CONF 157/23.

⁵¹ La Dichiarazione è stata adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni unite nella sessione plenaria del 20 dicembre 1993, A/RES/48/104; sul punto v. H. CHARLESWORTH, *The UN Declaration on Violence Against Women*, in *Social Justice*, 1990, vol. 17, p. 53 ss.

⁵² Convenzione di Belém do Pará, adottata il 9 giugno 1994. Sul punto v. in generale P. DEGANI, *Diritti umani e violenza contro le donne: recenti sviluppi in materia di tutela internazionale*, Padova, 2000, p. 48 ss.

⁵³ Sul punto J. DONNELLY, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, III ed., Ithaca, 2013.

⁵⁴ Convenzione interamericana dei diritti umani, o Patto di San José, 1969, OAS.,

dall'art. 10 del Protocollo addizionale sui diritti economici e sociali adottato a San Salvador il 17 novembre 1988⁵⁵, ove ricorre in maniera molto evidente la dimensione pubblica e privata del diritto alla salute⁵⁶.

Tuttavia l'evoluzione giurisprudenziale della Corte interamericana dei diritti dell'uomo, che, com'è noto, integra le attività di *fact-finding* e *conciliation* svolte dalla Commissione, ha evidenziato la necessità di tutelare il diritto alla salute, e specificamente, il diritto alla salute delle donne, in connessione con altri diritti sanciti dalla Convenzione, come ad es. nel caso *Artavia Murillo et al. v. Costa Rica*⁵⁷, o come nei casi delle sterilizzazioni forzate, che oltre a risultare atti di violenza, sono atti lesivi della salute delle donne di cui provocano in taluni casi la morte⁵⁸, nel quadro di politiche nazionali del controllo demografico⁵⁹.

Treaty Series No. 36, sul punto v. in generale A. DI STASI, *Il sistema americano dei diritti umani. Circolazione e mutamento di una international legal tradition*, Torino, 2004, p. 223 ss.; M. SERRANO, V. POPOVSKI (eds.), *Human Rights Regimes in the Americas*, New York, 2010; P. ENGSTROM (ed.), *The Inter-American Human Rights System. Impact Beyond Compliance*, Cham, 2019.

⁵⁵ Protocollo di San Salvador del 17 novembre 1988 sui diritti umani in materia di diritti economici, sociali e culturali, in *ILM*, 1989, p. 161 ss.

⁵⁶ Corte interamericana, *Vera Vera et al. c. Ecuador*, serie C n. 224, par. 43, sentenza del 19 maggio 2011: “*Los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención a la salud humana. En este sentido, el artículo 10 del Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público*”.

⁵⁷ Corte interamericana, *Artavia Murillo et al. c. Costa Rica, Merits, Reparation and Costs, Judgment*, serie C, n. 257, sentenza del 28 novembre 2012, par. 142-147; nel caso si afferma che il divieto di fecondazione assistita previsto in Costa Rica configura una violazione del diritto alla privacy e del diritto a una famiglia.

⁵⁸ Corte interamericana, *Mamérita Mestanza Chavez c. Perú*, Case 12.191, Report No. 71/03, OEA/Ser.L/V/II.1 18, doc.5 rev. 2, 2003, in cui il Perù è stato ritenuto responsabile della violazione delle norme CEDAW in contrasto con la sterilizzazione forzata; CEDAW Committee (*A.S. v. Hungary*), Communication No. 4/2004, U.N. Doc. CEDAW/C/36/D/4/2004 (2006), nell'ambito della quale l'Ungheria è stata ritenuta responsabile di aver violato la CEDAW per le sterilizzazioni forzate.

⁵⁹ Come noto, la strategia del Presidente Fujimori ha comportato la sterilizzazione forzata di oltre 300.000 donne. Sul punto V. V. JAICHAND, C. O' CONNELL, *Bringing it*

Sempre in via giurisprudenziale si è attuata la declinazione del principio di uguaglianza con riferimento al godimento dei diritti fondamentali⁶⁰. Soprattutto grazie ai pareri consultivi della Corte interamericana, si è chiarita la necessità di equiparare tutte le persone soggette alla giurisdizione di uno Stato, indipendentemente dalla loro nazionalità o dallo *status* di migrante⁶¹.

Particolare enfasi alla tutela del diritto alla salute delle donne migranti viene rivolta nel quadro dell'attività di monitoraggio svolta negli organi interamericani di tutela dei diritti umani⁶². Il *report* intitolato "Access to Information on Reproductive Health from a Human Rights Perspective"⁶³ elabora gli effetti della discriminazione sul godimento dei diritti alla salute riproduttiva delle donne con specifico riferimento alle necessità che alcuni gruppi di donne possono avere, in ragione dei contesti di esclusione, marginalizzazione o discriminazione, comprese le donne di etnia africana, le adolescenti, le donne che vivono in aree rurali e le donne migranti.

Nonostante le affermazioni degli organi interamericani di tutela dei diritti umani, la protezione della salute delle donne presenta molteplici

Home: The Inter-American System and State Obligations- Using a gender approach regionally to address women's rights violations domestically, in *Inter-American and European Human Rights Journal*, 2010, p. 58 ss.

⁶⁰ Sul richiamo dei principi della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza della Corte inter-americana, si v. A. DI STASI, *La Dichiarazione universale dei diritti umani nella giurisprudenza della Corte interamericana*, in S. TONOLO, G. PASCALE, (a cura di), *La Dichiarazione universale dei diritti umani nel diritto internazionale contemporaneo*, cit., p. 67 ss.

⁶¹ Corte interamericana, parere consultivo OC-18/03, *Conduzione giuridica e diritti dei migranti clandestini*, del 17 settembre 2003 "[e]n relación con las disposiciones de la Declaración universal – exceptuando los artículos 21 y 13 – existe acuerdo en que, bajo normas de derecho consuetudinario, los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos fundamentales a los extranjeros bajo su jurisdicción, incluidos los que se encuentren residiendo en forma irregular [...]".

⁶² Special Rapporteur on the Rights of Women, *Access to Maternal Health Services from a Human Rights Perspective*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69 (2010), <https://www.oas.org/en/iachr/women/docs/pdf/saludmaternaeng.pdf>.

⁶³ Special Rapporteur on the Rights of Women, *Access to Maternal Health Services from a Human Rights Perspective*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 61 (2011), <http://cidh.org/women/saludmaterna10eng/MaternalHealthChap1eng.htm>.

profili di criticità nel contesto geopolitico considerato. Si pensi ad es. all'aborto che viene praticato in maniera differente entro i singoli Stati e anche all'interno del medesimo Stato, ad es. in Messico l'unico luogo in cui una donna può accedere all'aborto è Città del Messico, a causa del consistente movimento dell'obiezione di coscienza tra i medici operanti nelle altre città del paese⁶⁴, e non sempre in condizioni adeguatamente coerenti agli standard internazionali di tutela dei diritti fondamentali⁶⁵.

4.2. *Il sistema africano di tutela dei diritti umani*

Nell'ambito del sistema africano di tutela dei diritti umani, che si fonda sulla Carta africana dei diritti umani e dei popoli e prevede due organi di controllo: la Commissione africana dei diritti umani e dei popoli, prevista dalla stessa Carta africana, e la Corte africana dei diritti umani e dei popoli, istituita con il Protocollo⁶⁶, la tutela del diritto alla salute ricorre secondo la duplice dimensione collettiva e individuale. Da un lato, infatti, si prevede che la protezione della famiglia quale base naturale della società sia temperata dagli obblighi dello Stato di

⁶⁴ D. BECKER, C. DIAZ OLAVARRIETA, *Decriminalization of Abortion in Mexico City: the effects on women's reproductive rights*, in *American Journal of Public Health*, 2013, p. 1.

⁶⁵ Come nel caso *Paulina del Carmen Ramirez Jacinto c. Mexico, Friendly Settlement agreement*, Inter-Am. Comm. Report No. 21/07 (2007): una ragazza di 14 anni, vittima di una violenza sessuale commessa da parte di un estraneo introdotto in casa a tale scopo, voleva abortire e ne aveva diritto in base alle leggi messicane, ma a causa dei condizionamenti ricevuti in ambito ospedaliero, connessi anche ai timori per la propria salute, è stata costretta a rinunciarvi.

⁶⁶ La Carta africana è stata adottata il 27 giugno 1981 a Nairobi, sotto l'egida dell'Organizzazione per l'Unità africana (oggi sostituita dall'Unione africana), è entrata in vigore il 21 ottobre 1986. Il Protocollo istitutivo della Corte africana è stato approvato a Ouagadougou il 9 giugno 1998, è entrato in vigore il 25 gennaio 2004. La fusione della Corte africana con la Corte di giustizia dell'Unione africana in una nuova Corte africana unica, prevista dal Protocollo di Sharm el-Sheikh del 2008, difficilmente sarà realizzata a breve termine, dato che finora pochissimi Stati hanno proceduto alla ratifica del suddetto Protocollo. Lo stesso vale (e a maggior ragione) per il Protocollo di Malabo del 2014, che mira a estendere la competenza della futura Corte unica a fattispecie riconducibili al diritto internazionale penale.

salvaguardarne la salute fisica e la morale e, specialmente, di assisterla nella sua funzione di “custode” dei valori tradizionali africani (art. 18, paragrafi 1 e 2), dall’altro si afferma la necessità di tutelare la salute come diritto individuale nell’art. 16 della Carta africana dei diritti dell’uomo e dei popoli.

Al diritto individuale alla tutela della salute corrispondono obblighi positivi in capo agli Stati, la cui attuazione è condizionata dalle risorse disponibili dagli Stati e rivela quindi un carattere progressivo, come nel caso della *Sanità mentale in Gambia*, nell’ambito del quale la Commissione non ha riscontrato alcuna violazione della Carta⁶⁷. Grazie all’interpretazione della Commissione, in altri casi, il diritto alla salute, come sancito dall’art. 16 della Carta, ha costituito la premessa per affermare la necessità di tutelare altri diritti, come nel caso degli *Ogoni*, abitanti dell’Ogoniland, territorio della Nigeria ricco di risorse petrolifere, che lamentavano la violazione di numerosi diritti in seguito alle attività estrattive poste in essere da due multinazionali (una nigeriana e l’altra olandese), rispetto ai quali la Commissione, nella Relazione finale, ha introdotto la tutela del diritto all’abitazione e al cibo, deducendo il primo da una lettura combinata delle norme poste a garanzia del diritto alla proprietà privata (art. 14), del diritto alla salute (art. 16), e del diritto alla tutela della vita familiare (art. 18)⁶⁸.

Relativamente alla tutela della salute delle donne migranti, rileva il Protocollo sui diritti delle donne in Africa, adottato durante la Conferenza dei Capi di Stato e di Governo dell’1 luglio 2003 a Maputo, ed in vigore dal 25 novembre 2005⁶⁹. Tale atto mira a prevedere la parità

⁶⁷ Commissione africana dei diritti dell’uomo e dei popoli, Comunicazione n. 241/2001, *Purhoit e Moore c. Gambia*, rapporto del 29 maggio 2003, par. 84.

⁶⁸ Commissione africana dei diritti dell’uomo e dei popoli, *Comunicazione 155/96, Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) and Centre for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria*, rapporto del 27 ottobre 2001, par. 60.

⁶⁹ *Protocol to the African Charter on Human and Peoples Rights on the Rights of Women in Africa*, O.A.U. Doc. CAB/LEG/66, del 13 settembre 2000. Sul punto v. F. BANDA, *Protocol to the African Charter on the rights of Women in Africa*, in M. EVANS ET AL. (eds.), *The African Charter on Human and Peoples’Rights: the System in Practice*, 2008, p. 40 ss.; A. DEL VECCHIO, *La tutela dei diritti delle donne nelle Convenzioni internazionali*, in T. VASSALLI DI DACHENHAUSEN (a cura di), *Il contributo di Luigi Sico agli studi di diritto internazionale e di diritto dell’Unione europea*, Napoli, 2011, p. 315 ss.

tra uomo e donna in tutte le sue disposizioni ed evidenzia una definizione molto ampia di “violenza nei confronti della donna”, includendovi non solo la violenza sessuale o la violenza di genere, ma anche tutti gli atti privativi della libertà personale (art. 1, lett. j). Il Protocollo obbliga gli Stati aderenti a favorire l’eliminazione di pratiche connaturate al modello culturale africano e incidenti sul diritto alla salute delle donne, quali ad es. le mutilazioni genitali femminili, e tutela la salute femminile e il controllo del corpo e dell’apparato riproduttivo all’art. 14⁷⁰.

Il par. 2 dell’art. 14 prevede la possibilità che gli Stati adottino misure rivolte a proteggere i diritti riproduttivi delle donne “*by authorising medical abortion in cases of sexual assault, rape, incest, and where continued pregnancy endangers the mental and physical health of the mother or the life of the mother or the foetus*”. Si tratta di una disposizione che codifica, a livello internazionale, il diritto delle donne all’aborto, in presenza delle circostanze indicate nella norma, con evidenti effetti benefici sulla tutela della salute femminile, diversamente compromessa dalla pratica di aborti clandestini, che ricorre di solito in presenza di leggi nazionali rivolte a vietare l’aborto o a criminalizzarlo. Il riferimento al danno alla salute della donna, da intendersi anche come salute morale, come condizione per richiedere l’aborto è possibile grazie all’evoluzione interpretativa realizzata dagli organi delle Nazioni Unite a partire dall’*International Conference on Population and Development*⁷¹, in cui si afferma che la libertà nella decisione di intraprendere una gravidanza e di diventare madre è fondamentale per la salute mentale e fisica femminile⁷².

⁷⁰ Norma rispetto alla quale sono state formulate diverse riserve da parte di Burundi, Libia, Ruanda, Senegal, Sudan.

⁷¹ *United Nations, Population and Development, Programme for Action Adopted at the International Conference on Population and Development, Cairo 5-13 Sept. 1994, Doc. ST/ESA/SERA/149.*

⁷² *United Nations, Population and Development, Programme for Action, adopted at the International Conference on Population and Development, Cairo 5-13 Sept. 1994, cit., par. 7.2.* Sul punto si v. C.G. NGWENA, *Protocol to the African Charter on the Rights of Women: Implications for access to abortion at the regional level*, in *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 2010, p. 163.

Sulla codificazione del diritto all'aborto appare pertanto evidente l'influenza degli organi di monitoraggio delle Nazioni Unite, che hanno supportato tale diritto, già tramite le raccomandazioni rivolte a liberalizzare e ad abrogare le leggi nazionali restrittive in materia, che soprattutto nei Paesi dell'Africa sub-sahariana si sono rivelate tra le cause degli aborti clandestini con rischio di morte incrementale, documentato dall'Organizzazione mondiale della Sanità (680 donne morte su 100.000 aborti, rispetto al numero comunque elevato di 330 donne morte su 100.000 aborti nei paesi in via di sviluppo)⁷³. In molti casi, nelle *Concluding Observations*, il Comitato CEDAW ha raccomandato la liberalizzazione e la depenalizzazione delle leggi sull'aborto come oggetto dell'obbligo degli Stati di proteggere i diritti fondamentali delle donne, quali il diritto alla vita, alla salute, all'uguaglianza e al divieto di discriminazione, come ad es. nel caso dello Zimbabwe nel 1998⁷⁴. Anche il Comitato sui diritti umani è intervenuto rispetto all'ordinamento del Gambia nell'ambito del quale, ancora nel 2004, era in vigore una legge che criminalizzava l'aborto anche quando la vita della gestante era in pericolo o la richiesta dello stesso era motivata da una violenza sessuale, e pertanto il Comitato promuoveva l'introduzione di adeguate eccezioni a tutela dei diritti fondamentali delle donne⁷⁵.

Tali indicazioni appaiono essere recepite, seppure entro atti di *soft law*, come ad esempio l'*African Common Position*, che sottolinea come la gestione delle migrazioni non debba frammentare la tutela dei diritti fondamentali dei rifugiati⁷⁶, la *Joint Africa – EU Declaration on migration and Development*, rivolta a promuovere la tutela dei diritti fondamentali dei migranti⁷⁷, la *Declaration Africa and Migration*, in cui un

⁷³ WHO, *Unsafe Abortion: global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2003*, Geneva, WHO, 2005.

⁷⁴ CEDAW, Committee, CEDAW/C/ZWE/1, 1998, par. 159.

⁷⁵ Human Rights Committee, CCPR/CO/75/GMB, 2004, par. 17.

⁷⁶ African Union Executive Council, *African Union Common position on migration and development*, 2006, https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbd1486/files/2018-07/african_common_position_md.pdf.

⁷⁷ *Joint Africa - EU Declaration on migration and development*, Tripoli 22-23 Novembre 2006, https://au.int/sites/default/files/pages/32899-file-4_the_joint_africa_eu_declaration_on-migration_and_development_2006.pdf.

focus specifico è riservato alla salute dei migranti, esortando gli Stati di accoglienza ad assicurare agli stranieri gli stessi diritti fondamentali dei cittadini in termini di educazione e salute⁷⁸, e le numerose dichiarazioni approvate dai governi degli Stati africani per tutelare la salute dei migranti e dei rifugiati⁷⁹.

4.3. *La Carta araba dei diritti dell'uomo*

La Carta araba dei diritti dell'uomo, del 2004, prevede e tutela una serie di diritti fondamentali, tra i quali ricorre anche il diritto alla salute.

Tale diritto rileva, anche in questo atto, secondo la duplice dimensione collettiva ed individuale, essendo richiamata la tutela della salute pubblica come limite all'esercizio dei diritti politici (art. 24), della libertà religiosa (art. 30), e riconoscendosi all'art. 39 il diritto individuale alla salute.

Rispetto alla condizione femminile, la norma dell'art. 3 par. 3 della Carta prevede una disposizione che per le discriminazioni tra uomo e donna fa riferimento alla *Sharia*, stabilendo che uomini e donne sono uguali quanto a dignità umana, diritti e doveri, in un quadro di discriminazioni positive previste in favore delle donne dalla *Shari'ah* islamica, da altre leggi divine e dalle pertinenti leggi e strumenti giuridici. Pertanto, seguendo la regola in base alla quale nel Corano le donne sono uguali agli uomini, ma poiché hanno un ruolo particolare nella famiglia e nella società, devono sottostare a una serie di prescrizioni nell'abbigliamento, nella frequentazione e anche nelle cure mediche (ad es. essere visitate da un medico dello stesso sesso), non è chiaro come tale regola della Carta araba, per quanto limitata nella sua porta-

⁷⁸ African Parliamentary Union, *Africa and Migration: Challenges, problems and solutions, Final Declaration*, 2008, <http://archive.ipu.org/splze/rabat08/declaration.pdf>.

⁷⁹ Ad es. l'Abuja Declaration on HIV/AIDS, tuberculosis and other related infectious diseases, 200, <https://au.int/sites/default/files/pages/32894-file-2001-abuja-declaration.pdf>. Ministry of Health meeting, *Catalytic Framework To End Aids, Tb And Eliminate Malaria In Africa By 2030*, 2016, https://au.int/sites/default/files/newsevents/workingdocuments/27513-wdsa16949_e_catalytic_framework.pdf.

ta applicativa da organi di monitoraggio (Corte, Comitato), che però non sono competenti ad esaminare ricorsi individuali, possa assicurare un'effettiva tutela alla salute delle donne, nei Paesi entro i quali vigono discipline che ad es. escludono che le donne possano essere visitate da un medico di sesso maschile, senza il consenso del loro padre, fratello, marito.

Alcune criticità si profilano inoltre nell'effettiva attuazione della regola secondo la quale le donne non possono viaggiare senza il marito, il padre o il fratello, da risolvere conciliando le norme internazionali con le norme nazionali degli Stati membri, secondo quanto prevede l'art. 43 della Carta⁸⁰.

Profili problematici complessi derivano poi dalla previsione dell'art. 39 della Carta, che afferma che le misure adottate dagli Stati membri per garantire il diritto alla salute devono includere la soppressione delle pratiche tradizionali che sono dannose alla salute degli individui; dovrebbero pertanto essere vietate, secondo quanto stabilito dalle Nazioni Unite, le mutilazioni genitali femminili, l'infanticidio femminile, la gravidanza precoce, la violenza contro le donne⁸¹.

4.4. *Il sistema europeo di tutela dei diritti umani. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*

Nell'ambito della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, non vi è una disposizione specifica che tuteli il diritto alla salute, ma la Corte europea dei diritti dell'uomo lo ha indirettamente garantito, applicando alcune norme della Convenzione (artt. 2, 3 e 8). Grazie all'art. 14 della Convenzione viene inoltre assicurato il diritto a non essere discriminati per ragioni legate alla condizione fisica o mentale⁸². In linea

⁸⁰ M.Y. MATTAR, *Article 43 of the Arab Charter on Human rights: reconciling national, regional and international standard*, in *Harvard Human Rights Law Journal*, 2013, p. 110.

⁸¹ U.N. Office of the High Commissioner for Human Rights, Fact Sheet No. 23, *Harmful Traditional Practices Affecting the Health of Women and Children*, 1995, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet23en.pdf>.

⁸² Si v. in generale sul punto D. J. HARRIS, M. O' BOYLE, E. P. BATES, C. M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, V ed., Oxford, 2023, p. 543 ss.

generale, la Corte di Strasburgo afferma di non valutare in astratto la politica sanitaria dello Stato contraente⁸³, ma di considerare in concreto e nelle specifiche circostanze di ogni singolo caso, l'idoneità di tale politica a proteggere l'integrità psico-fisica delle persone soggette alla giurisdizione dello Stato, ad assicurare un accesso non discriminatorio alle cure mediche e a garantire rimedi effettivi ove gli obblighi positivi incombenti allo Stato non vengano correttamente attuati⁸⁴.

Più specificamente, la Corte di Strasburgo ha ricondotto il diritto all'assistenza sanitaria ad un aspetto dell'integrità morale e fisica dell'individuo, facendolo pertanto rientrare nell'ambito di applicazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), ritenendo che "*the right to effective respect for the physical and psychological integrity*" sia elemento essenziale della vita privata di ogni persona⁸⁵. Grazie all'art. 8 della Convenzione di Roma, molte questioni eticamente sensibili sono state sottoposte al giudizio della Corte, quali ad esempio quelle relative alla salute sessuale e riproduttiva femminile⁸⁶, e quelle riguardanti l'inizio e la fine della vita di ogni individuo⁸⁷. In altre situa-

⁸³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 13 novembre 2012, ricorso n. 47039/11 e 358/12, *Hristozov e a. c. Bulgaria*, par. 105.

⁸⁴ Si v. ad es. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 10 maggio 2001, ricorso n. 25781/94, *Cipro c. Turchia*, par. 219; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 marzo 2002, ricorso n. 65653/01, *Nitecki c. Polonia*, par. 53; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 9 aprile 2013, ricorso n. 13423/09, *Mehmet Sentürk c. Turchia*, parr. 95-97.

⁸⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 6 febbraio 2001, ricorso n. 44599/98, *Bensaid c. Regno Unito*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 16 dicembre 2010, ricorso n. 25579/05, *A, B e C. c. Irlanda*, § 245.

⁸⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 20 marzo 2007, ricorso n. 5410/03, *Tysiac c. Polonia*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 28 novembre 2011, ricorso n. 27617/04, *R. R. c. Polonia*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 30 gennaio 2013, ricorso n. 57375/05, *P. e S. c. Polonia*: in questi casi la Corte considera la mancanza di informazioni adeguate o il mancato accesso a una procedura di aborto legale in Polonia una violazione dell'art. 8 della Convenzione europea.

⁸⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 29 aprile 2002, ricorso n. 2346/02, *Pretty c. Regno Unito* (suicidio assistito); Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 4 dicembre 2007, ricorso n. 4362/04, *Dickson c. Regno Unito*, par. 66; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 28 agosto 2012, ricorso n., 54270/10, *Costa Pavan c. Italia*, par. 57; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 ago-

zioni, la Corte ha riconosciuto la responsabilità di uno Stato membro nel violare il diritto alla vita (art. 2), per il fatto che le autorità nazionali avessero messo a rischio la vita di una persona, negandole, tramite azioni od omissioni l'assistenza sanitaria individuale di cui può invece generalmente usufruire la popolazione⁸⁸. L'art. 3 della Convenzione europea è stato richiamato nei casi in cui uno Stato non riesca a fornire adeguati trattamenti medici⁸⁹, o non protegga la salute dei detenuti⁹⁰.

Per quanto riguarda il diritto alla salute dei migranti, si è evidenziata la difficile applicazione delle cure mediche come scudo contro l'espulsione; solo in casi limitati e in presenza di circostanze molto gravi è stato richiamato l'art. 3 della Convenzione europea quale norma rivolta a definire la responsabilità di uno Stato che aveva autorizzato l'allontanamento di uno straniero malato terminale in un Paese in cui, in assenza di cure mediche e in ragione della drammaticità della situazione presente in tale ambito, sarebbe stato sottoposto a un trattamento disumano e poi a morte certa⁹¹. A partire da tale caso, la Corte ha sviluppato una giurisprudenza in cui la tutela della salute ricorre nel divieto di *refoulement* desunto dall'art. 3 della CEDU in presenza di

sto 2015, ricorso n. 46470/11, *Parrillo c. Italia*, par. 158-159 (procreazione medicalmente assistita).

⁸⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 4 maggio 2000, ricorso n. 45305/99, *Powell c. Regno Unito*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 30 novembre 2004, ricorso n. 48939/99, *Öneryıldız c. Turchia*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 23 giugno 2010, ricorso n. 4864/05, *Oyal c. Turchia*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 9 aprile 2013, ricorso n. 13423/09, *Mehmet Sentürk c. Turchia*, par. 95-97; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 17 luglio 2014, ricorso n. 47848/08, *Centre for Legal Resources on Behalf of Valentin Campeanu c. Romania*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 15 dicembre 2015, ricorso n. 56080/13, *Lopes De Sousa Fernandes c. Portogallo*.

⁸⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 giugno 2000, ricorso n. 22277/93, *Ilban c. Turchia*, par. 87.

⁹⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 3 aprile 2001, ricorso n. 22229/95, *Keenan c. Regno Unito*, par. 91, sulla mancanza di cure mediche effettive in caso di suicidio; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 23 marzo 2016, ricorso n. 47152/06, *Blokhin c. Russia*, sulla tutela della salute di un minore in stato di detenzione.

⁹¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 2 maggio 1997, ricorso n. 30240/96, *D. c. Regno Unito*.

tre circostanze: a) la gravità e lo stadio della malattia; b) la disponibilità e accessibilità di cure mediche nello Stato di destinazione; c) la disponibilità, entro tale Stato di assistenza familiare o sociale.

Con riferimento alla gravità della malattia, non vi è alcuna violazione imputabile allo Stato, dal momento che il malato terminale rischia di morire per cause oggettive⁹².

Nelle ipotesi di mancanza di cure mediche nello Stato di destinazione, rileva invece la responsabilità diretta o indiretta dello Stato nell'accesso alle stesse, che ha ad esempio indotto la Corte ad escludere la violazione dell'art. 3 nel caso in cui una prassi discriminatrice dello Stato non fosse stata accertata⁹³; al contrario, vi può essere responsabilità dello Stato di destinazione nel caso di un estradato che rischi di essere sottoposto a un trattamento carcerario incompatibile con le sue patologie⁹⁴.

In altri casi, la semplice prova della possibilità di una qualche forma di trattamento medico nel paese d'origine è stata dalla Corte ritenuta sufficiente ad escludere la violazione dell'art. 3 della Convenzione, come nel caso dell'espulsione di un soggetto schizofrenico a rischio suicidio⁹⁵, di una donna kosovara affetta da depressione secondaria cronica⁹⁶, di persone affette da HIV⁹⁷, come la donna ugandese espulsa

⁹² Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 2 maggio 1997, ricorso n. 30240/96, *D. c. Regno Unito*: nel caso, il rischio di danno per lo straniero, malato terminale, assume rilievo sulla base di circostanze oggettive.

⁹³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 febbraio 2015, ricorso n. 1412/12, *M. T. c. Svezia*, par. 50.

⁹⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 16 aprile 2013, ricorso n. 17299/12, *Aswat c. Regno Unito*: nel caso l'extradizione del ricorrente negli USA lo avrebbe esposto a un aggravamento della schizofrenia paranoide di cui lo stesso era affetto in ragione della prevista detenzione in condizioni di massima sicurezza.

⁹⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 6 maggio 2001, ricorso n. 44599/98, par. 37, *Bensaid c. Regno Unito*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 14 aprile 2015, ricorso n. 65692/12, par. 46, *Tatar c. Svizzera*, nell'ambito della quale la Corte non approfondisce la comparazione tra le cure offerte al ricorrente in Svizzera e in Turchia, ma si accontenta del fatto che il ricorrente sarebbe stato comunque sottoposto a cure in Turchia.

⁹⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 25 novembre 2014, ricorso n. 35226/11, *V.S.e altri c. Francia*, nel caso la depressione era stata diagnosticata come conseguenza delle violenze sessuali subite dalla ricorrente nel suo Paese d'origine.

dal Regno Unito, nonostante avesse lamentato la circostanza che i farmaci per curare la sua malattia non fossero accessibili per l'alto costo e per la mancanza di un adeguato sistema di assistenza sanitaria, in ragione della situazione dello Stato di origine⁹⁸.

La mancanza di assistenza familiare e/o sociale nello Stato d'origine viene considerata un criterio utile per valutare la violazione dell'art. 3, ma non ha mai assunto un rilievo autonomo, come nel caso in cui il richiedente, un invalido che aveva subito l'amputazione di una gamba per l'esplosione di una bomba in Afghanistan, non lamentava l'assenza di cure mediche, ma il rischio di subire un trattamento disumano e degradante per la mancanza di una famiglia che lo sostenesse; la Corte tuttavia rigettò il ricorso, ritenendo che il richiedente non fosse riuscito a fornire la prova delle "circostanze eccezionali" cui sarebbe stato esposto al rientro in Afghanistan e che avrebbero potuto prevenire il suo allontanamento dal Regno Unito⁹⁹.

Ad una diversa valutazione delle "circostanze eccezionali", che possono influire sulla salute del migrante respinto, è pervenuta la Grande Camera della Corte europea, anche grazie alle opinioni dissenzienti e separate di alcuni giudici¹⁰⁰, nel caso *Paposhvili c. Belgio*¹⁰¹, concernente un cittadino georgiano, malato di leucemia linfatica cronica e di tubercolosi, che per effetto dell'espulsione per i precedenti penali, avrebbe visto aggravarsi il proprio stato di salute fino alla morte: in tal caso, la Corte evidenzia nuovi criteri per la violazione di cui all'art. 3, riferendosi, da un lato, alla mancanza o inaccessibilità di un trattamento sanitario, e, dall'altro lato, al nesso causale tra tale circo-

⁹⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 20 dicembre 2011, ricorso n. 10486/10, *Yob-Ekale Mwanje c. Belgio*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 10 maggio 2012, ricorso n. 34724/10, *E. O. c. Italia*.

⁹⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 maggio 2008, ricorso n. 26565/05, *N. c. Regno Unito*.

⁹⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 29 gennaio 2013, ricorso n. 60367/10, *S.H.H. c. Regno Unito*.

¹⁰⁰ Sul punto si v. in generale: G. CARELLA, *Il divieto di allontanamento dello straniero per ragioni di salute e il c.d. Decreto Salvini*, in *Liber amicorum A. Davì*, Napoli, 2019, p. 473.

¹⁰¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 13 dicembre 2016, ricorso n. 41738/10, *Paposhvili c. Belgio*, parr. 181, 193.

stanza e un peggioramento grave e irreversibile delle condizioni di salute, causa di intensa sofferenza o di riduzione dell'aspettativa di vita.

4.5. Segue. *La Carta Sociale europea*

L'affermazione della necessità di tutelare il diritto alla salute è stata specificamente codificata nella Carta sociale europea del 1996¹⁰², all'art. 11, ove però tale diritto rimane soggetto al regime opzionale come previsto dalla Parte III della Carta¹⁰³.

¹⁰² Carta sociale europea, Strasburgo, 3 maggio 1996, in *ETS* n. 163. Tale atto rappresenta il punto di arrivo di un processo di revisione della Carta, originariamente adottata a Torino il 17 ottobre 1961. Tale processo, segnato in maniera decisiva dai tre Protocolli del 1988, 1991, e 1995, ha condotto alla Carta sociale "riveduta" del 1996, che ha aggiunto altri importanti diritti a quelli già presenti nella Carta originaria, realizzando il sistema di protezione dei diritti sociali più evoluto ed esteso nel contesto giuridico internazionale attuale. Non tutti gli Stati parti alla Carta del 1961 hanno ratificato la Carta riveduta: ad oggi (ultimo accesso 27 marzo 2023), 42 Stati europei sono parti alla Carta del 1996 e 7 sono ancora parti della Carta del 1961, <https://www.coe.int/fr/web/european-social-charter/signatures-ratifications>. L'art. 11 sul diritto alla salute è tuttavia presente, con la stessa previsione, in entrambe le versioni della Carta. Sulla Carta si v. in generale: J.F. AKANDJI, KOMBÉ, S. LECLERC (eds.), *La Charte Sociale Européenne (Actes des Premières Rencontres Européennes de Caen organisées à Caen, le 17 mars 2000)*, Bruxelles 2001; J. DARCY, D. HARRIS, *The European Social Charter*, 2d ed., New York, 2001; O. DE SCHUTTER (ed.), *The European Social Charter: A Social Constitution for Europe*, Bruxelles, 2010; M. D'AMICO, G. GUGLIA (eds.), *European Social Charter and the Challenges of the XXI Century*, Napoli, 2014; G. PALMISANO, *L'obbligo dello Stato di tutelare il diritto alla salute ai sensi della Carta Sociale Europea*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, Napoli, 2017, p. 189 ss.

¹⁰³ Secondo l'art. A della Parte III della Carta del 1996, ogni Stato parte si impegna: "(...) b) to consider itself bound by at least six of the following nine articles of Part II of this Charter: Articles 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 and 20; c) to consider itself bound by an additional number of articles or numbered paragraphs of Part II of the Charter which it may select, provided that the total number of articles or numbered paragraphs by which it is bound is not less than sixteen articles or sixty-three numbered paragraphs". L'Armenia è l'unico Paese a non aver accettato l'art. 11 della Carta sociale, sulla base della incapacità attuale a garantire a tutta la popolazione l'accessibilità e la sostenibilità economica di tutte le cure sanitarie, <https://rm.coe.int/table-esc-coe-eu-provisions/1680aa6508>.

Il contenuto del diritto alla salute è stato inoltre definito in via interpretativa dal Comitato europeo dei diritti sociali (d'ora in avanti CEDS) – organo di controllo della Carta sociale – che ha chiarito le implicazioni dell'obbligo dello Stato di garantire la salute, sia nell'ambito della valutazione dei rapporti presentati periodicamente da parte degli Stati, sia nel quadro dell'esame e della decisione di alcuni “reclami collettivi” presentati contro gli Stati per violazione dell'art. 11¹⁰⁴. Secondo tale norma, gli Stati si impegnano ad assicurare l'esercizio effettivo del diritto alla salute, così come definito dalla Costituzione dell'OMS accettata da tutti gli Stati membri¹⁰⁵, mediante l'adozione di misure volte a: “1. *To remove as far as possible the causes of ill-health*; 2. *To provide advisory and educational facilities for the promotion of health and the encouragement of individual responsibility in matters of health*; 3. *To prevent as far as possible epidemic, endemic and other diseases, as well as accidents*”.

La rilevanza del diritto individuale all'assistenza sanitaria incide solo parzialmente sulla dimensione collettiva e generale della tutela della Carta Sociale europea del diritto alla salute, inteso con riguardo agli obblighi dello Stato di assicurare alla popolazione il migliore stato di salute possibile¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Il Comitato europeo dei diritti sociali è un organo composto da 15 esperti indipendenti eletti dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. Esso ha competenza in tema di valutazione periodica dei rapporti presentati dagli Stati sull'attuazione della Carta nel loro ordinamento e nella prassi interna (*reporting procedure*), al termine della quale il Comitato può adottare “conclusioni di conformità” o di “non conformità” della situazione presente nello Stato per ogni disposizione esaminata, ed in tema di “reclami collettivi” nei confronti degli Stati che abbiano accettato tale procedura. Il mancato rispetto della Carta da parte di uno Stato parte alla stessa può essere rilevato, con riguardo a situazioni specifiche, da parte di organizzazioni sindacali internazionali o nazionali, e da parte di organizzazioni non governative dotate di *status* consultivo presso il Consiglio d'Europa. Attualmente solo 16 Stati hanno accettato tale procedura e solo la Finlandia ha accettato la possibilità che siano presentati reclami anche da ONG nazionali rappresentative e competenti nel settore oggetto del reclamo.

¹⁰⁵ Ovvero come “*the state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity*”, vd. European Committee of Social Rights, *Conclusions 2005, Statement of Interpretation on Article 11*.

¹⁰⁶ G. PALMISANO, *L'obbligo dello Stato di tutelare il diritto alla salute*, cit., p. 191.

Garantire alla popolazione il miglior stato di salute possibile impone agli Stati l'obbligo di organizzare un sistema sanitario in grado di corrispondere ai rischi sanitari evitabili¹⁰⁷; per valutare l'adempimento di tale obbligo, vengono in considerazione vari indicatori statistici, quali la speranza di vita, le cause di mortalità, il tasso di mortalità infantile (entro il primo anno di vita), e materno (durante la gravidanza o entro 42 giorni dal termine). Il CEDS constata spesso situazioni di non conformità in molti Stati europei, come ad es. nelle Conclusioni del 2021, nell'ambito delle quali, tra l'altro, i dati relativi alla speranza di vita evidenziano notevoli differenze tra uomini e donne, tra regioni, aree urbane e rurali, livelli di istruzione e di reddito¹⁰⁸.

Il CEDS sottolinea, inoltre, l'importanza della sostenibilità economica dell'accesso alle cure sanitarie, puntualizzando l'obbligo esistente in capo agli Stati di assicurare le cure mediche indipendentemente dalle risorse economiche degli individui malati, con la conseguente necessità che i costi siano sostenuti, almeno in parte, dalla comunità statale¹⁰⁹, e ribadendolo anche all'esito dei complessi effetti della crisi economica globale¹¹⁰. Ciò nonostante, i complessi effetti della crisi economica globale e la pandemia da Covid 19 hanno evidenziato molti casi di non conformità con lo standard di tutela della salute previsto dalla Carta Sociale europea, proprio a causa della mancanza di risorse con conseguenti discriminazioni ed inaccessibilità ai servizi essenziali per le fasce più deboli della popolazione (poveri, anziani, donne, minori).

L'art. 13 della Carta prevede poi il diritto all'assistenza medica, che viene ritenuto applicabile ai migranti in situazione irregolare. Nel caso *FIDH c. Francia*¹¹¹, la Federazione internazionale dei diritti umani aveva sostenuto che la Francia avesse violato il diritto all'assistenza medi-

¹⁰⁷ European Committee of Social Rights, *Conclusions XV-2 (2001), Denmark*.

¹⁰⁸ Consiglio d'Europa, *ECSR conclusions 2021, Several problems relating to health and social protection still persist in Europe*, 2022, <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/-/several-problems-relating-to-health-and-social-protection-still-persist-in-europe>.

¹⁰⁹ European Committee of Social Rights, *Conclusions I (1969), Statement of Interpretation on Article 11*.

¹¹⁰ European Committee of Social Rights, *Conclusions 2009, General Introduction*.

¹¹¹ European Committee of Social Rights, *Federazione internazionale dei diritti umani c. Francia (FIDH)*, ricorso n. 14/2003, 8 settembre 2004.

ca ponendo fine all'esenzione delle cure medico-ospedaliere per i migranti in situazione irregolare e con redditi molto bassi. Nel caso di specie, la ricorrente aveva sostenuto che il diritto dei bambini alla protezione sociale, giuridica, economica fosse stato violato da una riforma del 2002 che limitava l'accesso ai servizi medici per i minori migranti in situazione irregolare. Il CEDS ha affermato che, nonostante la Carta Sociale Europea sancisca dei diritti che possono essere garantiti solo agli stranieri che sono cittadini di altri Stati membri aderenti alla CSE e che risiedono legalmente o lavorano sul territorio nazionale, essa deve essere interpretata in maniera finalistica e alla luce dei principi della dignità umana individuale, con riguardo ai minori da tutelare ai sensi dell'art. 17, mentre per i migranti adulti non ha riscontrato una violazione dell'art. 13, potendo i migranti irregolari accedere a qualche forma di assistenza medica dopo tre mesi di soggiorno, ed essendo sempre disponibile l'assistenza medica in caso di "emergenze e affezioni potenzialmente letali".

Più in generale, il CEDS, riconoscendo il diritto alla salute come presupposto per il godimento di altri diritti fondamentali, quali la dignità umana¹¹², il diritto alla vita, nonché il divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti¹¹³, ha progressivamente dedotto che, in deroga all'Annesso alla Carta sociale, che delimita l'applicazione della tutela del diritto alla salute in capo agli Stati rispetto "ai cittadini di altri Paesi che risiedono legalmente o lavorano regolarmente nel territorio dello Stato", il diritto di accesso alle cure sanitarie deve essere garantito anche alle persone non letteralmente previste da tale norma, come i migranti irregolari, gli stranieri non europei compresi i minori non accompagnati¹¹⁴. Una diversa lettura sarebbe in contrasto con l'interpretazione teleologica della Carta e con la necessità di coordinare la sua operatività con le regole generali del diritto internazionale¹¹⁵.

¹¹² European Committee of Social Rights, *Internationalb Federation of Human Rights Leagues (FIDH) c. Francia* (com. 14/2003), decisione 3 novembre 2004, par. 31.

¹¹³ European Committee of Social Rights, *Conclusions 2005, Statement of Interpretation on Article 11*.

¹¹⁴ European Committee of Social Rights, *Conclusions 2004, Statement of Interpretation – Personal Scope of the Charter*.

¹¹⁵ European Committee of Social Rights, *Défense des Enfants International (DEI) c. Belgio* (com. 69/2011), decisione 23 ottobre 2012, par. 28 ss.

5. *Gli stranieri non comunitari e l'accesso al sistema sanitario in Italia*

Alla luce di quanto previsto dagli atti internazionali e dall'evoluzione della relativa prassi interpretativa, può essere valutata la disciplina italiana concernente l'accesso degli stranieri al sistema sanitario¹¹⁶, come configurata a livello nazionale e, dal punto di vista organizzativo, dalla legislazione regionale, la "tutela della salute" rientrando fra le materie di competenza concorrente fra Stato e Regioni¹¹⁷. Ora, che i diritti fondamentali spettino anche agli stranieri è assunto ormai assodato, sia alla stregua dell'interpretazione del testo costituzionale (art. 2 Cost), sia alla stregua delle fonti internazionali sui diritti dell'uomo, e altrettanto può dirsi per il diritto alla salute.

Fra l'altro, l'art. 32, oltre a non circoscrivere la titolarità del diritto al solo cittadino, nel sancirne il carattere fondamentale sembra difficile da assoggettare ad una lettura restrittiva, se dell'aggettivo si dà un'interpretazione che lo colleghi, da una parte, ai diritti inviolabili dell'uomo, che la Repubblica riconosce nel loro insieme (art. 2 Cost.); dall'altra al concetto di pari dignità di cui all'art. 3 Cost.: tutti elementi convergenti nel farne un tratto essenziale – per l'appunto "fondamentale" – della nostra forma di Stato democratico sociale.

In questa direzione si è mosso il legislatore nazionale, attraverso il testo unico sull'immigrazione (d.lgs. 286/1998, d'ora in avanti TUI), che, oltre ad equiparare al cittadino lo straniero, "comunque presente alla frontiera o sul territorio dello Stato", nel godimento dei diritti

¹¹⁶ In questa sede ci si limiterà alla categoria di non cittadini maggiormente vulnerabile, e, come si vedrà, oggetto di perenne "attenzione" da parte del legislatore, ovvero quella degli stranieri non europei, prendendo altresì in considerazione le sole fonti interne rilevanti in materia.

¹¹⁷ Cfr. sul punto il Decreto legislativo del 25 luglio 1998, n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, in GU del 19 agosto 1998, n. 191, artt. 34, 35 e 36, nonché il relativo regolamento di attuazione (artt. 42, 43, 44 del d.P.R. 31 agosto 1999, 394, *Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'articolo 1, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286*, in GU del 3 novembre 1999, n. 190). Sul riparto della potestà legislativa in materia sanitaria, cfr. D. MORANA, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2018, n. 1, pp. 1-25.

fondamentali previsti dalla normativa interna ed internazionale (art. 2, comma 1), delinea una disciplina specifica proprio per ciò che attiene alla “materia sanitaria” (Capo I, Titolo V), in cui sussiste una sorta di gradazione a seconda della posizione dello straniero, muovendosi da una tutela piena, o comunque parametrata a quella riconosciuta all’italiano, ad una più ridotta per lo straniero non legalmente soggiornante.

Per gli stranieri regolarmente presenti vale infatti l’obbligo di iscrizione al servizio sanitario nazionale, nonché l’obbligo di copertura sanitaria mediante iscrizione volontaria al Servizio sanitario nazionale o polizza assicurativa. Si delineano quindi due categorie, a seconda del titolo di soggiorno posseduto dall’interessato. La prima – quella degli obbligati all’iscrizione, cui consegue piena parità di diritti e doveri rispetto al cittadino italiano – è quella maggiormente comprensiva, posto che molti sono i permessi di soggiorno contemplati dall’art. 34, commi 1 e 2, TUI (lavoro, protezione internazionale, minori non accompagnati, in attesa di adozione, persone richiedenti la cittadinanza, cure mediche, per fare alcuni esempi¹¹⁸), oltre che da altre specifiche disposizioni¹¹⁹.

¹¹⁸ Va altresì evidenziata la portata interpretativo-integrativa assunta sul punto dall’Accordo siglato in Conferenza Stato Regioni nel 2012, contenente *Indicazioni per la corretta applicazione della normativa per l’assistenza sanitaria alla popolazione straniera*, successivamente recepito da molte Regioni (cfr. ad es. l’art. 21 della legge regionale Friuli Venezia Giulia del 9 dicembre 2015, n. 31, pubblicata nel BUR del 9 dicembre 2015, n. 46), ma non da tutte (ad es. non dal Veneto come evidenziato da Corte di Appello di Venezia, sentenza del 15 aprile 2022, n. 429, con cui accerta la natura discriminatoria del divieto, opposto da un’azienda sanitaria della Regione, di iscrizione obbligatoria al SSN del genitore straniero ultrasessantacinquenne convivente con il figlio italiano, in violazione di norme primarie ma anche dell’Accordo in questione): accordo finalizzato a scongiurare il ripetersi delle difformità riscontrate nell’applicazione del Testo unico nelle varie Regioni, posto che esse finiscono per tradursi in lesioni di un diritto fondamentale.

¹¹⁹ Altri titoli possono individuarsi in base a diverse fonti normative, come nel caso dei detenuti, ai sensi dell’art. 1 del decreto legislativo del 2 giugno 1999, n. 230, *Riordino della medicina penitenziaria, a norma dell’articolo 5 della legge 30 novembre 1998, n. 419*, in GU del 10 luglio 1999, n. 165, o in base ad interpretazioni estensive (così per i permessi per motivi di salute in caso di scadenza di precedente titolo e sovrappiù malattia che non consenta di lasciare il paese, stando alla Circolare inter-

Come appena ricordato, non sempre la presenza legale sul territorio si risolve nella necessità di iscrizione al Servizio sanitario nazionale, residuando ipotesi in cui ciò che preme al legislatore è che un'assicurazione sanitaria comunque sussista, che si tratti di quella pubblica, mediante iscrizione al SSN o che consista invece nella stipula di una polizza assicurativa per malattia, infortunio e gravidanza. L'individuazione di questa ulteriore categoria in parte avviene in maniera espressa, in parte per differenza. Nel primo ambito rientrano gli stranieri entrati in Italia per motivi di studio e quelli collocati alla pari (art. 34, comma 4, TUI), indipendentemente dalla durata del soggiorno. Nel secondo tutti gli altri, quale che sia il (non menzionato) titolo di ingresso e permanenza, purché però quest'ultima si protragga per oltre tre mesi (art. 34, comma 3, TUI e art. 42, comma 6, d.P.R. 394/1999)¹²⁰.

Qualora lo straniero sia invece in una situazione di irregolarità, gli vengono comunque assicurate, presso le strutture pubbliche o private accreditate, "le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia e infortunio" (art. 35, comma 3, TUI e art. 43 d.P.R. 394/1999), oltre ad essere soggetto ai programmi di medicina preventiva a tutela della salute individuale e collettiva.

Il diritto all'assistenza sanitaria, in quanto fondamentale, spetta quindi alla persona come tale, cittadino italiano o no che sia, benché lo stato di irregolarità ne riduca la portata, sulla base dell'alternativo cri-

pretativa del 25 marzo 2000, n. 5, adottata dal Ministero della Sanità, recante *Indicazioni applicative del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero" - Disposizioni in materia di assistenza sanitaria*, in GU del 1 giugno 2000, n. 126).

¹²⁰ Così, ad esempio, per il personale religioso, i volontari, i ricercatori. Per una trattazione più estesa delle varie tipologie di permesso di soggiorno rilevanti ai fini del problema relativo alla copertura sanitaria dello straniero cfr. C. CORSI, *Il diritto alla salute alla prova delle migrazioni*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, n. 1, pp. 45-75. È altresì da ricordare che l'iscrizione volontaria al servizio sanitario nazionale è soggetta al preventivo pagamento di un contributo annuale, calcolato in proporzione al reddito dell'anno precedente, salvo che per gli studenti e i collocati alla pari, per i quali è stabilito in maniera forfettaria. È parimenti da tener presente che la durata dell'iscrizione corrisponde all'anno solare e decorre dal momento in cui è materialmente effettuata presso la struttura sanitaria di residenza (o domicilio) dell'interessato.

terio dell'urgenza della prestazione, o della sua essenzialità. "Urgenza", "essenzialità", anche "continuativa", dell'assistenza sono peraltro formule destinate ad acquisire significato al momento della loro interpretazione/applicazione, potendo estendersi o viceversa contrarsi, soprattutto in riferimento all'essenzialità della cura, trattandosi di locuzione "effettivamente non traducibile in significati univoci, oggettivi"¹²¹. Soccorrono le linee guida interpretative di matrice ministeriale che, per quanto non vincolanti all'esterno della pubblica amministrazione, trovano talora riscontro nella giurisprudenza. L'urgenza rimanda alle "cure che non possono essere differite senza pericolo per la vita o danno per la salute"¹²², il che peraltro non aggiunge molto al senso comune della locuzione. Essenziali sono invece le "prestazioni sanitarie, diagnostiche e terapeutiche, relative a patologie non pericolose nell'immediato e nel breve termine, ma che nel tempo potrebbero determinare maggiore danno alla salute o rischi per la vita (complicanze, cronicizzazioni o aggravamento)"¹²³.

Prevale un'interpretazione ampia dell'art. 35, comma 3, che consente alla struttura interessata di erogare una nutrita serie di prestazioni, anche a carattere continuativo, posto che, a fronte di una patologia, non sarà difficile diagnosticare possibili "complicanze" o "aggravamenti", che la rendano meritevole di cura. Dirimente è in ogni caso (cioè sia per l'urgenza che per le prestazioni essenziali) l'accertamento medico circa la natura del problema ed i conseguenti trattamenti sanitari, come la Corte Costituzionale ha esplicitamente affermato¹²⁴. Da questo punto di vista, la tutela dello straniero non legalmente soggiornante potrebbe trovare ostacolo in una prassi amministrativa restrittiva, favorita dall'incompletezza delle formule legislative utilizzate, ma non sembra sussistere un corrispondente contenzioso a dimostrarlo. Anzi, guardando (come si farà *infra*) alla giurisprudenza che si è affer-

¹²¹ A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003, n. 6, pp. 1063-1140.

¹²² Cfr. la Circolare del 2000, n. 5, cit., p. 41.

¹²³ Cfr. Circolare del 2000, n. 5, cit., p. 41. Simili formule sono state poi trasfuse nell'art. 63 dei LEA, approvati con D.P.C.M. *Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 50*, del 12 gennaio 2017, in GU del 18 marzo 2017, n. 65.

¹²⁴ Corte Costituzionale, sentenza del 5 luglio 2001, n. 252.

mata quanto ai casi di inespellibilità temporanea del migrante irregolare¹²⁵ e in tema di sindacato sul diniego del permesso di soggiorno per motivi di salute – che sono poi gli ambiti in cui le condizioni di salute sono giunte all’esame della magistratura – si coglie talora una sfasatura fra la tutela sanitaria *effettivamente* erogata all’interessato e quella ritenuta essenziale, nelle ipotesi dei trattamenti di mantenimento e di controllo, non funzionalmente correlati ad una precedente prestazione indifferibile, per questa ragione considerati estranei all’area coperta *ex art. 35*, e quindi inidonei a sospendere l’espulsione ai sensi dell’art. 19, comma 2, TUI.

Sul versante delle cure “essenziali”, va infine rilevato che è lo stesso art. 35, comma 3, a qualificare in questi termini l’intera gamma di trattamenti inerenti a determinate situazioni concernenti la persona, quali la gravidanza, la maternità, la minore età, situazioni in cui pertanto, data la natura onnicomprensiva della tutela garantita, sussiste parità di trattamento rispetto al cittadino (e ovviamente allo straniero regolare).

Le coordinate dell’urgenza e dell’essenzialità rappresentano la misura legislativa del nucleo irriducibile del diritto alla salute, affermatosi nella giurisprudenza costituzionale al fine di sottrarne una dimensione prestazionale – funzionale al rispetto della inviolabile dignità umana – al bilanciamento con altri interessi di rilievo costituzionale, fra i quali rientrano tanto l’equilibrio di bilancio quanto il controllo dei flussi migratori. In effetti, il testo unico sull’immigrazione sembra porsi in linea di continuità rispetto alle indicazioni emergenti dalla prassi, in cui la Corte lo ha opposto ad un uso irragionevole della discrezionalità legislativa. Sotto l’influsso dei casi concreti, esso ha preso forma proprio sui due versanti poi ripresi dall’art. 35: quello dell’urgenza della prestazione¹²⁶ e quello della sua indispensabilità, benché, in ipotesi, non si traduca in un trattamento indifferibile¹²⁷.

¹²⁵ L’art. 19 TUI contiene un elenco di ipotesi in presenza della quali l’espulsione non è consentita, fra le quali rientrano anche quelle di cui al comma secondo (minorenni, stranieri conviventi con parenti stretti italiani, donne in gravidanza e per i sei mesi successivi al parto e, per quel che rileva in questa sede, prima per implicito, poi espressamente, persone affette da patologie più o meno gravi, secondo le normative succedutesi nel corso del tempo).

¹²⁶ Cfr. Corte Costituzionale, sentenze del 7 luglio 1998 n. 267, e del 7 luglio 1999,

Proprio in tema di diritto alla salute dello straniero irregolare d'altronde, la Consulta ha avuto modo di pronunciarsi nel 2001 (con la nota sentenza n. 252) chiarendo che, in quanto persona presente sul territorio, egli beneficia del "nocciolo duro" del diritto in questione¹²⁸; che tale ambito comprende appunto le prestazioni urgenti ed essenziali, di cui parla l'art. 35, comma 3, il quale offre la misura legislativa del *quantum* costituzionalmente necessario ai sensi dell'art. 32 Cost.; che pertanto questa sfera di tutela non è "negoziabile", né cedevole rispetto ad altri interessi interferenti col fenomeno migratorio (quello – di ordine pubblico – al controllo sui flussi, al pari di quello attinente al contenimento della spesa pubblica). Benché ad essere impugnato nel caso di specie non fosse l'art. 35¹²⁹, la Corte avalla dunque, come conforme a Costituzione, la distinzione fra chi gode del solo nucleo essenziale e chi invece dispone di un'assistenza sanitaria di più ampia portata, pur lasciando perplessi il fatto che, per giustificarla, il Giudice delle leggi la ritenga attinente alle sole "modalità di esercizio" del diritto, disponibili, salvo il consueto limite della ragionevolezza, da parte del legislatore.

n. 309, che si sono occupate delle regole sul rimborso delle prestazioni rese all'estero o comunque da strutture diverse da quelle pubbliche o convenzionate: rimborso condizionato, in violazione del contenuto essenziale del diritto alla salute, ad una preventiva autorizzazione, anche qualora l'intervento fosse indifferibile, e non fosse possibile ottenere tempestiva assistenza nell'ambito del SSN. Nello stesso senso Corte Costituzionale, sentenza del 6 luglio 1994, n. 304, che distingue le prestazioni indifferibili e urgenti, come tali oggetto di assistenza indiretta, da quelle riabilitative a carattere continuativo e prolungato nel tempo, viceversa escluse in quanto eccedenti i confini del nucleo irriducibile di cui all'art. 32 Cost.

¹²⁷ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza del 12 ottobre 1988, n. 992, con riguardo al caso di una prestazione erogabile solo da un centro privato, come tale in astratto esclusa da ogni possibilità di rimborso, in violazione dell'art. 32 Cost.

¹²⁸ La tesi sul nucleo irriducibile spettante all'immigrato in quanto persona è poi ripresa, seppur nel contesto del rapporto fra potestà legislativa statale e ruolo regionale, nelle decisioni della Corte Costituzionale del 7 luglio 2010, n. 269, del 18 ottobre 2010, n. 299, nonché del 21 febbraio 2011, n. 61.

¹²⁹ Ma l'art. 19, comma 2, TUI, relativo alle ipotesi di inespellibilità, sospettato di violare l'art. 32 Cost., poiché non vi includeva anche la necessità di tutela sanitaria (ai sensi del citato art. 35 TUI).

Si può tuttavia osservare che una cosa è ragionare di un medesimo ambito prestazionale, da garantirsi in modi diversi ma di analoga effettività, come nel caso in cui sia possibile scegliere se affidarsi al SSN o piuttosto ricorrere ad una copertura assicurativa. Altro è distinguere fra la posizione di coloro che, in quanto cittadini o stranieri regolarmente soggiornanti, sono iscritti al SSN e/o tenuti a procurarsi analoga copertura, godendo pertanto di piena tutela sanitaria e coloro i quali, come avviene per gli stranieri irregolari, siano destinatari di una protezione comunque più limitata. Sembra allora più realistico ragionare di sfere di tutela di diversa estensione, in una prospettiva che guarda al contenuto del diritto¹³⁰.

In ogni caso, l'idea che i trattamenti d'urgenza rappresentino il contenuto irrinunciabile del diritto costituzionale in questione non è di certo nuova, dal momento che la si ritrova anche nella legislazione sanitaria antecedente al testo unico del 1998, quanto alle "urgenti cure ospedaliere" spettanti agli stranieri, secondo quanto stabilito sia dalla c.d. legge Mariotti (legge 12 febbraio 1968, n. 132), che dalla legge n. 833 del 1978¹³¹. E risulta confermata, con inclusione del trattamento essenziale delle malattie (e in tempi ben più recenti) dalla Direttiva "Rimpatri", che chiede agli Stati membri di garantire, nella misura maggiore possibile, "le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale della malattia" ai migranti in attesa di rimpatrio e a quelli in stato di detenzione amministrativa¹³².

¹³⁰ Per una serie di rilievi critici su questa distinzione cfr. A. RANDAZZO, *La salute degli stranieri irregolari: un diritto fondamentale 'dimezzato'*, in *Consulta online*, 2012, pp. 1-31, e A. RUGGERI, *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2011, n. 2, pp. 1-27, il quale osserva che "non è chiaro dove riposi il fondamento della distinzione fra parte e parte della struttura dei diritti".

¹³¹ A. PITINO, *Quarant'anni (e più) di tutela della salute degli stranieri in Italia (dalla legge n. 833/1978 istitutiva del Servizio sanitario nazionale al d.l. "sicurezza" n. 113/2018)*, in *Corti supreme e salute*, 2018, n. 3, pp. 631-652.

¹³² Cfr. gli artt. 14, comma 1, lett. b) e 16, comma 3, della Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, recante *Norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, del 16 dicembre 2008, in GUUE L. 348 del 24.12.2008, pp. 98-107.

Vi è dunque una continuità di impostazione fra la legislazione di tipo sanitario e quella (interna ed europea) sull'immigrazione.

6. *Le plurime modifiche in tema di inespellibilità (e di permesso di soggiorno) per ragioni di salute. Una storia infinita?*

Da altro punto di vista, la sentenza n. 252 del 2001 offre lo spunto per evidenziare lo “stato dell’arte” relativamente ai mezzi per assicurare in modo effettivo il diritto alla cura dello straniero “comunque presente” sul territorio nazionale. Come noto il testo unico sull’immigrazione ha subito molteplici modifiche nel corso del tempo, sino alla recentissima conversione in legge del decreto legge 10 marzo 2023, n. 20 (*Disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all’immigrazione irregolare*). Per quel che interessa in questa sede anche le norme sui titoli di soggiorno a tutela della salute e sulle ipotesi di inespellibilità – ai primi strettamente connesse, come si dirà – sono cambiate più volte, sicché risulta necessario svolgere (seppure in sintesi) alcuni rilievi di ordine cronologico, per così dire.

Prima del cd. decreto “Salvini”¹³³ difettava un permesso di soggiorno *ad hoc* per lo straniero bisognoso di cure, che non fosse quello finalizzato all’ingresso nel Paese a tal fine, condizionato per conseguenza ad una serie di particolari requisiti (dichiarazione della struttura sanitaria, cauzione a garanzia del costo presumibile delle prestazioni, disponibilità di un alloggio e via dicendo), relativo dunque a persone entrate legalmente in Italia, in quanto fornite di specifici titoli (visto e permesso per cure mediche) e volto ad includere anche trattamenti eccedenti l’ambito di quanto ritenuto urgente e/o essenziale¹³⁴. Difet-

¹³³ Decreto legge del 4 ottobre 2018, n. 113 recante *Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell’interno e l’organizzazione e il funzionamento dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, pubblicato in GU del 4 ottobre 2018, n. 231, convertito con modifiche dalla legge del 1 dicembre 2018, n. 132, pubblicata in GU del 3 dicembre 2018, n. 281.

¹³⁴ Si veda l’art. 36, comma 1, TUI, mentre il comma 2 contempla l’ingresso dello

tava parimenti una previsione *espressa* volta a garantire che la somministrazione delle cure non fosse vanificata da un provvedimento prefettizio di espulsione, ovviamente sempre possibile data la situazione di irregolarità dell'interessato.

Quanto allo stato di salute del singolo, infatti, l'art. 19 TUI si limitava a garantire (attraverso una specifica clausola di non espellibilità temporanea) la tutela della donna in stato di gravidanza e nei sei mesi successivi al parto, successivamente estesa al marito convivente¹³⁵. All'impugnativa di tipo additivo, incentrata sulla supposizione che fosse consentito l'allontanamento dell'immigrato nonostante necessitasse di cure mediche, la Corte ha risposto con la già ricordata sentenza n. 252, una decisione interpretativa di rigetto, costituzionalmente orientata in modo da ravvisare nell'art. 19 un divieto di espulsione qualora quest'ultima comporti un "irreparabile pregiudizio" al diritto alla salute, nei limiti delle cure assicurate dall'art. 35, comma 3, TUI.

In questa logica, la protezione dello straniero viene assicurata mediante una soluzione diversa dalla spettanza di uno specifico titolo di soggiorno (tema peraltro del tutto estraneo al *thema decidendum*), l'inespellibilità operando, in concreto, all'interno del procedimento amministrativo finalizzato all'allontanamento e poi, in caso di esito sfavorevole, in sede di giudizio di convalida del provvedimento espulsivo avanti al giudice di pace, infine, se del caso, di fronte alla Corte di Cassazione (chiamata a sindacare la decisione del medesimo giudice di pace). Soluzione non del tutto appagante, non solo nel caso di espulsione con accompagnamento immediato alla frontiera, con conseguente necessità di impugnare l'atto quando ormai si è fuori dal paese¹³⁶, ma anche in senso più in generale, essendo chiaro che per tutelare al meglio la posizione del non cittadino irregolare, è preferibile un titolo di soggiorno che ne garantisca la permanenza (sino alla conclusione del ciclo terapeutico, ovviamente) *ex ante*, e dunque in occasione di un

straniero per cure mediche in attuazione di un intervento umanitario autorizzato dal Ministro della Salute od organizzato dalle Regioni di intesa con il medesimo.

¹³⁵ Corte Costituzionale, sentenza del 12 luglio 2000, n. 376.

¹³⁶ A. ALGOSTINO, *Espulsione dello straniero e tutela del diritto alla salute: spetta al giudice decidere caso per caso*, in *Giurisprudenza italiana*, 2002, pp. 908-909.

qualsiasi controllo, piuttosto che disporre di una difesa *ex post*, ad espulsione già decretata.

È probabilmente per questa ragione, pur non esplicitata, che la giurisprudenza ha affrontato il problema, dando vita peraltro ad orientamenti ben diversi, non solo sulla base della contrapposizione a seconda che si ritenesse possibile o meno il rilascio di un permesso per cure mediche, ma, in caso di risposta affermativa, anche in relazione al suo fondamento normativo. Alcune sentenze hanno infatti evocato il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi, concludendo che l'unico permesso in materia fosse quello contemplato dall'art. 36 TUI, inapplicabile al migrante irregolare presente sul territorio, in quanto finalizzato ad una diversa fattispecie: non solo perché chiaramente pensato per lo straniero che dal suo paese di provenienza voglia venire in Italia, ma anche perché non circoscritto al nucleo essenziale del diritto alla salute, come già evidenziato¹³⁷.

L'orientamento favorevole al rilascio di un titolo di soggiorno per motivi di salute si dipana invece fra differenti argomentazioni, ragionando a volte di un'autorizzazione atipica¹³⁸, a volte valorizzando il combinato disposto di cui agli artt. 35 e 36 TUI, o quest'ultimo precetto in via esclusiva¹³⁹. In altre ipotesi, infine, utilizzando – con soluzione che pare la più convincente quanto a base giuridica – il permesso per

¹³⁷ Cfr. Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria, sentenza del 8 settembre 2011, n. 700, e del Piemonte, sentenza del 5 febbraio 2010, n. 665.

¹³⁸ Tribunale Amministrativo Regionale del Veneto, sentenza 11 luglio 2011, n. 1168, che fonda tale conclusione su di una lettura estensiva dell'art. 28 D.P.R. n. 394/1999, il quale tratta dei permessi di soggiorno da rilasciare nei casi in cui la legge vieti l'espulsione, riferendosi anche al caso delle cure mediche, ma con limitato riferimento alle donne in stato di gravidanza.

¹³⁹ Nel primo senso cfr. Consiglio di Stato, sentenza del 27 luglio 2010, n. 4863, Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sentenze del 21 luglio 2015, n. 3847 e dell'8 maggio 2014, n. 2530; nel secondo vedi invece Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, sentenza del 26 novembre 2009, n. 1872. In altre decisioni la base appare ancora più indefinita. Talora la possibilità del rilascio di un permesso di soggiorno per cure mediche è data per implicita (Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento, sentenza del 9 maggio 2012, n. 139, Tribunale Amministrativo Regionale del Molise, sentenza del 9 maggio 2011, n. 276), in altri casi evocandosi il complessivo quadro normativo-giurisprudenziale ormai affermatosi (Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, sentenza del 29 gennaio 2014, n. 315).

“seri motivi in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali”, previsto in passato nell’art. 5, comma 6, TUI, con formula tanto flessibile da poter accogliere anche i casi in discussione¹⁴⁰. Come noto, questa norma configurava una forma di protezione complementare attuativa del diritto di asilo (art. 10, comma 3, Cost.)¹⁴¹, come tale connessa alla lesione dei diritti fondamentali, tale da compromettere la dignità stessa dell’individuo se reinserito nel contesto di origine¹⁴². Essa copriva dunque, insieme ad altre condizioni di vulnerabilità, anche il pregiudizio alla salute, posto che la natura fondante di tale diritto nel sistema costituzionale non era (e non è) in discussione¹⁴³.

Sul quadro normativo appena descritto hanno inciso molteplici interventi, a partire dal decreto legge n. 113, il quale, una volta abolita la protezione umanitaria¹⁴⁴, ha introdotto il permesso per cure mediche, ora esplicitamente menzionato nell’art. 19, comma 2, TUI, in cui viene inserita la nuova lettera *d-bis*), ovvero un’ulteriore ipotesi di divieto di

¹⁴⁰ Cfr. Tribunale di Roma, ordinanza del 4 maggio 2012, che accoglie la domanda di protezione umanitaria presentata, ai sensi dell’art. 5, comma 6, TUI, da una donna nigeriana affetta da HIV e bisognosa di un trattamento con farmaci antivirali dal costo inaccessibile nel proprio paese e non disponibili nella maggior parte degli Stati africani. Sul regime della protezione umanitaria, anche alla luce delle modifiche successivamente intervenute (mediante il decreto “Salvini” e i successivi decreti legge di cui alle note seguenti), si veda G. TRAVAGLINO, *La protezione umanitaria tra passato e futuro*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2022, n. 1, pp. 97-139. Sul punto, che non è possibile trattare in questa sede, è opportuno almeno ricordare che, dopo aver eliminato il permesso atipico per motivi umanitari sostituendolo (almeno in parte) con alcuni titoli di soggiorno tipizzati (per cure mediche, per casi speciali ai sensi degli artt. 18, 18 bis, 22, comma 2, *quater* e *sexies*, TUI, per protezione sociale, ai sensi dell’art. 19, comma 1 e 1.1, TUI), il legislatore è intervenuto nel 2020 per integrare nell’art. 19, comma 1.1 anche l’ipotesi del pregiudizio alla vita privata e familiare, per poi, nel 2023, ripensarci.

¹⁴¹ Corte Costituzionale, sentenza del 20 giugno 2019, n. 194, che ricostruisce anche la posizione della Corte di Cassazione, consolidatasi nella medesima prospettiva.

¹⁴² Fra le molte si veda Corte di Cassazione, sentenza del 23 febbraio 2018, n. 4455.

¹⁴³ Cfr. N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2018, n. 1, pp. 1-32 e M. ACIERNO, *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, in *Questione giustizia*, 2018, n. 2, pp. 99-107.

¹⁴⁴ Decreto legge del 2018, n. 113, cit.

espulsione con riguardo agli “stranieri che versano in condizioni di salute di particolare gravità, accertate mediante idonea documentazione rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il Servizio sanitario nazionale, tali da determinare un rilevante pregiudizio alla salute, in caso di rientro nel paese di origine o di provenienza”¹⁴⁵. Divieto questa volta opportunamente collegato all’adozione, da parte del Questore, di un correlato titolo di soggiorno per cure mediche, che consente la permanenza dell’interessato per il tempo stabilito da apposita certificazione sanitaria, “comunque non superiore ad un anno, rinnovabile finché persistono le condizioni di salute di particolare gravità debitamente certificate”¹⁴⁶. Tale titolo di soggiorno implica altresì l’iscrizione obbligatoria al SSN¹⁴⁷.

Sono dunque i presupposti ostativi all’allontanamento a fissare i confini del nuovo permesso per motivi di salute. E tali presupposti sono cambiati sin dal passaggio dal testo del decreto legge a quello della legge di conversione: dall’ “eccezionale gravità” alla “particolare gravità” delle condizioni di salute; dall’ “irreparabile” al “rilevante” pregiudizio in caso di esecuzione del provvedimento espulsivo, all’evi-

¹⁴⁵ Vedi l’art. 1, comma 1, lett. g), del decreto legge n. 113, come modificato in sede di conversione. M. BENVENUTI, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2019, n. 1, pp. 1-39, rileva che la tipizzazione di una serie di ipotesi applicative già emerse nella prassi sui permessi per motivi umanitari, salute inclusa, può ritenersi utile in funzione garantista, nella misura in cui concorra a scongiurare, grazie alla formulazione espressa, interpretazioni riduttive da parte dell’amministrazione e della giurisdizione, in ipotesi ancorate all’indeterminatezza del “vecchio” art. 5, comma 6, TUI.

¹⁴⁶ La disciplina relativa alla durata del permesso di soggiorno in questione sembra quindi gravare l’interessato dell’onere di ottenere un’ulteriore certificazione sanitaria, decorso il primo anno, quand’anche la valutazione clinica iniziale prevedesse un trattamento di durata eccedente tale lasso temporale, non potendo spiegarsi diversamente il riferimento alla necessaria proroga oltre quel termine, condizionata ad ulteriore accertamento medico. C’è da chiedersi se non sarebbe stato ben più ragionevole parametrare la durata del permesso al tempo originariamente stabilito dalla struttura sanitaria, eventualmente prorogabile sulla base di una rivalutazione dello stato di salute alla fine del periodo medesimo.

¹⁴⁷ In tal senso è stato novellato l’art. 34 TUI, per effetto di quanto disposto dall’art. 1, comma 1, lett. o), del decreto legge n. 113, cit., come modificato in sede di conversione.

dente scopo di alleggerire i due concorrenti presupposti che giustificano la permanenza, seppur temporanea, in Italia. Sul primo dei quali (cioè la patologia da curare) è nuovamente intervenuto il legislatore, una volta mutata la maggioranza di governo nel passaggio dal cd. Conte I al Conte II nel settembre del 2019, al fine di assicurare un maggior *favor* al diritto alla salute dello straniero irregolare, collegandolo al fatto di versare in “gravi condizioni psicofisiche o derivanti da gravi patologie”¹⁴⁸; il tutto nell’ambito di un complessivo alleggerimento di molte delle scelte operate dal precedente Esecutivo¹⁴⁹. Il contrario può dirsi invece circa l’ultima variazione sopravvenuta (sempre guardando anche oltre al profilo specifico che qui interessa), determinata dal cd. decreto “Cutro”, appena convertito in legge, che ragiona di “condizioni di salute derivanti da patologie di particolare gravità, non adeguatamente curabili nel paese di origine”¹⁵⁰. Ciò che determina la chiusura di un percorso circolare in cui alla fine si torna da dove si era partiti.

¹⁴⁸ Decreto legge del 21 ottobre 2020, n. 130 *Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-bis, 391-bis, 391-ter e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento, di contrasto all'utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale*, in GU del 21 ottobre 2020, n. 261, convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, n. 173, in GU del 19 dicembre 2020, n. 314, che invece non tocca l’altro requisito, quello dell’irreparabile pregiudizio. E. ROSSI, *Novità in tema di permessi di soggiorno e protezione speciale nel d.l. n. 130 del 2020*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, 2021, n. 1, pp. 74-86, sottolinea la formulazione tutt’altro che lineare della disposizione, sia per la parte in cui sembra orientata ad includere la salute psichica nel suo campo di applicazione, posto che il diritto alla salute implica di per sé questa dimensione, accanto a quella dell’integrità fisica; sia dal punto di vista sintattico, poiché non è per nulla chiaro che cosa sia “derivante” dalle citate gravi patologie.

¹⁴⁹ C. CORSI, *Il decreto legge n. 130/2020 tra continuità e cambiamento. Cenni introduttivi sui profili dell’immigrazione e dell’asilo*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, 2021, n. 1, pp. 67-73, che tuttavia, pur segnalando gli aspetti positivi del provvedimento, lo qualifica alla stregua di un aggiustamento, che non segna una netta cesura rispetto alla logica dei decreti sicurezza. Per un’analisi delle modifiche apportate cfr. anche E. ROSSI, *Novità in tema di permessi di soggiorno*, cit., pp. 74-86.

¹⁵⁰ Cfr. l’art. 7, comma 1, lett. c), n. 3.1) del Decreto legge del 10 marzo 2023, n. 20, recante *Disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all’immigrazione irregolare*, in GU del 10 marzo 2023,

Ragionando sul piano delle varie formulazioni legislative succedutesi, si può osservare che la duplice attenuazione dei requisiti della protezione per ragioni di salute, derivante dalle modifiche approvate in sede di conversione del decreto n. 113 del 2018, probabilmente vale a salvarne la costituzionalità, poiché non si vede come possa dirsi conforme all'art. 32 Cost., in combinato con gli articoli 2 (principio di solidarietà) e 3 Cost. (sotto il profilo della necessaria tutela della dignità dell'uomo ma anche in termini di uguaglianza-ragionevolezza) squalificare gli stati di salute che, pur risultando di particolare gravità, dal punto di vista clinico, non raggiungano il livello dell'eccezionalità, comunque possa essere inteso dalla scienza medica. E altrettanto dicasi per l'abbandono dell'idea che il danno alla salute dovesse essere "irreparabile", anziché soltanto "rilevante"¹⁵¹.

In secondo luogo, distinguere fra malattia grave e particolarmente grave non sembra semplice, una volta che si passi dalla lettura in astratto all'applicazione in concreto. Specie alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata alla tutela della persona bisognosa di cure, è auspicabile (e, a quanto sembra dai casi considerati *infra*, confermato dalla prassi) che lo stesso personale medico, al momento di rilasciare la documentazione sanitaria, anche su specifica richiesta dell'interessato e/o della Questura, a fronte del rischio di espulsione del soggetto malato, si orienterà a favore di una lettura estensiva del requisito, dalla quale, se adeguatamente motivata sotto il profilo clinico, sarà difficile possa legittimamente discostarsi l'autorità

convertito con modifiche dalla legge del 5 maggio 2023, n. 50, in GU del 5 maggio 2023, n. 104.

¹⁵¹ Su tali aspetti si veda Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia, sentenza dell'11 novembre 2020, n. 515, in cui si contesta il rigetto di una richiesta di permesso per cure mediche effettuata dalla Questura sulla base del parametro della gravità eccezionale anziché "particolare". Trattandosi di un malato oncologico recidivo sottoposto a chemioterapia, verrebbe da chiedersi in realtà come tale situazione possa esser stata considerata di non eccezionale gravità. Cfr. poi Tribunale Amministrativo Regionale dell'Emilia Romagna, sentenza del 18 novembre 2020, n. 61, relativa ad un caso simile (crisi epilettiche), in cui il giudice amministrativo osserva che le modifiche in sede di conversione imponevano all'autorità di pubblica sicurezza di tener conto che "anche situazioni molto difficili ma non necessariamente irreparabili rientrano nel campo di applicazione della norma", onerando la Questura del conseguente approfondimento istruttorio circa la possibilità di cura nel paese di origine.

di pubblica sicurezza, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica¹⁵².

Infine, la gravità rappresenta un concetto relativo, in quanto parametrata alla situazione sanitaria verso cui lo straniero rischia di essere immerso, ragion per cui dovrebbe dirsi che anche una patologia che nel nostro paese non verrebbe qualificata come particolarmente rischiosa, *in quanto* curata adeguatamente, debba essere intesa come tale qualora si accerti che nello stato di destinazione così non sia.

Sullo sfondo, resta comunque fermo che l'art. 19, comma 2, TUI è stato oggetto di 4 modifiche nel giro di pochi anni, con il conseguente bagaglio di incertezze che ciò comporta, sia sul piano sostanziale, dovendosi chiarire se alle nuove disposizioni corrispondano (come dovrebbe essere ma non è sempre detto che sia) nuove norme, e in tal caso quali siano; sia sul piano processuale, dovendosi stabilire quali e quante novità siano suscettibili di applicarsi ai procedimenti amministrativi e ai processi giurisdizionali in corso. Sarebbe auspicabile che le regole si stabilizzassero e che magari il legislatore affrontasse una rivisitazione globale della "materia immigrazione", nei suoi molteplici versanti, anziché stratificare interventi parcellizzati, spesso occasionati da singoli accadimenti¹⁵³.

¹⁵² Men che meno se ne potrà discostare nell'ipotesi di cui all'art. 32, comma 3.1 del D.lgs. del 28 gennaio 2008, n. 25 *Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato*, in GU del 16 febbraio, n. 40, qualora cioè siano le Commissioni territoriali, incaricate di vagliare le domande di protezione internazionale, a segnalare, in caso di rigetto delle protezioni "maggiori", al Questore la presenza dei presupposti per il rilascio del permesso per cure mediche.

¹⁵³ E. ROSSI, *Novità in tema di permessi di soggiorno*, cit., pp. 85-86. In astratto si potrebbe anche contestare il mezzo utilizzato per apportare le modifiche di cui si parla nel testo, cioè il decreto legge, ma è noto che la decretazione d'urgenza è ormai divenuta uno strumento di legislazione ordinaria, sicché è più produttivo concentrare l'attenzione sui contenuti introdotti piuttosto che sul "vettore" che li ha introdotti.

7. *Il nucleo irriducibile: le cure “urgenti” ed “essenziali”. Il nesso fra l’art. 35 e l’art. 19 TUI*

Per vagliare la fondatezza dei rilievi precedenti appare utile un esame, seppur non esaustivo, della giurisprudenza che ha caratterizzato le varie fasi sopra indicate, a partire da quella precedente alle novità del 2018 e ad eccezione ovviamente dell’epilogo di cui al decreto legge n. 20 del 2023.

Nel contesto precedente alle modifiche del 2018, definire la portata operativa delle cure spettanti ai sensi dell’art. 35, comma 3, TUI equivaleva (ed equivale ancora) ad individuare i confini dell’inespellibilità implicita, secondo la Corte Costituzionale, nell’art. 19, comma 2, del medesimo testo unico. Allo stesso tempo, l’interpretazione delle formule legislative (urgenza ed essenzialità del trattamento) che definiscono il nucleo irriducibile del diritto alla salute, misura la distanza rispetto alla tutela (piena) assicurata invece allo straniero regolare ed al cittadino, ed è chiaro che assume grande peso il momento applicativo, da parte dell’amministrazione (sanitaria e di pubblica sicurezza), e poi, in sede di controllo, da parte della giurisdizione.

Come già anticipato, sembra che le strutture sanitarie si preoccupino (fortunatamente) di curare piuttosto che di circoscrivere l’assistenza sulla base dei presupposti più volte ricordati¹⁵⁴. Ed è probabile che ciò accada anche per la determinazione di cosa sia essenziale, per lo meno in virtù di un principio di precauzione, che dovrebbe fungere da guida quando si tratta della salute delle persone. In questa logica, per lo straniero irregolare era (e forse è tutt’ora) più rischioso, probabilmente, chiedere alla questura un permesso per cure mediche, che potrà essere rifiutato con conseguente emersione dello stato di irregolarità, piuttosto che rivolgersi alla struttura sanitaria, facendo per il resto affidamento sullo stato di inespellibilità ai sensi dell’art. 19 TUI, per come inteso dalla Corte costituzionale, che pure ha dei “costi” quanto alla precarietà di una condizione non riconosciuta in un apposito titolo di soggiorno.

In ogni caso, il contenzioso in materia non riguarda il rifiuto di cure, bensì le contestazioni contro il rigetto di permessi di soggiorno

¹⁵⁴ In tal senso C. CORSI, *Il diritto alla salute*, cit., p. 58, e dottrina ivi ricordata.

chiesti per motivi sanitari, oppure contro i decreti di espulsione adottati in spregio ad analoghe esigenze di cura. La magistratura (amministrativa nel primo caso¹⁵⁵, ordinaria nel secondo) si è mossa nella prospettiva delineata dalla Corte Costituzionale e dal testo unico sull'immigrazione, confermando l'esistenza di un nucleo irriducibile protetto dall'art. 32 Cost., in presenza del quale cedono tutti gli altri interessi confliggenti¹⁵⁶. La categoria di interventi sanitari che appare collocata sulla china più "scivolosa" è quella delle cure essenziali, non essendo sempre semplice determinarne i confini nel concreto dell'esperienza¹⁵⁷, nonostante le indicazioni ministeriali già ricordate (Circolare n. 5 del 2000). Due punti fermi vanno tuttavia rimarcati. Da una parte la patologia deve essere di significativa gravità, il che d'altronde sembra implicito nel riferimento ai "seri" motivi di ordine umanitario evocabili in tal senso. Dall'altra la prestazione erogata (o da erogare), deve essere funzionale alla prima in senso stretto.

Nella categoria rientrano, pertanto, oltre alle prestazioni per così dire "principali", in quanto indifferibili rispetto allo stato morboso in atto, anche "quegli interventi, e solo quelli che, successivi alla rimozione chirurgica della patologia, od alla somministrazione immediata di

¹⁵⁵ Ma anche ordinaria, perché spetta alla giurisdizione ordinaria il contenzioso sulla protezione complementare, a prescindere dai motivi in concreto dedotti, trattandosi di diritto soggettivo, come peraltro ammesso da una parte della giustizia amministrativa (Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento, sentenza del 3 febbraio 2022, n. 20, secondo cui quando entra in gioco il nucleo essenziale del diritto alla salute non residua alcuno spazio per valutazioni discrezionali, nemmeno di natura tecnica, in capo all'amministrazione, che deve pertanto limitarsi a prendere atto della certificazione clinica attestante "*la situazione di essenzialità della cura*", rilasciando il relativo permesso di soggiorno), fermo restando che tale posizione non è unitaria, come dimostrato dalle varie decisioni dei giudici amministrativi che si sono utilizzate in questo scritto.

¹⁵⁶ Così Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, sentenza del 16 maggio 2016, n. 1325, in cui si afferma che qualora la situazione soggettiva del migrante non sia da ricondurre alla componente irriducibile del diritto alla salute, la pretesa andrà valutata "unitamente agli altri interessi pubblici di rango primario rilevanti in tema di soggiorno e permanenza".

¹⁵⁷ D. MORANA, *Titolari di diritti, anche se irregolari: politiche regionali di integrazione sociale e diritto alla salute degli immigrati (note minime a Corte cost., sent. n. 269 del 2010)*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010, p. 3238 ss.

farmaci essenziali per la vita, siano indispensabili al completamento dei primi od al conseguimento della loro efficacia, nel mentre restano esclusi quei trattamenti di mantenimento e controllo che, pur se indispensabili ad assicurare una *spes vitae* per il paziente, fuoriescono dalla correlazione strumentale con l'efficacia immediata dell'intervento sanitario indifferibile ed urgente"¹⁵⁸. Ne segue che è essenziale un trattamento di dialisi¹⁵⁹, mentre non lo sono i controlli per prevenire una recidiva dopo l'asportazione di un sarcoma, oppure una terapia anti-coagulante accompagnata da controlli della coagulazione o un trattamento di mantenimento su soggetto affetto da diabete, correlato al "monitoraggio dei parametri bioumorali...pur indispensabile per il paziente"¹⁶⁰. Distinzione questa (fra trattamenti *quoad vitam* e finalizzati ad assicurare invece una *spes vitae*) frutto di un'interpretazione restrittiva rispetto alle potenzialità espansive consentite dal riferimento all'essenzialità, anche continuativa, in relazione all'importanza del bene garantito *ex artt.* 32 e 2 Cost.¹⁶¹, ma probabilmente comprensibile alla stregua della legislazione vigente che, piaccia o meno, segna una differenziazione nel contenuto del diritto alla salute a seconda della regolarità dell'ingresso e soggiorno.

La giurisprudenza formatasi alla stregua del decreto sicurezza (come convertito in legge) appare esigua, sia perché modificato nel 2020, sia perché quest'ultima disciplina ha previsto la propria applicazione retroattiva, nei procedimenti sia amministrativi che giurisdizio-

¹⁵⁸ Corte di Cassazione, sentenze del 26 marzo 2019, n. 8371, dell'8 marzo 2017, n. 6000, del 24 aprile 2011, n. 7615 e del 24 gennaio 2008, n. 1531. Analogamente Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sentenza del 1 agosto 2022, n. 10856 e della Campania, sentenza del 17 maggio 2021, n. 3070.

¹⁵⁹ Tribunale Amministrativo Regionale del Veneto, sentenza n. 1168, cit.

¹⁶⁰ Vedi, rispettivamente, Tribunale Amministrativo Regionale del Molise, sentenza n. 276, cit. e Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento, sentenza n. 139, cit., Corte di Cassazione, sentenza n. 1531, cit. La Corte di Cassazione ha sottolineato che queste cure, pur non garantite, possono invece essere prestate allo straniero che si munisca di un permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 36 TUI sopra ricordato, così da rimarcare la separazione fra i due ambiti di cura.

¹⁶¹ B. PEZZINI, "Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali", Relazione al Convegno nazionale dell'Associazione Italiana Costituzionalisti, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, versione provvisoria, Cagliari, 2009, pp. 1-35.

nali pendenti alla sua entrata in vigore¹⁶², ragion per cui non se ne possono trarre indicazioni di particolare rilievo. Anche perché nei casi reperiti le situazioni cliniche erano tanto serie da rientrare senz'altro nel parametro della "particolare gravità"¹⁶³.

A conclusioni analoghe si può giungere con riguardo alle fattispecie decise alla luce del decreto legge 130 del 2020, anch'esse connotate da quadri clinici alquanto preoccupanti, rientranti senza dubbio nel più largo parametro della malattia (soltanto) grave, ma certamente anche in quello precedente¹⁶⁴. Può forse leggersi un superamento del criterio della particolare gravità in un provvedimento cautelare che ha sospeso il rigetto di un'istanza di permesso di soggiorno per motivi sanitari in quanto aveva disconosciuto la condizione del richiedente, bisognoso non solo di una certa terapia, ma di "assidui e regolari controlli che proseguiranno incessantemente negli anni a venire"¹⁶⁵, che potrebbe rappresentare un'attenuazione dell'orientamento che esclude dal novero dei trattamenti rilevanti quelli che si traducono in controlli destinati a protrarsi *sine die*¹⁶⁶.

Analogamente per le "cure farmacologiche e gli esami strumentali costanti", consistenti in "terapie a vita" da garantire, secondo quanto afferma la Corte di Cassazione (e in antitesi a quanto previsto nel decreto prefettizio di espulsione), ad un malato di HIV¹⁶⁷. Decisioni que-

¹⁶² Così l'art. 15 del decreto legge del 2020, n. 130, cit.

¹⁶³ Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia, sentenza n. 515, cit., relativa ad un paziente oncologico recidivo sottoposto a chemioterapia, e dell'Emilia Romagna, sentenza n. 61, cit., relativa ad un malato epilettico.

¹⁶⁴ Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, sentenza del 21 giugno 2022, n. 622, in cui è evidenziata la presenza di plurime gravi patologie (insufficienza renale, diabete, retinopatia, amputazione di un arto ed altre ancora), e, per un'ipotesi simile, Tribunale Amministrativo Regionale dell'Emilia Romagna, sentenza del 13 marzo 2023, n. 132 (tumore alla prostata, asma, disturbi respirato e via dicendo).

¹⁶⁵ Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria, ordinanza del 12 gennaio 2023, n. 3.

¹⁶⁶ Ma il condizionale è d'obbligo, sia perché trattasi di una decisione cautelare, con una motivazione alquanto stringata, sia perché il tipo di terapia non è menzionata e quindi è difficile inquadrare correttamente la situazione clinica del malato.

¹⁶⁷ Corte di Cassazione, ordinanza del 25 novembre 2022, n. 710, in cui peraltro è richiamato l'assunto tradizionale secondo cui la garanzia del diritto alla salute comprende "non solo le prestazioni di pronto soccorso e di medicina d'urgenza, ma anche

ste che in ogni caso sembrano derogare allo schema legislativo, stando al quale il permesso per cure mediche, cui lo straniero ha diritto in simili circostanze, ha una durata limitata, di certo legata alla durata della patologia, ma – almeno stando alla lettera dell’art. 19 – non idonea a legittimare la permanenza stabile del medesimo, come invece accade in queste ipotesi. Deroga più che giustificata alla luce del principio della continuità del trattamento sanitario, sancito anche dalla già ricordata Circolare ministeriale n. 5 del 2000.

8. *Il pregiudizio irreparabile alla salute e il relativo accertamento*

Una volta inquadrata la patologia nell’ambito protetto dall’art. 35, comma 3, è poi necessario valutare – ai fini del divieto di espulsione – l’indisponibilità di una cura almeno di efficacia equivalente nel paese di destinazione, secondo l’impostazione fatta propria dalla stessa Corte Costituzionale nel momento in cui ha condizionato la permanenza in Italia al fatto che l’esecuzione del provvedimento rechi “irreparabile pregiudizio” alla salute dello straniero¹⁶⁸.

Quest’ultimo presupposto mira a contemperare il diritto alla salute con l’interesse pubblicistico al controllo del territorio, ma pone (o può

tutte le altre prestazioni essenziali per la vita”, il che potrebbe significare che nel caso di specie la somministrazione dei farmaci rientrasse appunto fra i trattamenti essenziali *quoad vitam*.

¹⁶⁸ Il rilievo sulla disponibilità o meno, nel paese di origine dello straniero, delle cure richieste in Italia si ritrova ad esempio in Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sentenze n. 2530, cit., e sentenza n. 3847, cit., Tribunale Amministrativo Regionale del Molise, sentenza n. 276, cit., nonché in Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sentenza del 23 febbraio 2023, n. 3142 (anch’essa riferita alla normativa precedente il decreto n. 113 del 2018). Quanto alla magistratura ordinaria, si veda Corte di Cassazione, ordinanza del 21 settembre 2022, n. 27544, che, ai fini del riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari, consistenti nel precario stato di salute del richiedente, impone di accertare la presenza di “gravi carenze nel sistema sanitario del paese di provenienza”. Anch’essa si riferisce al regime anteriore al decreto n. 113, ma ciò vale a maggior ragione per quello successivo, che impone di accertare il pregiudizio connesso all’eventuale espulsione o, nell’ultima versione (decreto legge n. 20 del 2023), di verificare se le cure accessibili nel paese di rimpatrio siano adeguate.

porre) problemi di non semplice soluzione. Valutare se il migrante sottoposto ad un trattamento in Italia, o che necessita di un trattamento sanitario, sia o meno in condizione di viaggiare verso una determinata destinazione implica conoscenze mediche, di cui la struttura sanitaria (pubblica o privata accreditata) di certo dispone, quanto meno nel senso di decidere se l'interruzione di una terapia in corso (o la sua mancata erogazione) comprometta in modo serio lo stato di salute del soggetto. Ben diversa è invece la verifica relativa ad aspetti ulteriori, ma altrettanto importanti, concernenti la tipologia di trattamento disponibile, le modalità tecniche di erogazione di prestazioni pur esistenti nel relativo sistema sanitario, l'accessibilità delle medesime, sia in termini di costi eventualmente posti a carico sull'assistito che in termini di collocazione fisica della struttura rispetto alla residenza dell'interessato (che dunque potrebbe avere enormi difficoltà materiali a raggiungerla in tempi compatibili con le esigenze sanitarie).

A partire dal decreto Salvini (e senza significative variazioni successive) la lettera *d-bis*) dell'art. 19 si limita a menzionare la certificazione sanitaria (pubblica o "privata convenzionata") quale strumento di accertamento della patologia (e della sua rilevanza più o meno grave), senza ulteriori precisazioni quanto all'autorità cui spetti verificare l'efficienza del servizio sanitario del paese di espulsione, aspetto ovviamente ben diverso ed eccedente la competenza clinica strettamente intesa. La Circolare ministeriale n. 400/A/2019¹⁶⁹, di natura interpretativa, ha posto qualche problema... di interpretazione, laddove, indicando alle Questure l'opportunità di rivolgersi, allo scopo, alle rappresentanze diplomatiche (italiane e/o estere), "sulla base della documentazione sanitaria prodotta", precisa altresì che quest'ultima, ai fini della ricevibilità della domanda, "dovrebbe già contenere i presupposti di legge", e dunque – se ne dovrebbe dedurre – una dichiarazione dell'autorità sanitaria circa "la mancanza della possibilità del richiedente di fruire di tali tipologie di cure mediche nel paese di origine o di provenienza".

Trattasi peraltro di un onere pressoché inesigibile dal personale medico, e che forse potrebbe immaginarsi, seppure anche qui con no-

¹⁶⁹ Adottata dal Ministero dell'Interno il 18 gennaio 2019, a seguito della conversione in legge del decreto legge n. 113 del 2018.

tevolissime problematiche in concreto, a carico di uffici amministrativi che le Regioni potrebbero attrezzare alla bisogna, peraltro con le inevitabili disparità conseguenti alle diverse capacità (e possibilità) organizzative delle singole autonomie territoriali¹⁷⁰. Nella prassi si riscontra invece il coinvolgimento delle rappresentanze diplomatiche, che spesso però sembra tradursi in affermazioni prive di adeguata motivazione, come tali ritenute insufficienti dalla magistratura ai fini di supportare il mancato rilascio del titolo di soggiorno richiesto¹⁷¹. *A contrario* attestazioni adeguatamente argomentate sullo stato dell'assistenza sanitaria relativa alla specifica tipologia di trattamento necessario nel caso concreto possono rappresentare una base idonea all'individuazione del rilevante pregiudizio, specie se corroborate da ulteriori fonti di informazione¹⁷², che è interesse dello straniero allegare, ma che potranno essere acquisite mediante un'integrazione istruttoria d'ufficio ad opera del giudice. D'altronde, è quanto meno auspicabile che le note diplomatiche siano valutate con cautela, posto che presumibilmente si basano su notizie ottenute dalle autorità sanitarie del luogo, che per prime potrebbero avere interesse a celare l'inefficienza del proprio servizio sanitario¹⁷³.

Il decreto c.d. "Cutro" cambia ancora una volta la più volte citata lettera *d-bis*. Menzionando la certificazione sanitaria ma in rapporto non solo, come sempre avvenuto, alle "condizioni di salute derivanti

¹⁷⁰ Qualche spunto in questa direzione appare nella giurisprudenza. Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, sentenza n. 622, cit., rileva che in fase istruttoria avrebbe dovuto essere acquisito il parere dell'Assessorato regionale alla salute.

¹⁷¹ Tribunale Amministrativo Regionale dell'Emilia Romagna, sentenza n.132, cit., osserva che, a fronte di allegazioni atte a dimostrare una situazione clinica compromessa, risulti apodittica una nota diplomatica attestante che in Marocco tale patologia sia curabile "senza problemi", essendo necessario quanto meno che siano precisate "il tipo di cure che sarebbero fornite, i costi delle stesse, quante e dove sono collocate le strutture ospedaliere che possono fornirle", e quali siano i protocolli applicati. Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, sentenza n. 622, cit., nello stesso senso, svaluta il doppio parere dell'ambasciata italiana ottenuto dalla Questura.

¹⁷² Provenienti ad es. da ONG operanti in quel contesto territoriale.

¹⁷³ Cfr. i rilievi sul punto di ASGI, *Il permesso di soggiorno per cure mediche. Salute assistenza minori. Condizioni di salute e protezione internazionale speciale*, 2021, par. 2.2, www.asgi.it/wp-content/uploads/2021/06/Scheda-salute.pdf, 2021.

da patologie di particolare gravità”, ma anche al fatto che si tratti di patologie “non adeguatamente curabili nel paese di origine” forse se ne potrebbe indurre, alla lettera, che gravi sulla struttura sanitaria non solo – come è ovvio – la diagnosi, ma anche il dovere di accertare l’assenza di tale adeguatezza. Tuttavia, per le ragioni di cui si è già detto, è più conforme al bene costituzionalmente tutelato pensare che la sostanza delle cose non muterà, e che pertanto la documentazione clinica verrà integrata, se lacunosa sulla situazione del paese di destinazione¹⁷⁴, con gli strumenti impiegati sinora a tal fine.

9. Osservazioni conclusive

Il confronto delle garanzie internazionali e costituzionali rispetto alla tutela del diritto alla salute si scontra purtroppo con le difficoltà evidenziatesi negli ultimi anni in seguito alla crisi economico-finanziaria, alle conseguenti misure di austerità e alla pandemia da Covid 19.

Si va inevitabilmente creando una situazione che è fonte di disuguaglianze crescenti, caratterizzate da inaccessibilità ad alcuni servizi essenziali per le fasce più deboli della popolazione e dall’offerta di servizi meno adeguati che in passato; in tale contesto è evidente la critica situazione delle donne migranti, il cui accesso alle cure sanitarie può essere ostacolato da barriere linguistiche, religiose, culturali, politiche, ecc.

I problemi maggiori si pongono, infatti, proprio sul piano dell’effettività, condizionata anche dalla disomogeneità nella distribuzione (e organizzazione) territoriale dei servizi sanitari¹⁷⁵, prima che dai continui interventi che negli ultimi anni hanno (troppo) di frequente riguardato la condizione degli stranieri, specie di quelli semplicemente

¹⁷⁴ Il che è probabile possa accadere con una certa frequenza, sia perché tali informazioni di norma non fanno parte del patrimonio conoscitivo clinico, sia perché può essere assai complicato rapportarsi con realtà lontane e poco note. Senza contare che anche in quelle note possono ben verificarsi cambiamenti, in meglio o in peggio, circa la qualità delle prestazioni sanitarie.

¹⁷⁵ A. PIOGGIA, *Il diritto alla salute alla prova della differenziazione: autonomie, organizzazione e dis-eguaglianza*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2020, n. 1, pp. 37-67.

“presenti” sul nostro territorio. Interventi che peraltro risultano spesso (e di certo alla stregua della disciplina di recente approvazione) di segno restrittivo, quanto meno nelle intenzioni e salva l’applicazione in concreto, che è ipotizzabile (ed auspicabile) non registri passi indietro sul piano della tutela sanitaria sin qui conseguita, anche grazie agli arresti giurisprudenziali della giustizia costituzionale, ordinaria ed amministrativa.

Si tratta allora di far funzionare le garanzie internazionali e costituzionali, ad esempio rendendo effettivo l’obbligo degli Stati di assicurare che via sia un numero adeguato di operatori e di attrezzature sanitarie e che l’organizzazione del sistema sanitario non determini ritardi nella somministrazione delle cure, tali da causare rischi di peggioramento della salute. Gli Stati dovrebbero garantire che la gestione delle liste e dei tempi di attesa delle cure sanitarie sia idonea ad assicurare cure adeguate¹⁷⁶, anche in ordine ai diritti delle donne, e delle donne migranti¹⁷⁷.

Forse non sarebbe inutile una novella legislativa, che provasse ad agganciare a certe tipologie di trattamento previste dai LEA la nozione di cura essenziale, così da scongiurare alla radice possibili interpretazioni restrittive, senza con ciò esaurire il margine di apprezzamento dell’amministrazione nei casi concreti.

E ciò senza tralasciare la più generale incidenza e rilevanza degli obblighi internazionali e costituzionali nell’ambito dei diritti fondamentali, che dovrebbe valere, quanto meno a livello interpretativo, a correggere eventuali interventi normativi in violazione di tali obblighi.

¹⁷⁶ V. in tal senso European Committee of Social Rights, *Conclusions XV-2 (2001), United Kingdom*.

¹⁷⁷ Per i problemi che si verificano in Italia in ordine alle interruzioni volontarie di gravidanza che non vengono attuate nei tempi previsti dalla legge per un forte movimento di medici obiettori di coscienza, v. European Committee of Social Rights, *IPPF EN c. Italia* (com 87/2012), decisione 10 settembre 2013, par. 69; *CGIL c. Italia* (com 91/2013), decisione 12 ottobre 2015, par. 166-167.

Abstract

La drammaticità degli eventi internazionali concernenti la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, e in tale contesto, anche la tutela del diritto alla salute delle donne migranti stimola alcune riflessioni sulla possibile tutela di tale diritto in ambito giuridico interno ed internazionale. Rileva in tale contesto la duplicità della salute come bene pubblico, da un lato, sia nel quadro dell'ordinamento interno che in quello internazionale, e, dall'altro, come diritto individuale, in rapporto e potenzialmente in conflitto con altre discipline, come ad esempio la libertà di circolazione o la libertà di commercio e di investimenti. Il quadro normativo è alquanto frammentato anche perché sin dall'emergere della necessità di tutelare il diritto alla salute, è apparsa evidente la complessità dell'interazione pubblicistica con la natura di diritto individuale; se è chiaro che le esigenze sottese alla dimensione collettiva possono anche comprimere aspettative individuali rimane la prevalenza del connotato pubblicistico, in base al quale lo Stato risulta l'ambiente naturale entro il quale beneficiare del diritto alla salute.

KEYWORDS: Donne migranti – diritti umani – diritto alla salute – diritto internazionale – diritto costituzionale

THE RIGHT TO HEALTH OF MIGRANT WOMEN:
CONSTITUTIONAL AND INTERNATIONAL
NORMS COMPARED

The dramatic nature of international events concerning the protection of the individual's fundamental human rights, and specifically the protection of migrant women's right to health, stimulates some reflections on the possible protection of this right in the domestic and international legal context. Indeed, it is possible to notice a duality of health as a public good, on the one hand, within the framework of both domestic and international law, and as an individual right, on the other, in relation to and potentially in conflict with other disciplines, e.g. freedom of movement, or freedom of trade and investment. The regulatory framework is somewhat fragmented also because ever since the need to protect the right to health emerged, the complexity of the

interaction of the public sphere with the nature of an individual right has become evident; while it is clear that the needs underlying the collective dimension can also compress individual expectations, the prevalence of the public sphere connotation remains, according to which the State is the natural environment within which to benefit from the right to health.

KEYWORDS: Migrant women – human rights – right to health – international law – constitutional law

RIVOLTA FEMMINILE IN IRAN E QUESTIONI MIGRATORIE

*Shirin Zakeri**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Breve *focus* sullo sviluppo storico, sociale e politico nel contesto femminile della società iraniana. – 3. Emigrazione femminile: cause e sfide della società iraniana. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La storia contemporanea iraniana, particolarmente a partire dalla Rivoluzione del 1979, testimonia di come i processi politici, sociali e demografici si intreccino con i fenomeni migratori che coinvolgono la popolazione locale, in special modo il genere femminile. Un’analisi dettagliata di questi percorsi evidenzia i principali fattori che influenzano i caratteri socio-culturali di un Paese complesso dal punto di vista politico e storico, ma anche vivace grazie alla sua giovane e istruita popolazione. Focalizzando l’attenzione sul solo aspetto demografico e sull’elevato numero di iraniani istruiti, ad esempio, emerge la questione della “fuga di cervelli”¹. Questo fenomeno, che da anni causa un *deficit* di competenze, innovazione e produttività, influisce negativamente sulla situazione socio-economica e culturale, rappresentando una sfida significativa per il sistema iraniano. Tale dinamica si fa sentire ancora di più in chiave storica, se si considera che la popolazione iraniana è più che raddoppiata dal 1979 al 2023, arrivando a 88 milioni di persone².

Un altro elemento fondamentale che si è sviluppato negli ultimi decenni è il divario tra la società iraniana e lo Stato e il sistema politico

* Research Fellow/Post doc., Sapienza Università di Roma. Indirizzo e-mail: shirin.zakeri@uniroma.it

¹ P. AZADI, M. MIRAMEZANI, B. MESGARAN, *Migration and Brain Drain from Iran, Working Paper No. 9*, April 2020, Stanford University.

² World Bank Data, *Iran Population 1979-2021*, <https://data.worldbank.org/indicator/SP.URB.TOTL.IN.ZS?end=2021&locations=IR&start=1979>.

patriarcale iraniano. Nonostante la popolazione iraniana possa vantare un'attiva emancipazione femminile e un elevato livello di istruzione delle donne, queste si confrontano con numerose sfide poste da uno Stato patriarcale e da un sistema incentrato sulla disuguaglianza di genere. Cercherò quindi di analizzare i principali fattori che spingono gli iraniani, e in particolare le donne, a decidere di lasciare il Paese. Fornirò una descrizione storica e socio-giuridica, che considera anche diversi fattori politici, delineando la Repubblica Islamica come un sistema autoritario basato tanto sui principi religiosi quanto sui principi repubblicani.

Considererò come la lotta delle donne contro le condizioni e le leggi discriminatorie in Iran rappresenti uno dei primi e più duraturi movimenti che ancora cerca, attraverso diverse forme di resistenza, di portare avanti le sue rivendicazioni. Questo risulta evidente dall'indagine realizzata sul movimento di Mahsa, iniziato nel settembre 2022 e ancora in corso, che, pur essendo di natura femminile, comprende anche numerose altre rivendicazioni a livello nazionale, regionale e internazionale³.

2. Breve focus sullo sviluppo storico, sociale e politico nel contesto femminile della società iraniana

Da oltre un secolo, le donne iraniane si battono strenuamente per affermare i propri diritti. Nel marzo 2023, dopo un lungo periodo di dibattito e azioni, in gran parte guidate dalle donne, il Consiglio Islamico (*Majles*), il cosiddetto Parlamento, ha approvato il disegno di legge per la promozione della sicurezza delle donne che era stato già proposto nel 2012⁴. Dopo diversi anni di discussione, pur riconoscendo le notevoli carenze di questo disegno di legge nel promuovere la sicurezza della popolazione femminile, alcuni membri del Parlamento si sono comunque opposti con vigore a causa della percezione che le di-

³ S. ZAKERI, "Donna, Vita e Libertà": le proteste in Iran, in *Rivista Il Mulino*, 10 ottobre 2022, <https://www.rivistailmulino.it/a/donna-vita-e-libert-le-proteste-in-iran>.

⁴ Si veda, per i dettagli su disegno della legge, il sito di Parlamento: <https://rc.majlis.ir/fa/law/show/845048>.

sposizioni ivi contenute derivassero da una visione occidentale della società⁵.

Questa resistenza, espressa da gruppi islamisti ultra-radicali e da parlamentari in Iran, era già manifesta durante la Rivoluzione Costituzionale del 1906 e, più in particolare, durante il periodo della Monarchia Pahlavi (1925-1979). Quest'ultima era un'epoca in cui gli 'Ulama (autorità religiosa) avevano perso gran parte del loro potere e i conservatori erano stati ampiamente marginalizzati dal panorama politico e giuridico. Il programma di modernizzazione di Mohammad Reza Pahlavi e la laicizzazione forzata portata avanti dal padre, fondatore della monarchia, sebbene avessero limitato il potere del clero, non erano riusciti a eradicare completamente la loro influenza sull'autorità morale e sulla sfera pubblica della società iraniana⁶. Durante questo periodo, diversi gruppi femminili promossero attivamente la parità di genere, richiedendo in particolare la riforma del diritto di famiglia, la partecipazione politica e il diritto di voto. Con l'accesso delle donne all'istruzione superiore, queste rivendicazioni raggiunsero il loro apice negli anni '50 e '60 del XX secolo⁷.

Tuttavia, l'alleanza tra gli 'Ulama e i Bazari (mercanti, tradizionalisti), due poteri storicamente influenti nella politica interna del Paese, non fu di grande aiuto. Questi gruppi non erano favorevoli ai cambiamenti relativi ai diritti delle donne, contrariamente alle forze moderniste che sembravano più progressiste. Nonostante ciò, le questioni femminili divennero centrali nel dibattito tra questi due gruppi. Fu proprio durante la Rivoluzione Bianca e il programma di riforma dal 1953 al 1963 che, tramite un *referendum* nazionale (al quale solo gli uomini potevano partecipare), il suffragio femminile venne accettato⁸.

Dall'altra parte, la riforma agraria, uno dei punti chiave del programma di rinnovamento, minacciò l'indipendenza clericale e avviò la disgregazione di vasti territori precedentemente detenuti sotto le fon-

⁵ M. SHOJAEI, *Approvazione generale del disegno di legge per migliorare la sicurezza delle donne, senza menzionare la violenza domestica (il testo è in lingua persiana-traduzione a cura di autrice)*, in DW.com, marzo 2023, DW.com/fa-ir/65271571.

⁶ Si veda E. ABRAHAMIAN, *A History of Modern Iran*, Cambridge, 2008.

⁷ P. PAIDAR, *Women and the Political Process in Twentieth-Century Iran*, Cambridge, 1995, Capitoli 3-4.

⁸ E. ABRAHAMIAN, *op. cit.*

dazioni di beneficenza (*vaqf*). Queste terre erano essenziali per le entrate economiche del clero e per il mantenimento della sua autonomia, e molti membri di questa classe rivestivano ruoli di gestione a livello nazionale. Inoltre, il programma dello Shah erose le basi tradizionali del potere clericale; lo sviluppo dei tribunali secolari aveva già ridotto l'influenza clericale sulla legge e la giurisprudenza e l'accento delle riforme sull'istruzione laica erose ulteriormente l'ex monopolio degli 'Ulama in quel campo⁹.

Senza dubbio, la riforma agraria godeva di ampio sostegno e gli 'Ulama mobilitarono forze di opposizione conservatrici contro altre riforme, in particolare dopo il discorso di Ruhollah Khomeini alla Madrasa di Fayziye di Qom. Khomeini, che aveva insegnato in quel luogo per molti anni e al quale era stato conferito il titolo onorifico di Ayatollah, si espresse duramente contro le riforme della Rivoluzione Bianca, definendo "non islamica" l'estensione dei diritti politici alle donne e dichiarando che il *referendum* era incostituzionale, irrilevante e non poteva sostituire la *shari'a* (legge islamica). In risposta, il governo attaccò la scuola, causando la morte di diversi studenti e arrestò Khomeini. Successivamente, Khomeini fu esiliato, prima in Turchia, poi in Iraq e infine in Francia, fino alla rivoluzione popolare del 1979, diventando il *leader* religioso e carismatico della Rivoluzione¹⁰.

Il 17 settembre 1963, le donne iraniane votarono per la prima volta nelle elezioni parlamentari. Nel 1967 furono introdotte riforme moderate e significative del diritto di famiglia¹¹ attraverso la "Legge sulla protezione della famiglia" (LPF). Questa legge migliorò la posizione delle donne in merito al matrimonio e, in particolare, al diritto al divorzio, precedentemente prerogativa esclusiva del marito, che divenne soggetto alla decisione del tribunale; i matrimoni poligami divennero condizionati all'approvazione della prima moglie o del tribunale. La legge ampliò anche leggermente i diritti di custodia delle donne (suc-

⁹ Si veda R. JAHANBEGLOO, *Iran Between Tradition and Modernity*, Lexington, 2004.

¹⁰ A. TABARI, *The Role of the Clergy in Modern Iranian Politics*, in N. R. KEDDIE (ed.), *Religion and Politics in Iran: Shi'ism from Quietism to Revolution*, 1983, pp. 47-69.

¹¹ Si veda E. SANASARIAN, *The Women's Rights Movement in Iran: Mutiny, Appeasement, and Repression from 1900 to Khomeini*, New York, 1982.

cessivamente rivisti nel 1975) e cercò di correggere la disuguaglianza di genere di fronte alla legge, in particolare nel contesto del divorzio, limitando anche il diritto assoluto degli uomini al divorzio e alla custodia dei figli¹².

Tuttavia, le riforme mirate a migliorare lo stato delle donne furono violentemente contrastate dalla fazione religiosa conservatore, minacciata dalla riduzione della propria sfera di influenza. Così l'Ayatollah Khomeini annunciò pubblicamente (mentre era in esilio) che il divorzio secondo le nuove leggi non era riconosciuto religiosamente e quindi le donne divorziate che si sarebbero risposate avrebbero commesso bigamia e i loro figli sarebbero stati considerati illegittimi, incapaci di sposare musulmani¹³.

Dall'altra parte, come sottolinea la studiosa e attivista dei diritti umani Mehrangiz Kar, alcune donne che hanno sostenuto le politiche del governo senza discutere e i cui profili sono stati approvati dagli organi di sicurezza del paese, sono entrate nei consigli locali e nel sistema politico. A causa della differenza di classe di queste donne rispetto al resto della società iraniana, esse non erano rappresentative dell'intera popolazione femminile dell'Iran e non ne potevano esprimere i diversi bisogni e problemi, né rivendicare i loro pieni diritti. Di conseguenza, non hanno ottenuto il sostegno delle donne che erano attive in diversi circoli politici e, portando lo stigma di far parte del sistema di governo, non sono riuscite a raggiungere la popolarità tra le donne iraniane,

¹² "The FPL provided women with the right to seek a judicial divorce for cause, while also circumscribing men's unilateral right to divorce without cause. A couple could make their own arrangements regarding child custody, but a court could also intervene in these decisions, thus dissolving the automatic custody granted to fathers. The law also limited men's right to seek a second wife, giving the first wife cause for seeking judicial divorce should her husband take a second wife", A. OSANLOO, *Lessons from the Suffrage Movement in Iran*, in *The Yale Law Journal Forum*, 20 Gennaio 2020. Per maggiori dettagli, si veda A. OSANLOO, *Framing Rights: Women and Family Law in Pre- and Post-Revolutionary Iran*, in *New Middle Eastern Studies Journal*, 2015, pp. 1-18.

¹³ H. HOODFAR, S. SADR, *Islamic Politics and Women's Quest for Gender Equality in Iran*, in *Third World Quarterly*, pp. 885-903, S. RAZAVI, A. JENICHEN, *The Unhappy Marriage of Religion and Politics: Problems and Pitfalls for Gender Equality*, in *Third World Quarterly*, 2010, vol. 31, n. 6, pp. 833-850.

diventando, al contrario, figure simboliche negative perché accusate di essere filo-governative¹⁴.

Nonostante le molteplici sfide, nella seconda fase della monarchia Pahlavi (1941-1979), il ruolo delle donne e la loro presenza sono diventati uno dei pilastri della modernizzazione del Paese. Tuttavia, i diversi gruppi femminili hanno continuato a soffrire per vari motivi, alcuni dei quali menzionati in precedenza. In particolare, il *Sepāb-e Dāneš*¹⁵ o “esercito del sapere” ha portato alla crescita dell’istruzione femminile anche nelle zone più sottosviluppate del paese. Allo stesso tempo, la crescita dell’emancipazione femminile nella sfera pubblica e politica è stata un elemento fondamentale negli ultimi anni del regno di Mohammad Reza Shah, considerando che le donne servirono come rappresentanti in Parlamento e come giudici e vennero nominate in posizioni influenti nella dirigenza media e alta in varie entità governative, soprattutto grazie alla resistenza nei confronti delle autorità religiose¹⁶. La partecipazione attiva delle donne nelle proteste contro la monarchia e durante la Rivoluzione del 1979 è un esempio emblematico di questa evoluzione.

Nel periodo post-rivoluzionario, con la fondazione della Repubblica Islamica, il panorama femminile ha subito un cambiamento significativo. Sorprendentemente, nonostante molte posizioni religiose contrarie alla presenza delle donne in vari ambiti socio-politici, l’Ayatollah Khomeini ha permesso alle donne non solo di votare e partecipare alla politica, ma ha anche affermato che, secondo la *shari’a*, le donne sono obbligate a partecipare alla sfera politica. Questa decisione inattesa era

¹⁴ M. KAR, G. FARSHI, *Focusing on Women in the Internal Politics of Iran*, in *The Brown Journal of World Affairs*, 2008, vol. 15, n. 1, pp. 75-86.

¹⁵ F. SABAHI, *Literacy Corps, (Sepāb-e dāneš)*, in *Encyclopaedia Iranica*, <https://www.iranicaonline.org/articles/literacy-corps-1>. I giovani in possesso del diploma di istruzione secondaria, principalmente dalla classe media urbana, avevano la possibilità di prestare servizio nel Corpo di Alfabetizzazione, come servizio militare di due anni. Inviati nelle zone rurali, 166.949 uomini e 33.642 donne (dal 1969 in poi), hanno insegnato a oltre 2,2 milioni di bambini di età compresa tra i sei e i dodici anni che non avevano ancora frequentato la scuola fino alla seconda elementare, oltre che ad un milione di adulti.

¹⁶ M. KAR, A. POURZAND, *Iranian Women in the Year 1400: The Struggle for Equal Rights Continues*, in *Atlantic Council*, 2021.

dovuta alla necessità di assicurare il sostegno delle donne nel referendum del 1979 e di dimostrare al mondo, in particolare ai Paesi musulmani, che un sistema politico basato sui principi religiosi e sui valori islamici non esclude l'emancipazione femminile dai doveri socio-politici. Questa decisione, basandosi sulla concezione che la legge divina islamica protegge tutti i credenti, ha portato a diversi cambiamenti significativi in Iran. In particolare, le donne provenienti da famiglie molto religiose e tradizionaliste, dove gli uomini non consentivano alle donne di uscire in pubblico, hanno riempito le strade in risposta all'ordine dell'Ayatollah Khomeini, il quale ha prevalso sulla volontà degli uomini all'interno delle famiglie.

Tuttavia, sebbene le donne abbiano mantenuto il diritto di voto e la partecipazione politica, la nuova Costituzione della Repubblica Islamica dell'Iran ha eroso molti dei loro diritti, aggravando la disuguaglianza di genere e la discriminazione nei confronti dei diritti fondamentali delle donne. In particolare, l'abrogazione della "Legge sulla protezione della famiglia", che offriva sotto vari aspetti una tutela giuridica alle donne, ha generato nuovi ostacoli e sofferenze per il genere femminile nell'ambito del nuovo sistema¹⁷.

In effetti, l'articolo 10 della Costituzione enuncia l'importanza del-

¹⁷ S. ZAKERI, *Le rivendicazioni delle donne e le proteste in Iran: le radici femminili della rivolta in Iran*, in *Questione Giustizia*, ottobre 2022, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/iran-proteste>: "le donne e le associazioni femminili appoggiarono e parteciparono alla Rivoluzione del '79, come dimostrazione di solidarietà con gli ideali della Rivoluzione e rifiuto dell'orientamento occidentale del regime di Pahlavi, non immaginando che un giorno avrebbero dovuto cedere all'uso obbligatorio del velo – non più solo simbolo di protesta - per poi ritrovarsi con un governo patriarcale islamico; non immaginando, inoltre, che avrebbero perso gran parte dei diritti acquisiti dal regime precedente grazie alle leggi sulla protezione della famiglia del 1969 e del 1973, che Khomeini annullò dopo due settimane dall'ascesa al potere. Oltre al velo obbligatorio anche tanti altri diritti sono stati tolti: in tribunale due testimonianze di donne sono uguali alla testimonianza di un uomo; le donne ereditano la metà delle loro controparti maschili; le difficoltà e gli ostacoli nell'ottenere la custodia dei figli dopo il divorzio sono enormi, così come nel trasferimento della cittadinanza se si sposano con un cittadino non iraniano; sussiste l'obbligo di chiedere il permesso al marito o al padre per uscire dal paese o per lavorare; è quasi impossibile per una donna diventare giudice. Il valore della vita stessa di una donna è la metà di quello di un uomo".

le donne per lo Stato in funzione del loro ruolo nella famiglia, considerata l'unità fondamentale di una nazione islamica etica e stabile. E proprio il preambolo della Costituzione sottolinea che nella creazione di istituzioni sociali islamiche: *“The family is the fundamental unit of society and the main center for the growth and edification of human being. Compatibility with respect to belief and ideal, which provides the primary basis for man’s development and growth, is the main consideration in the establishment of a family. It is the duty of the Islamic government to provide the necessary facilities for the attainment of this goal. This view of the family unit delivers woman from being regarded as an object or as an instrument in the service of promoting consumerism and exploitation. Not only does woman recover thereby her momentous and precious function of motherhood, rearing of ideologically committed human beings, she also assumes a pioneering social role and becomes the fellow struggler of man in all vital areas of life. Given the weighty responsibilities that woman thus assumes, she is accorded in Islam great value and nobility”*¹⁸.

L'articolo 21 della Costituzione della Repubblica Islamica, invece, enfatizza che i diritti delle donne devono essere garantiti in conformità ai criteri islamici¹⁹. Pertanto, le donne si trovano all'interno di uno Stato patriarcale che da un lato concede alcuni diritti per dimostrare che le donne fanno parte della popolazione attiva negli affari socio-politici, ma dall'altro lato enfatizza che il ruolo principale delle donne in una società islamica è quello all'interno della famiglia e nell'educazione dei figli.

Il passaggio da una società laica e occidentalizzata pre-rivoluzionaria a una società basata sui valori islamici e, in particolare, su quelli sciiti, ha avuto ripercussioni rilevanti. Questa trasformazione culturale forzata e non organica ha generato confusione e delusione, soprattutto tra coloro che parteciparono alla rivoluzione sperando in un incremento dei diritti e del benessere sociale. Tale malcontento è culminato in un crescente rifiuto da parte della nuova generazione ira-

¹⁸ UNHCR, *The Constitution of the Islamic Republic of Iran, 1989, in Refworld*, <https://www.refworld.org/docid/3ae6b56710.html>.

¹⁹ Si veda Z. MIR-HOSSEINI, *Marriage on Trial: A Study of Islamic Family Law*, London, 1993.

niana in diverse fasi storiche. Il movimento femminile è stato uno dei movimenti più resilienti, portando avanti la sua lotta per i diritti delle donne durante tutti questi anni.

Nonostante lo Stato iraniano sia intrappolato in un contesto patriarcale e incapace di riformarsi, la società e le singole famiglie non si sono fermate di fronte alle nuove prospettive e sfide, compreso il riconoscimento di uno Stato equo e giusto per le donne.

Questo divario tra la società e lo Stato sui diritti di genere può essere illustrato dall'esempio dei contratti prematrimoniali. Da diversi decenni, le famiglie iraniane richiedono allo sposo di firmare un contratto che garantisce alla donna tutti i diritti negati dal Codice civile, come il diritto di studiare o viaggiare senza il permesso del marito, o la custodia dei figli dopo il divorzio. Una volta firmato da entrambe le parti, il contratto viene legalizzato attraverso un notaio.

Negli ultimi decenni, il ruolo delle donne e i loro diritti nella sfera socio-politica ed economica del paese sono diventati strumenti di campagne elettorali, utilizzati per attirare l'attenzione delle donne verso candidati che promettono di soddisfare le rivendicazioni femminili²⁰. Tuttavia, è evidente che il discorso sulla condizione delle donne e sui diritti umani²¹ è diventato profondamente politicizzato, con le fazioni governative che competono per il controllo e il potere, utilizzando questi temi come armi. Spesso, queste rivendicazioni vengono messe in discussione, etichettate come "valori occidentali" e considerate in contrasto con i "valori islamici" di una società musulmana, soprattutto ora che il sistema politico è dominato dalla fazione conservatrice e con ideologia vicina a *Beyt-e Rabbai*, la casa dell'attuale supremo *leader*, Ali Khamenei.

²⁰ Club dei Giovani Giornalisti, *Usare le donne come strumento per ottenere voti alle elezioni non è corretto*, (Il testo è in lingua persiana-traduzione a cura di autrice), <http://www.yjc.ir/00WfZT> .

²¹ La Carta dei diritti del cittadino, proposta dal Presidente Hassan Rouhani nel 2016: "Sulla base dell'articolo 134 della Costituzione della Repubblica islamica dell'Iran, annuncio la "Carta dei diritti del cittadino" come piano e politica del governo per rispettare e promuovere i diritti fondamentali della nazione iraniana" (Il testo è in lingua persiana-traduzione a cura di autrice), <https://media.president.ir/uploads/ads/148214204462093500.pdf> .

Attualmente, ci sono 16 donne su 290 membri nel Parlamento iraniano, ma la presenza femminile è condizionata dall'appartenenza ad un determinato gruppo politico. La fragilità del sistema politico iraniano e l'assenza di una voce che possa mediare o almeno portare alla discussione le rivendicazioni della maggioranza della popolazione hanno messo in dubbio gli elementi repubblicani del sistema, criticando fortemente il potere assoluto del Consiglio dei Guardiani²².

Infine, un fenomeno recente che ha avuto un impatto significativo sulla lotta per i diritti delle donne è l'emergere di un gruppo di donne religiose ed istruite nella sfera socio-politica del paese. Queste donne, che godono del pieno sostegno del sistema di potere, sono diventate promotrici di politiche radicali e fondamentaliste. Si tratta di un elemento nuovo che non esisteva prima della Rivoluzione, un fenomeno che potrebbe essere definito "donne contro le donne". Queste donne, che aspirano a seguire la *Shari'a*, guidano organizzazioni sostenute e promosse dal governo e sono riuscite a ottenere posizioni decisionali anche all'interno del Parlamento. Spesso, queste donne ostacolano gli obiettivi e le attività di altre donne che hanno meno voce nell'arena politica, limitando la promozione dei diritti delle donne in Iran²³.

Durante il periodo del Presidente riformista, Mohammad Khatami (1996-2005), l'apertura limitata dello spazio per il movimento femminile laico ha permesso a donne di diverse estrazioni, inclusa quella non religiosa, di ottenere ruoli dirigenziali, di emergere nei media e di promuovere lo sviluppo di organizzazioni non governative (ONG). Queste organizzazioni hanno potuto spingere per riforme concrete riguardanti i diritti delle donne. Benché questo periodo abbia avuto un impatto positivo a livello sociale, la presenza di gruppi fondamentalisti e di diversi consigli, come il Consiglio dei Guardiani, ha ostacolato la promozione dei diritti delle donne. Numerose attiviste sono arrivate alla conclusione che finché religione e politica non saranno separate, non si potrà sperare in un miglioramento sostanziale²⁴.

²² S. ZAKERI, *Women Contribution to the Modern Political Space in Iran*, in *Euras Journal of Social Sciences*, 1 aprile 2022, vol. 2.

²³ M. KAR, G. FARSHI, *op. cit.*.

²⁴ Il Consiglio dei Guardiani ha usato il suo potere per abbattere tutte le riforme legislative approvate dal Parlamento. Significativamente hanno squalificato tutti i can-

La situazione per le donne è ulteriormente peggiorata con l'arrivo del Presidente conservatore, Mahmud Ahmadinezhad. Le donne presenti nel Settimo Parlamento (2004-2008) sono diventate l'emblema del fenomeno "donne contro donne", utilizzando la loro posizione per difendere leggi discriminatorie come la poligamia e per enfatizzare il ruolo primario della donna come moglie e madre, relegando altri ruoli nella società iraniana in secondo piano. Il periodo del governo di Ahmadinezhad è stato particolarmente oppressivo, con la repressione di due importanti movimenti: la campagna "Un Milione di Firme" per i pari diritti e l'uguaglianza di genere (2006-2009)²⁵, e il movimento verde pro-democrazia (2009-2010). Questi rappresentano gli ultimi tentativi organizzati su larga scala per un cambiamento graduale verso la democrazia, con il supporto dei gruppi riformisti. Nonostante non siano riusciti a raggiungere pienamente i loro obiettivi, hanno avuto un impatto positivo a livello sociale e culturale in Iran, continuando anche con altre campagne come "Stop alla lapidazione per sempre", che ha avuto anche un impatto internazionale, e "Madri per la Pace", per la crisi economica e le sanzioni contro l'Iran²⁶.

didati riformisti noti, inclusi tutti i membri riformisti del Parlamento in carica per le elezioni parlamentari del 2004. In un atto di protesta, tutti i parlamentari riformisti si sono dimessi in massa. A. BAYAT, *Making Islam Democratic: Social Movements and the Post-Islamist Turn*, Stanford, 2007.

²⁵ M. HOSSEINKHAH, *1997-2009: Women's Movement and Twelve Years of Institutionalization and Continuous Struggle against Inequality*, in *Aasoo*, 3 November 2018, <https://www.aasoo.org/fa/articles/1812>.

²⁶ Esistono anche altri esempi concreti come la campagna di successo *Stop Stoning Forever*. Questa volta le donne attiviste sui diritti umani, con il ritorno della lapidazione con l'ascesa al potere di Ahmadinejad, sono andate contro al governo minando la sua legittimità. Lanciata da un piccolo comitato, tra cui una delle autrici, l'avvocato per i diritti umani Shadi Sadr, l'iniziativa ha attirato l'attenzione dei media internazionali e ha portato alla formazione di più ampie coalizioni transnazionali di donne che lottano per fermare la violenza contro le donne perpetrata in nome della cultura e della religione. Questi sviluppi sono culminati nella *Global Campaign 'Stop Stoning and Killing Women* da parte della rete transnazionale *Women Living under Muslim Laws* nel 2007. Questa azione ha messo molto in imbarazzo il regime iraniano, al punto che ha sviluppato un'argomentazione legale e teologica per abbandonare la lapidazione da parte del sistema giuridico". H. HOODFAR, S. SADR, *cit.* Inoltre, un'altra fondata nel 2006, *Mothers for Peace*, è una campagna con circa 700 partecipanti provenienti da diverse formazioni politiche e classi sociali che si oppongono a qualsiasi forma di vio-

Le donne si sono mobilitate anche per i diritti dell'infanzia, i diritti ambientali, i diritti dei gruppi etnici e delle minoranze religiose, i diritti del lavoro, i diritti LGBTIQ+ e la salute pubblica, opponendosi alla corruzione e alla crisi economica. Hanno partecipato a tutte le proteste nazionali del 1998, 2009, 2017-2018-2019, interrotte solo dal COVID-19, e hanno continuato con proteste, dal carattere prettamente femminile, con "Donna, Vita, Libertà", a partire dal settembre 2022.

La presenza delle donne in diverse sfere pubbliche in tutti questi anni e il loro tentativo di sfidare le regole discriminatorie del sistema hanno portato la società iraniana a prendere coscienza dell'ingiustizia perpetrata nei confronti della metà della popolazione²⁷.

Un altro elemento significativo è stato l'uso dei *social media*, che a partire dal 2006 sono diventati uno degli strumenti principali per le organizzazioni e i gruppi femminili nella lotta per i diritti delle donne. Tramite queste piattaforme, come *Clubhouse*, *Twitter*, *Instagram*, *Telegram* e *Facebook*, nonostante le restrizioni all'accesso libero ad *Internet*, sono state trasmesse notizie e immagini sulla violenza subita durante le diverse proteste, a partire dal movimento verde del 2009, organizzando *webinar* e seminari *online* per promuovere la consapevolezza e coinvolgere la nuova generazione iraniana nella questione femminile. In merito all'uguaglianza di genere e ai pari diritti, uno di questi gruppi di donne, attive online, è il gruppo di *Bidarzani* o letteralmente "donne sveglie", che non solo analizza e ha un *focus* particolare sull'Iran, ma che monitora anche altre forme della resistenza delle donne, dei gruppi femministi e delle rivendicazioni femminili nella regione, come in Iraq e in Afghanistan²⁸.

Nonostante alcuni progressi compiuti durante la presidenza del moderato Hassan Rouhani (2013-2021), l'Iran non è riuscito a ratifica-

lenza, povertà e oppressione. L'organizzazione ha svolto un ruolo importante nell'opporsi alle sanzioni contro l'Iran, sostenendo nel 2013 che le sanzioni stavano "vittimizzando il tessuto stesso della società che intendiamo rafforzare". T. POVEY, *The Impact of Sanctions and Neo-Liberalism on Women's Organising in Iran*, London, 2016.

²⁷ A. BAYAT, *Life as Politics: How Ordinary People Change the Middle East*, Stanford, 2010, pp. 87-89.

²⁸ Si veda il sito web "in lingua persiana" di <https://bidarzani.com/>.

re la Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne. Sebbene il governo abbia accettato la Dichiarazione universale dei diritti umani e ratificato trattati generali sui diritti umani, come il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e il Patto internazionale sui diritti civili e politici, che promuovono principi di uguaglianza e non discriminazione, lo stato politico e giuridico attuale dell'Iran conferma che le donne e le ragazze continuano ad essere trattate come cittadine di seconda classe²⁹.

3. *Emigrazione femminile: cause e sfide della società iraniana*

Come molti altri cambiamenti nel mondo, anche il fenomeno dell'emigrazione non è stato estraneo a queste trasformazioni, soprattutto per quanto riguarda le donne, che stanno influenzando attivamente il percorso della mobilità globale³⁰. In generale, il contesto economico e politico del Paese di origine spinge sia uomini che donne a prendere decisioni migratorie. Tuttavia, per le donne, vi sono anche elementi discriminatori che riguardano i loro diritti fondamentali, come l'accesso all'istruzione, la partecipazione politica e sociale e la sfera familiare, che causano varie limitazioni nel momento in cui una donna decide di trasferirsi altrove, aumentando il fenomeno della femminilizzazione del percorso migratorio dall'Iran³¹.

Il fenomeno migratorio delle donne iraniane, e degli iraniani in generale, ha attraversato diverse fasi e ha avuto diverse motivazioni nel corso degli anni. Una delle prime ondate migratorie si è verificata subito dopo la Rivoluzione del 1979, quando molti individui altamente istruiti, in gran parte legati alla famiglia reale dei Pahlavi, hanno lascia-

²⁹ M. KAR, A. POURZAND, *Iranian Women in the Year 1400: The Struggle for Equal Rights Continues*, in *Atlantic Council*, 29 Aprile 2021, <https://www.atlanticcouncil.org/in-depth-research-reports/issue-brief/iranian-women-in-the-year-1400-the-struggle-for-equal-rights-continues/>.

³⁰ UN Department of Economic and Social Affairs Population Division, *International migrants as a percentage of total population*, 2019.

³¹ N. BAVILI, *Feminization of Immigration From Iran Since 1979*, in *European Journal of Humanities and Social Sciences*, 13 maggio 2022, www.ej-social.org.

to il Paese. Successivamente, con la fondazione della Repubblica Islamica, numerosi attivisti politici, intellettuali, giovani e studenti delusi dall'esito della rivoluzione e dal potere che è passato nelle mani del clero e degli islamisti, hanno deciso di emigrare. In particolare, durante la rivoluzione culturale (1980-1983), uno degli elementi che ha dato origine alla migrazione dei professori universitari, e delle loro famiglie, dall'Iran, è stato il processo verso l'islamizzazione forzata delle università, attraverso la pulizia accademica e la modifica del curriculum, oltre alle terribili conseguenze dell'espulsione di alcuni dei professori più qualificati e degli studenti che non erano in linea con i principi islamici e rivoluzionari degli islamisti³².

La seconda ondata migratoria è avvenuta durante e dopo la guerra tra Iran e Iraq (1980-1988), causata dall'invasione del regime *Ba'th* di Saddam Hussein. Durante questo periodo, l'ideologia religiosa della Repubblica Islamica si è consolidata e sono stati attuati vari programmi per promuovere l'identità sciita rispetto a quella iraniana.

La terza ondata di massa dell'emigrazione in Iran si è verificata durante la presidenza riformista di Mohammad Khatami (1996-2005). In particolare, dopo le tensioni tra gli studenti e l'autorità governativa, che hanno causato l'evento di *Kouy-e-Daneshgah* (la via dell'università) il 9 giugno 1999, con l'uccisione di diversi studenti e l'arresto di intellettuali, giornalisti e attivisti, si è assistito a un'importante emigrazione di studenti universitari e di élite iraniani verso Paesi sviluppati, in particolare Stati Uniti, Canada e Paesi europei³³.

Era anche il periodo dell'assassino degli intellettuali e delle élite politiche e militari noto con il nome di "Omicidi a catena dell'Iran"³⁴, quando le promesse di Khatami nelle sue campagne elettorali, dove aveva avuto il più alto livello di partecipazione degli iraniani alle elezioni presidenziali (quasi l'80%), non furono realizzate pienamente e gran parte della popolazione, soprattutto giovani e studenti, persero

³² R. RAZAVI, *The Cultural Revolution in Iran, with Close Regard to the Universities, and Its Impact on the Student Movement*, in *Middle Eastern Studies*, 2009, vol. 45, n. 1, pp. 1-17.

³³ Si veda A. AMANAT, *Iran: A modern history*, Yale, 2017.

³⁴ S. FOWLER, *Iran's Chain Murders: A wave of killings that shook a nation*, in *BBC News*, 2 Dicembre 2018, <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-46356725>.

fiducia e credibilità verso la fazione dei riformisti e verso il processo di riforma graduale del sistema³⁵.

Questa migrazione è stata alimentata dalla delusione verso il mercato del lavoro iraniano e dalla mancanza di sicurezza e stabilità nel Paese. Di certo, una perdita di capitale umano, per la mancanza di sicurezza e di un futuro stabile, che è andata formando un nuovo fenomeno migratorio, non relativo solo alla situazione post-bellica e alla crisi economica, ma alla situazione politica e sociale.

Durante il mandato del Presidente conservatore Mahmud Ahmadinezhad (2005-2013), si è verificata invece la quarta ondata, in particolare in seguito alla formazione del movimento verde pro-democrazia, dopo le elezioni presidenziali del 2009, caratterizzate dalla rielezione di Ahmadinezhad e da presunte frodi elettorali. In molte grandi città si sono tenute diverse manifestazioni che hanno richiesto una riorganizzazione delle elezioni. Il movimento verde è stato una delle proteste a livello nazionale che, per la prima volta dopo la fondazione della Repubblica Islamica nel 1979, ha compreso una serie di richieste che spaziavano dalla libertà di espressione alla giustizia sociale e alla democrazia, fino alla fine della dittatura. Il governo ha represso duramente le proteste del movimento verde, utilizzando la violenza e arrestando giornalisti, intellettuali, attivisti e studenti. Ciò ha portato a un aumento significativo dell'emigrazione di massa dal Paese, inclusi numerosi richiedenti asilo politico in fuga da un sistema iraniano oppressivo³⁶.

Effettivamente, il periodo del mandato di Ahmadinezhad ha causato molte crisi, sia a livello nazionale che internazionale. L'oppressione della libertà di espressione e dei diritti civili, insieme alle sanzioni economiche imposte dalla comunità internazionale a causa delle attività nucleari dell'Iran, l'aumento della corruzione e una cattiva gestione economica hanno influenzato in modo significativo la decisione degli iraniani, soprattutto quelli istruiti, di emigrare. La fuga dei cervelli era

³⁵ I riformisti cercavano i programmi di riforma e approcci più liberali nell'*establishment*; criticavano i principi e le politiche del regime sostenendo che il dominio religioso istituzionalizzato era sbagliato.

³⁶ Si veda H. DABASHI, *Iran, the Green Movement and the USA*, London e New York, 2010.

diventata una delle sfide per la Repubblica Islamica, poiché ogni anno un numero crescente di giovani generazioni cercava nuove opportunità lavorative e una migliore qualità di vita all'estero, evidenziando la fragilità del sistema nel fornire programmi adeguati a una società giovane in cui il ruolo delle donne era diventato fondamentale.

Ad oggi, il fenomeno migratorio iraniano continua ininterrotto e neppure la vittoria del Presidente moderato Hassan Rouhani, né la firma dell'accordo sul nucleare (JCPOA) *The Joint Comprehensive Plan of Action* e l'apertura graduale dell'Iran ai mercati internazionali, sono riusciti a fermare la fuga dei cervelli.

La situazione ha conosciuto un breve periodo di calma, che è durato solo un paio di anni, durante l'amministrazione dell'ex Presidente statunitense Donald Trump, quando gli Stati Uniti si sono ritirati unilateralmente dall'accordo del 2015. Questo ha portato all'isolamento dell'Iran e all'imposizione di nuove sanzioni che hanno fortemente indebolito l'economia del Paese con un tasso di inflazione che ha superato il 50%³⁷.

Infatti, la quarta ondata iniziò proprio dopo le proteste del 2017-18 e del 2019, innescate dall'aumento dei prezzi della benzina e dalla crisi economica, nonché dopo l'inizio del movimento Mahsa, nel 2022, per un cambio radicale del sistema appoggiato fortemente dalla nuova generazione e dalle donne. Come in precedenza, le reazioni del governo a questi eventi sono diventate progressivamente più violente, causando nella società tassi più elevati di stress post-traumatico³⁸.

Il fenomeno migratorio attuale in Iran è alimentato dalle percezioni degli iraniani altamente qualificati sul potenziale per le loro future carriere, guadagni e opportunità di espressione, soprattutto tra coloro che non hanno più speranza di vedere un sistema riformato e che dispongono delle risorse economiche necessarie per lasciare il Paese.

D'altra parte, spesso gli iraniani che studiano all'estero non fanno ritorno dopo la laurea, mettendo a frutto le proprie competenze nei Paesi in cui risiedono.

³⁷ Crisis Group Middle East, *Is Restoring the Iran Nuclear Deal Still Possible?*, Briefing N°87, Tehran/Washington/Brussels, 12 settembre 2022.

³⁸ A. BAYAT, *L'Iran è sull'orlo di un'altra rivoluzione? (il testo è in lingua persiana, traduzione a cura dell'autrice)*, in *Zeitoons.com*, 2022.

Dopo aver analizzato brevemente il fenomeno migratorio e le tappe storiche, è possibile concentrarsi sulla migrazione femminile in Iran. Le donne iraniane, come sottolinea Asef Bayat, si sono “imposte come attori pubblici e sono riuscite a portare un significativo cambiamento nelle dinamiche di genere, rafforzandosi nell’istruzione, nel lavoro e nei diritti familiari, aumentando nel contempo la propria autostima”³⁹. Questa presenza si riflette anche nel fenomeno migratorio. Oggi, oltre alle donne che seguono i propri mariti o familiari nel percorso migratorio, ci sono anche donne che partono da sole, sia per motivi di studio che di lavoro, lasciando l’Iran per altre destinazioni.

Nonostante le donne iraniane abbiano un livello di istruzione superiore rispetto agli uomini, spesso non sono ben accolte sul mercato del lavoro, che offre maggiori opportunità agli uomini sposati e poi ai celibi, prima di considerare le donne. I dati empirici raccolti sulle donne iraniane mostrano che il loro livello di alfabetizzazione è molto elevato rispetto ad altri Paesi della regione. Ad esempio, nel 2008 oltre il 60% delle posizioni universitarie era occupato da donne e ancora oggi, nonostante l’applicazione di diverse regole e norme discriminatorie contro le donne per garantire un equilibrio tra uomini e donne istruite, la percentuale di partecipazione delle donne nel campo dell’istruzione supera il 50%⁴⁰. Tuttavia, come in altri Paesi del Medio Oriente, nonostante il loro alto livello di istruzione, le donne rappresentano ancora una minoranza nell’economia formale, e la percentuale di partecipazione femminile alla forza lavoro in Iran è ancora inferiore al 18%, nonostante il loro elevato livello di istruzione. Questa bassa percentuale si riflette anche nell’emancipazione politica delle donne e nella loro presenza nelle posizioni decisionali. Ad esempio, nelle ultime elezioni parlamentari del 2020, solo poche posizioni erano riservate alle donne, e questa bassa percentuale si applica anche alle elezioni regionali e municipali⁴¹.

Inoltre, a causa della critica situazione economica in Iran, si registra un’emigrazione di carattere economico che va oltre quella degli

³⁹ A. BAYAT, *cit.*

⁴⁰ E. ROSTAMI-POVEY, *Women’s Education and Employment in Iran*, in S. TAKHAR (ed.), *Gender and Race Matter: Global Perspectives on Being a Woman*, Bingley, 2015.

⁴¹ T. POVEY, *cit.*

studenti, che è in corso fin dagli anni '90. Le donne iraniane, deluse dal mercato del lavoro, cercano opportunità lavorative migliori nei Paesi occidentali, soprattutto in quelli di lingua inglese. Negli ultimi anni, anche medici, infermieri e altre figure del personale sanitario si sono interessati alle offerte di lavoro dei Paesi arabi e delle monarchie del Golfo persico⁴², mentre il Paese ha una carenza di disponibilità per queste professioni.

Si stima che tra i 4 e i 5 milioni di iraniani vivano nella diaspora. Considerando il tasso di alfabetizzazione superiore all'87% e l'alta percentuale di iraniani laureati, gli iraniani sono considerati immigrati istruiti e la loro emigrazione dal paese d'origine è considerata una "fuga dei cervelli" o il fenomeno del cosiddetto "*brain drain*". Nel frattempo, anche il rapporto migranti/popolazione dell'Iran è costantemente aumentato da circa l'1,3% nel 1978, al 2,2% nel 1979 e infine al 3,8% nel 2019⁴³. In effetti, i risultati di un'analisi empirica fatta dall'Università Vrije Universiteit (VU) Amsterdam, nel 2016, dimostrano che l'istruzione è la ragione principale per cui gli iraniani migrano verso l'Europa occidentale, venendo però anche spesso menzionate le ragioni politiche come le più importanti per lasciare l'Iran⁴⁴.

Questi fattori evidenziano l'importanza della diaspora iraniana, formata principalmente da emigrati dalla classe media, nella politica, nelle decisioni e nei movimenti socio-politici all'interno del Paese in cui risiedono⁴⁵. Negli ultimi anni, l'impoverimento della classe media all'interno del Paese a causa della crisi economica, sta comportando una progressiva diminuzione dell'emigrazione. Questo fenomeno, unito alla relativamente giovane età della diaspora iraniana, in termini storici, spiega perché solo in Paesi come gli Stati Uniti e il Regno Unito si sia arrivati ad una seconda o terza generazione⁴⁶.

⁴² B. JALALIPUR, *Perché 16.000 medici sono emigrati dall'Iran? (il testo è in lingua persiana-traduzione a cura dell'autrice)*, in *Giornale Doniyaye Eghtesad*, agosto 2022.

⁴³ P. AZADI, M. MIRAMEZANI B. MESGARAN, *cit.*

⁴⁴ A. HONARI, M.J. VAN BEZOUW, P. NAMAZIE, *The Role and Impact of Iranian Migrants in Western Europe*, Amsterdam, 2017.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Per maggiori analisi sulle caratteristiche della diaspora iraniana, si veda M. M. MOBASHER (ed.), *The Iranian Diaspora: Challenges, Negotiations, and Transformations*, Texas, 2018.

Durante la rivolta femminile del 2022, ad esempio, la diaspora iraniana, nonostante l'assenza di un centro unico di coordinamento, si è mobilitata prima di tutto come testimone e successivamente come intermediaria verso organizzazioni socio-politiche per spingere il governo iraniano ad ascoltare la volontà del suo popolo. Le organizzazioni femminili iraniane hanno anche un impatto significativo nell'interazione con reti internazionali, nella sensibilizzazione a livello internazionale, nel sostegno finanziario e nell'attivazione di forum e conferenze internazionali, in cui attivisti e gruppi di campagna ottengono visibilità e legittimità. Come afferma la studiosa Tara Povey "le opinioni delle donne attiviste iraniane sulla solidarietà transnazionale non sono quindi dovute all'insularità delle organizzazioni o alle prospettive politiche, ma all'esperienza vissuta della politica estera occidentale nel paese e nella regione"⁴⁷.

Inoltre, la migrazione femminile in Iran non si limita solo ai fattori menzionati in precedenza, ma coinvolge anche numerose giovani donne sportive che ogni anno lasciano il paese per sfruttare migliori offerte e condizioni offerte da altri Paesi. Diverse campionesse nazionali abbandonano con orgoglio la squadra nazionale perché non accettano più i controlli ideologici e le condizioni di retribuzione e supporto inferiori rispetto ai loro colleghi maschi. In effetti, "le ragioni per cui gli atleti lasciano il Paese sono inquadrabili in quattro grandi categorie: economiche, politiche, professionali e sociali, con il finanziamento e la mancanza di infrastrutture e strutture che rappresentano una preoccupazione fondamentale"⁴⁸.

4. Conclusioni

Le donne in Iran hanno dimostrato una costante determinazione nel combattere per i propri diritti fondamentali. Nonostante le numerose sfide, sono aperte a provare diverse strategie sia a livello nazionale che internazionale per contribuire al movimento di emancipazione

⁴⁷ T. POVEY, *cit.*

⁴⁸ B. GHOLIPOUR, *Researchers Ask: Why do Athletes Keep Leaving Iran?*, in *IranWire*, 28 luglio 2021.

femminile e alla lotta per l'uguaglianza di genere. Nel ventunesimo secolo, i gruppi e le organizzazioni femminili si sono mobilitati per spingere il sistema dal basso e hanno ottenuto numerosi risultati attraverso il lavoro con movimenti femministi transnazionali. Queste collaborazioni hanno riguardato campagne su questioni come la pena di morte, le molestie e la violenza contro le donne, l'adulterio, la lapidazione e il delitto d'onore. Inoltre, si è dedicata particolare attenzione alla campagna per "Un Milione di Firme", un'iniziativa che ha raggiunto obiettivi significativi.

Negli ultimi anni, gli attivisti per i diritti delle donne hanno ampliato le loro preoccupazioni, passando dall'essere focalizzati esclusivamente sulla democrazia, i diritti civili e i diritti umani a ricomprendere anche questioni di disuguaglianza sociale ed economica. È evidente che le donne istruite non tollerano più i ruoli e le posizioni tradizionali imposte loro dal sistema patriarcale iraniano e spesso si rifiutano volentieri di accettarli, anche se ciò comporta la perdita di posizioni lavorative e sociali. Questo cambiamento e la resistenza sono evidenti nella disobbedienza civile delle donne che si oppongono all'obbligo del velo e si presentano in pubblico senza di esso, correndo il rischio di insulti e arresti da parte delle autorità iraniane. Le donne iraniane rifiutano i ruoli prescritti dal sistema patriarcale.

La mancanza di una protezione adeguata, che non sia "basata su principi religiosi e patriarcali", ma che consideri le donne come cittadine con pari *status* rispetto agli uomini, da parte del governo e dello Stato, soprattutto in ambito giuridico, ha portato molte donne iraniane a emigrare e cercare protezione in altri Paesi. L'aumento del fenomeno migratorio delle donne in Iran, soprattutto negli ultimi due decenni, è il risultato delle leggi discriminatorie del sistema patriarcale, che rifiuta qualsiasi modifica o trasformazione per migliorare le condizioni di vita delle donne. Questo stile di vita, caratterizzato da sfide imposte dalla Repubblica Islamica fin dal 1979, va contro i valori sociali sviluppati dalla popolazione e da una società moderna e giovane.

È evidente che la nazione e la società iraniana, soprattutto dopo la rivolta femminile del settembre 2022, hanno compreso che il sistema autoritario iraniano deve aprirsi ad un cambiamento radicale e, a questo fine, consentire lo svolgimento di un referendum popolare che sancisca l'emancipazione e la liberazione delle donne dagli schemi religio-

si e patriarcali. Molti dei diritti rivendicati sono già presenti nella Costituzione iraniana, ma non vengono adeguatamente garantiti. Fino a quando il sistema non adotterà misure concrete, questa tensione tra teoria e prassi e la sottostante questione femminile rimarranno aperte e continueranno a rappresentare un fattore di divisione tra l'autorità governativa e il popolo iraniano.

Abstract

Il movimento delle donne in Iran ha dimostrato di essere una delle poche entità rimaste a lottare per la giustizia, la libertà e l'uguaglianza di genere. Ciononostante, proprio a causa delle condizioni inadeguate in cui sono costrette a vivere in Iran, tante donne decidono di lasciare il proprio Paese. L'Iran, infatti, ha un tasso di emigrazione elevato e costante che coinvolge sia uomini che donne; quest'ultime rivendicano i propri diritti a livello nazionale, ma continuano a cercare una vita migliore al di fuori dei confini nazionali. La rivolta femminile nazionale, in corso dal settembre 2022, dimostra quanto la questione dei diritti delle donne e del loro *status* in Iran sia oggetto di particolare attenzione tra osservatori e studiosi iraniani e non-iraniani per il semplice motivo che il loro attivismo è uno dei pilastri del movimento per i diritti civili dell'intera società. Questa ricerca si propone di analizzare, dal punto di vista storico e socio-politico, come sono cambiate le condizioni delle donne e quali sono i fattori che hanno determinato l'emigrazione femminile dal Paese, in particolare negli ultimi quattro decenni dalla cosiddetta Rivoluzione Islamica.

KEYWORDS: Movimento femminile iraniano – migrazione iraniana – crisi economica – fuga cervelli – diritti civili – rivolta femminile iraniana

WOMEN'S REVOLT IN IRAN AND MIGRATION ISSUES

Women movement in Iran has shown that it is still one of the few entities left in fighting for justice, freedom, and gender equality. Nevertheless, precisely because of inadequate life conditions in Iran, many women decide to leave their country. Indeed, Iran has a high and constant emigration rate that involves both men and women; the latter claim their rights at the national level but continue to seek a better life outside the national borders. The nationwide-female uprising, that has been going on since September 2022, demonstrates how much the issue of women rights and their status in Iran is the object of particular attention among Iranian and non-Iranian observers and scholars for the simple reason that their activism is one of the pillars of the civil rights movement of the entire society. This research aims to analyze, both historically and socio-politically, how the conditions of women have changed,

and what are the factors that have caused female emigration from the country, particularly during the last four decades since the so-called Islamic Revolution.

KEYWORDS: Iranian women's movement – Iranian migration – economic crisis – brain drain – civil rights – Iranian female revolt

TUTELA DELLE VITTIME DI MUTILAZIONI GENITALI
FEMMINILI TRA POSSIBILE RICONOSCIMENTO
DELLO STATUS DI RIFUGIATO
E RIMPATRI CONSIDERATI LEGITTIMI

*Valentina Zambrano**

SOMMARIO: 1. La Comunità internazionale di fronte alla violenza di genere: il contrasto al fenomeno delle mutilazioni genitali femminili. – 2. Le ragioni giuridiche alla base del possibile riconoscimento dello *status* di rifugiate alle donne oggetto di mutilazioni genitali (o a rischio di subirle). – 3. La prassi giurisprudenziale interna e internazionale in materia di concessione dello *status* di rifugiato e di legittimità del respingimento tra luci e ombre.

1. La Comunità internazionale di fronte alla violenza di genere: il contrasto al fenomeno delle mutilazioni genitali femminili

Sebbene la questione della mutilazione genitale femminile sia una tematica complessa e dalle molte sfaccettature poiché coinvolge aspetti culturali e religiosi profondamente radicati in alcune società¹, essa

* Associata di Diritto Internazionale, Sapienza Università di Roma. Indirizzo e-mail: valentina.zambrano@uniroma1.it

¹ In base a quanto affermato dall’OMS, e recepito anche da altre organizzazioni e organismi internazionali, per mutilazione genitale femminile deve intendersi tutte quelle pratiche indirizzate alla parziale o totale rimozione della parte esteriore dei genitali femminili non dovute a ragioni mediche. Su tali pratiche, si veda, R. FATTIBENE, *Verso una risoluzione dell’ONU per l’abolizione delle mutilazioni genitali femminili a livello mondiale. Il trattamento giuridico di questa pratica tra atti internazionali, modelli culturali e normative nazionali*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 4, p. 12 ss.; I. RUGGIU, *La Risoluzione ONU del 2012 per l’eliminazione delle mutilazioni genitali femminili. Una lettura problematica*, in *Studium iuris*, 2014, n. 7, p. 866 ss.; T. ONIDA, *Le mutilazioni genitali femminili in quanto reati culturalmente orientati, e le prese di posizione dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite “Intensificare gli sforzi globali per l’eliminazione delle mutilazioni genitali femminili”*, in *Minorigiustizia*, 2016, n. 2, p. 145 ss.; A. MORRONE, *La speranza ferita. Storia delle mutilazioni genitali femminili*, Milano, 2017; A. SELDEN, *Compulsory Health Checks, Female Genital Mutilation and*

rappresenta drammaticamente la disuguaglianza tra uomini e donne in quanto strumento di controllo e di compressione della libera autodeterminazione della donna.

Tali pratiche appaiono incompatibili con numerosi diritti individuali, quali, solo per citarne alcuni, il diritto alla vita (perché non sono infrequenti i casi di morte di bambine e ragazze oggetto di mutilazioni genitali), diritto alla salute (per le perduranti conseguenze fisiche e psicologiche che esse provocano²), diritto a non essere sottoposti a tortura e/o a trattamenti inumani e degradanti, diritto all'autodeterminazione³.

Rights Balancing at the European Court of Human Rights, in *European Human Rights Law Review*, 2017, n. 5, p. 480 ss.; R. CREWS, *Female Genital Mutilation in International Law: Approaches of International and Regional Legal Frameworks*, in *Denver Journal of International Law and Policy*, 2020, n. 48, p. 91 ss.; C. PROUDMAN, *Female Genital Mutilation: when Culture and Law Clash*, Oxford, 2022.

² È stato evidenziato da vari organismi internazionali, *in primis* dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, che a tali pratiche è frequentemente collegato l'insorgere di infezioni croniche, di tumori, di gravi lesioni durante i parti, ecc. L'OMS svolge, anche in questo ambito, un'attività ad ampio spettro allo scopo di porre fine a un fenomeno che incide in maniera estremamente negativa sulla salute fisica e mentale delle donne (si veda quanto pubblicato al seguente link https://www.who.int/health-topics/female-genital-mutilation#tab=tab_1). È interessante notare come l'organizzazione abbia lanciato nel 2020 uno strumento interattivo per dimostrare anche i costi che i sistemi sanitari nazionali devono sostenere per la cura delle conseguenze della MGF, costi che ammontano in totale a 1,4 miliardi di dollari all'anno, a dimostrazione del fatto che la loro eliminazione non è solo una questione attinente alla tutela dei diritti individuali (cfr., <https://www.who.int/news/item/06-02-2020-economic-cost-of-female-genital-mutilation>).

³ L'autodeterminazione personale viene fortemente conculcata poiché, nella quasi totalità dei casi, le pratiche qui esaminate sono imposte e perché per le bambine/ragazze è quasi impossibile sottrarsi essendo troppo piccole per comprendere ciò di cui sono oggetto o a causa della "riprovazione" e dell'esclusione sociale che deriverebbero dal rifiuto di sottoporvisi. L'Assemblea generale dell'ONU nella risoluzione 73/149 ha affermato, ancora una volta, che "*female genital mutilation constitutes irreparable, irreversible harm and an act of violence against women and girls that impairs and undermines the enjoyment of their human rights*", che è "*an impediment to the full achievement of gender equality and the empowerment of women and girls*" e che "*female genital mutilation is a harmful practice constituting a serious threat to the health of women and girls*" (cfr., Assemblea generale, *Intensifying global efforts for the elimination of female genital mutilation*, risoluzione 73/149 del 17 dicembre 2018). Si veda

Per tutte queste ragioni, la Comunità internazionale ha adottato numerosi strumenti (in prevalenza di *soft law*), sia a livello universale che regionale, tendenti a sradicare il fenomeno per mezzo della richiesta di adozione da parte degli Stati di legislazioni nazionali che vietino tali pratiche, di programmi educativi e di prevenzione e eliminazione degli stessi volti a combattere le tradizioni e gli stereotipi socio-culturali che ne sono alla base.

Si pensi alle numerose risoluzioni adottate negli anni dagli organi delle Nazioni Unite (anche dai *treaty bodies*)⁴, efficacemente rappresentate dalla risoluzione 50/16 adottata dal Consiglio ONU diritti

pure, Assemblea generale, *Practices affecting the health of women and girls*, risoluzione 53/117 del 9 dicembre 1998; Assemblea generale, *Traditional or customary practices affecting the health of women and girls*, risoluzione 56/128 del 30 gennaio 2002; Assemblea generale, *Intensifying global efforts for the elimination of female genital mutilations*, risoluzione 67/146 del 20 dicembre 2012; Comitato CEDAW, *General Recommendation No. 14: Female circumcision*, A/45/38, 1990; Human Rights Committee, *General Comment No. 28: Article 3 (The equality of rights between men and women)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, 29 marzo 2000; Special Rapporteur on Violence against Women, Its Causes and Consequences, *Report Cultural Practices in the Family that Are Violent Towards Women*, E/CN.4/2002/83, 31 gennaio 2002; Committee Against Torture, *General Comment No. 2: Implementation of Article 2 by States Parties*, CAT/C/GC/2, 24 gennaio 2008; Commission on Status of Women, *Ending Female Genital Mutilation*, E/CN.6/2008/L.2/Rev.1, 11 marzo 2008; Comitato ONU per i diritti umani, parere del 21 maggio 2010, comunicazione n. 1465/2006, CCPR/C/98/D/1465/2006, *Kaba v. Canada*; Comitato CEDAW, parere del 15 agosto 2013, comunicazione n. 33/2011, CEDAW/C/55/D/33/2011, *M.N.N. v. Denmark*; Comitato contro la tortura, parere del 15 dicembre 2015, comunicazione n. 613/2014, CAT/C/56/D/613/2014, *F.B. v. The Netherlands*.

⁴ Si ricordino, tra le altre, Assemblea generale, *Traditional or customary practices affecting the health of women and girls*, risoluzione 56/128 del 19 dicembre 2001; Assemblea generale, *The girl child*, risoluzione 60/141 del 16 dicembre 2005; Comitato CEDAW, *General Recommendation n. 19: violence against women*, 1990; Comitato CEDAW, *General Recommendation 24: article 12 of the Convention (women and health)*, 1999; Comitato CEDAW, Comitato per i diritti del fanciullo, *Joint general recommendation No. 31 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women/general comment No. 18 of the Committee on the Rights of the Child*, 4 novembre 2014 (poi revisionata nel 2019); UNFPA-UNICEF *Joint Programme on the Elimination of Female Genital Mutilation: Accelerating Change*, dicembre 2021 (disponibile al seguente link <https://www.unicef.org/media/119261/file/Delivering-the-Global-Promise.pdf>).

umani nel 2022 che, riconoscendo: “*that female genital mutilation constitutes a human rights violation and a form of violence against women and girls that is mainly motivated and perpetuated by gender inequality and discriminatory social norms that jeopardize the recognition, enjoyment and exercise of their human rights and fundamental freedoms while posing a serious threat to their health and well-being, including physical integrity and mental, sexual and reproductive, maternal, newborn and child health*”, invita gli Stati ad agire adottando, innanzitutto, programmi educativi che affrontino le cause più profonde della disuguaglianza di genere, degli stereotipi sociali, delle attitudini e comportamenti violenti nei confronti delle donne e favoriscano, invece, la diffusione delle conoscenze in materia di tutela dei diritti umani e la parità tra i generi⁵. Allo stesso tempo, il Consiglio chiede agli Stati, tra le altre misure, di adottare normative nazionali che vietino tali pratiche, di assicurare la loro scurpolosa applicazione e di adottare “*within the general framework of integration policies and in consultation with affected communities, effective and specific targeted measures for refugee and migrant women and girls, their families and their communities in order to protect women and girls everywhere from female genital mutilation, including when the practice occurs outside the country of residence*”⁶.

Nello stesso senso si è mossa anche l’Unione europea che, oltre a adottare vari atti non vincolanti in materia di contrasto alla diffusione delle mutilazioni genitali femminili⁷, ha modificato le direttive concer-

⁵ Consiglio ONU dei diritti umani, *Elimination of female genital mutilation*, risoluzione 50/16 dell’8 luglio 2022. Appare particolarmente significativo che questo anno l’UNICEF abbia dedicato la Giornata internazionale della tolleranza zero per le mutilazioni genitali femminili, che ricorre ogni 6 febbraio, alla “*partnership with men and boys to transform social and gender norms to end FGM*” quale elemento strategico per il raggiungimento dell’obiettivo di eliminare le mutilazioni genitali femminili entro il 2030.

⁶ Cfr., Consiglio ONU dei diritti umani, *Elimination of female genital mutilation*, cit, par. 9, lett. e).

⁷ Si vedano, tra le più recenti, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, *Verso l’eliminazione delle mutilazioni genitali femminili*, del 25 novembre 2013, COM/2013/0833 final; Parlamento europeo, *Tolleranza zero per le mutilazioni genitali femminili*, risoluzione del 7 febbraio 2018, 2017/2036 (RSP); Parlamento europeo, *Una strategia della UE per porre fine alle mutilazioni genitali femminili nel mondo*, risoluzione del 12 febbraio 2020, 2019/2988(RSP); Commissione, *Pro-*

nenti l'asilo e la concessione dello *status* di rifugiato per tenere conto, come si vedrà, della prospettiva di genere ed anche delle specifiche esigenze legate a queste dolorose pratiche.

Rimanendo sempre in ambito europeo, ma spostandosi all'interno del Consiglio d'Europa, viene in rilievo il primo atto dell'Assemblea parlamentare specificatamente dedicato a tale fenomeno: la risoluzione n. 1247 adottata il 22 maggio del 2001. Questa risoluzione appare particolarmente significativa, non solo perché è la prima di numerose altre, ma perché ha ricompreso le mutilazioni genitali femminili nell'ambito dei trattamenti inumani e degradanti espressamente vietati dall'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, proibendole anche quando siano praticate da personale medico professionalmente competente⁸.

A fianco degli strumenti giuridicamente non vincolanti, non si possono non richiamare due accordi conclusi a livello regionale concernenti la tutela dei diritti delle donne e che specificatamente richiamano le mutilazioni genitali. Ci si riferisce, in ambito europeo, alla Convenzione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (la c.d. Convenzione di Istanbul), adot-

posta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica, dell'8 marzo 2022, COM(2022) 105 final, dove si propone di perseguire penalmente anche quanti praticano (o costringano una donna, ragazza o bambina a subire) le mutilazioni genitali femminili.

⁸ Assemblea Parlamentare, *Female genital mutilation*, 22 maggio 2001, risoluzione 1247(2001). Più recentemente si veda, Parliamentary Assembly, *Improving the quality and consistency of asylum decisions in the Council of Europe member states protection of victims of female genital mutilations between possible recognition of refugee status and return operations considered lawful*, 20 novembre 2009, risoluzione 1695(2009); Assemblea Parlamentare, *Gender-Related Claims for Asylum*, 8 ottobre 2010, risoluzione 1765(2010); Assemblea Parlamentare, *Female genital mutilation in Europe*, 13 ottobre 2016, risoluzione 2135(2016). In quest'ultima si chiede agli Stati membri del Consiglio d'Europa di prevedere sanzioni penali all'interno del loro ordinamento per quanti realizzino tali pratiche, di ratificare la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica e applicarla pienamente, di adottare tutte le misure necessarie per proteggere le donne e le ragazze da tali pratiche prevedendo azioni che accrescano la consapevolezza tra le vittime e la loro comunità che le mutilazioni genitali non attengono a una questione di "onore" bensì sono un atto di violenza nei confronti delle donne e delle ragazze.

tata in seno al Consiglio d'Europa l'11 maggio 2011, il cui art. 38 impone agli Stati l'obbligo di adottare le necessarie misure legislative per perseguire penalmente quanti praticano le mutilazioni genitali femminili o costringano una donna a subirle o le forniscano i mezzi a tale scopo⁹. Viene, poi, in rilievo il Protocollo alla Carta africana dei diritti

⁹ Sulla Convenzione di Istanbul, si veda, tra gli altri, G. PASCALE, *L'entrata in vigore della Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, in *Osservatorio costituzionale*, 2014; F. STAIANO, *The Italian Implementation of the Council of Europe Convention on Violence Against Women and Victims' Rights to Reparations*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2015, p. 269 ss.; S. DE VIDO, *Donne, Violenza e diritto internazionale: la Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa del 2011*, Milano, 2016; E. D'URSEL, *La Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre les violences à l'égard des femmes : une révolution silencieuse?*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2018, p. 29 ss.; J. JONES, *The European Convention on Human Rights (ECHR) and the Council of Europe Convention on Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention)*, in R. MANJOO, J. JONES (eds.), *The Legal Protection of Women from Violence : Normative Gaps in International Law*, Abingdon, New York, 2018, p. 139 ss.; C. MORINI, *La questione dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Istanbul alla luce del parere 1/19 della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 2021, p. 136 ss.; A. IERMANO, *Donne migranti vittime di violenza domestica: l'interpretazione "gender-sensitive" dei giudici nazionali in conformità alla Convenzione di Istanbul*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, p. 731 ss.; S. DE VIDO, *Verso un "test" di dovuta diligenza sensibile al genere nei casi di violenza domestica? Sulla recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, p. 613 ss.; A. PITRONE, *Il lungo (ed incidentato) percorso della lotta alla violenza contro le donne nell'Unione europea. Dalla questione dell'adesione alla Convenzione di Istanbul alla proposta di una direttiva "ad hoc"*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, p. 681 ss. Si ricorda che in Italia la legge n. 7 del 9 gennaio 2006 recante *Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile* ha penalizzato tali pratiche prevedendo, all'art. 6, c. 1, che "Dopo l'articolo 583 del codice penale sono inseriti i seguenti: "Art. 583 - bis. - (Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili). - Chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, cagiona una mutilazione degli organi genitali femminili è punito con la reclusione da quattro a dodici anni. [...] La pena è aumentata di un terzo quando le pratiche di cui al primo e al secondo comma sono commesse a danno di un minore ovvero se il fatto è commesso per fini di lucro". La medesima legge prevede tutta una serie di misure volte a riconoscere, reprimere e prevenire il fenomeno, quali, una formazione specifica del personale medico, l'istituzione di un numero verde, lo sviluppo, attraverso programmi di cooperazione internazionale, di progetti di formazione e informazione delle popolazioni di

dell'uomo e dei popoli inerente ai Diritti delle Donne in Africa (il cd. "Protocollo di Maputo") adottato in seno all'Unione africana l'11 luglio del 2003, il quale prevede l'eliminazione delle pratiche tradizionali lesive dell'integrità fisica e psichica della donna, come le mutilazioni genitali femminili¹⁰.

Nonostante questo *corpus* normativo ormai piuttosto esteso, le mutilazioni genitali femminili continuano ad essere ampiamente diffuse: secondo l'OMS più di 200 milioni di donne attualmente hanno subito mutilazioni genitali femminili e ogni anno più di 3 milioni di ragazze sono a rischio di esservi sottoposte particolarmente in Africa, Medio Oriente e Asia.

Da un lato, il fatto che queste siano aree di forte emigrazione e, dall'altro, la c.d. "femminizzazione delle migrazioni", vale a dire la maggiore attenzione che dagli anni '90 in poi si è rivolta ai diritti delle donne migranti e, quindi, alla questione di genere¹¹, ha fatto sì tale fe-

Stati in cui tale pratica è ancora fortemente diffusa (cfr., legge 9 gennaio 2006, n. 7, *Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile*, GU n. 14 del 18 gennaio 2006).

¹⁰ Il Protocollo è entrato in vigore il 25 novembre del 2005 e attualmente sono Stati parti ad esso 42 dei 55 Paesi membri dell'Unione africana. Il fatto che un così elevato numero di Stati africani abbia ratificato detto Protocollo che, come ricordato, vieta le pratiche tradizionali lesive dell'integrità fisica e psichica della donna è un segnale importante anche in relazione alla tematica dei reati culturalmente motivati (aspetto che, pur potendo riguardare pure le mutilazioni genitali, esula dai fini del presente contributo). Infatti, tale elevato numero pare indicare che la maggioranza dei Paesi del continente ritenga di non poter giustificare dette pratiche sulla base di ragioni "culturali". Sul Protocollo di Maputo, si veda, F. QUILLERÉ-MAJZOUB, *Le protocoles à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique (1) : un projet trop ambitieux?*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2008, p. 127 ss.; K. DAVIS, *The Emperor is Still Naked: why the Protocol on the Rights of Women in Africa Leaves Women Exposed to More Discrimination*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2009, p. 949 ss.; M. JEUGUE DOUNGUE, *La garantie des droits de la femme par le Protocole de Maputo comme condition du développement durable en Afrique*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2014, p. 571 ss.; A. MIGNOLLI, *Notes on Women's Rights in Africa. The Implementation of the Maputo Protocol on the Rights of Women in Africa in Recent Domestic and Regional Decisions*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, n. 3, p. 606 ss.

¹¹ In tema si veda, D. INDRA, *Gender: A Key Dimension of the Refugee Experience*, in *Refugee*, 1987, n. 6, p. 3 ss.; V. N. KELLY, *Gender-Related Persecution: Assessing the Asylum Claims of Women*, in *Cornell International Law Journal*, 1993, n. 26, p. 625 ss.;

nomeno sia venuto in rilievo anche per ciò che concerne l'attribuzione della protezione internazionale¹². Così, negli strumenti internazionali concernenti la questione migratoria sono emerse le tematiche legate al genere e (direttamente o indirettamente) alle mutilazioni genitali femminili, si pensi solo alla c.d. Direttiva qualifiche o alla Direttiva sull'accoglienza dei richiedenti asilo adottate dall'Unione europea che, come si vedrà anche di seguito, hanno modificato precedenti direttive pure allo scopo di adottare un approccio di genere¹³. Dall'altro, vi è stato un aumento delle richieste di asilo legate proprio alla volontà di sottrarsi (o di sottrarre le proprie figlie) alle mutilazioni genitali¹⁴ accompa-

K. N. DONATO, J. T. ALEXANDER, D. R. GABACCIA, J. LEINONEN, *Variations in the Gender Composition of Immigrant Populations: How They Matter*, in *International Migration Review*, 2011, n. 45, p. 496 ss.; J. FREEDMAN (ed.), *Gendering the International Asylum and Refugee Debate*, Londra, 2015; K. N. DONATO, D. R. GABACCIA, *The Global Feminization of Migration: Past, Present, and Future*, in *Migration Policy Institute*, 2016.

¹² In tale senso sono significative le Linee guida adottate dall'UNHCR nel 2009 e concernenti le richieste di riconoscimento dello *status* di rifugiato basate sull'orientamento sessuale e l'identità di genere, laddove si evidenzia come la Convenzione di Ginevra del 1951 possa trovare applicazione anche in tutte quelle situazioni di persecuzione motivate dall'orientamento sessuale o dell'identità di genere dell'individuo (cfr. UNHCR, *Guidelines on International Protection no. 9. Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Ginevra, 2012).

¹³ La Direttiva UE del 2013 relativa all'accoglienza dei richiedenti asilo, ad esempio, identifica le donne vittime di mutilazione genitale come soggetti vulnerabili le cui condizioni di accoglienza devono essere determinate tenendo in considerazione le loro particolari esigenze (cfr. Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione)*, del 26 giugno 2013, in GUUE L 180/96 del 29 giugno 2013, art. 1). Insieme a tale direttiva (e a quella qualifica), è stata modificata anche la Direttiva sulle procedure comuni per la concessione o il ritiro della protezione internazionale che mira ad incorporare la prospettiva e la "sensibilità" di genere nelle procedure di asilo (cfr. Direttiva 2013/32/EU del Parlamento europeo e del Consiglio, *su procedure comuni per la concessione e il ritiro della protezione internazionale*, del 26 giugno 2013, GUUE L180/60 del 29 giugno 2013).

¹⁴ È stato evidenziato che vari sono i profili di rischio legati alle mutilazioni che possono venire in rilievo per quanto attiene la richiesta di asilo: donne o ragazze che provengono da Paesi in cui la pratica è diffusa e cercano protezione da esse; donne o ragazze che hanno vissuto gran parte della loro vita in Europa e sono a rischio di subire tali pratiche nel caso in cui fossero rimpatriate; donne e ragazze che già hanno subito un tipo di mutilazione e cercano protezione dall'esservi nuovamente sottoposte;

gnato da una certa difficoltà delle autorità nazionali a riconoscere questo fenomeno quale base per la concessione dello *status* di rifugiato¹⁵.

Il presente contributo mirerà ad individuare le basi giuridiche del riconoscimento dello *status* di rifugiato alle donne che abbiano subito una mutilazione genitale o vogliano sottrarvisi, per, poi, esaminare la giurisprudenza nazionale e internazionale in materia di negazione dello *status* e di legittimità del rimpatrio. Si tenderà così a individuare possibili evoluzioni laddove tale giurisprudenza appaia non conforme agli standard internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo e al divieto di *non-refoulement*.

2. Le ragioni giuridiche alla base del possibile riconoscimento dello status di rifugiate alle donne oggetto di mutilazioni genitali (o a rischio di subirle)

Il testo della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato non rivolge alcuna particolare attenzione alle donne e ai motivi specifici che possono condurle ad essere riconosciute come rifugiate, conside-

donne che sono state oggetto di tale pratiche e in Europa hanno avuto accesso alla chirurgia ricostruttiva; donne che, nonostante le pressioni della famiglia e della comunità, si rifiutano di praticare tali mutilazioni su altre donne, bambine, o ragazze; genitori che vogliono proteggere le loro figlie da tale fenomeno; attivisti che nei loro Paesi agiscono per fermare la diffusione di tali pratiche (cfr. A. MIDDELBURG, A. BALTA, *Female Genital Mutilation/Cutting as a Ground for Asylum in Europe*, in *International Journal of Refugee Law*, 2016, n. 28, p. 416 ss., p. 422)

¹⁵ Cfr. A. MIDDELBURG, A. BALTA, *Female Genital Mutilation/Cutting*, cit. Si è sottolineato che, per garantire una protezione effettiva alle vittime di mutilazioni genitali femminili, vi è un dovere degli Stati di adottare le misure necessarie per provare le rivendicazioni presentate da donne e ragazze provenienti da Paesi con un alto tasso di prevalenza di mutilazioni, poiché vari fattori possono influenzare negativamente l'esito positivo della considerazione della loro richiesta: vergogna nel divulgare ciò che hanno subito, sfiducia, ignoranza che le mutilazioni genitali possano essere un motivo per concedere lo *status* di rifugiato, i traumi e la perdita di memoria. Tale dovere viene riaffermato nella Direttiva qualifiche, ma anche in vari documenti dell'UNHCR (cfr. End FGM European Network, *FGM in EU Directives on Qualifications, Procedures and Reception Conditions*, marzo 2016, p. 10).

rando che la questione di genere era allora lontana dall'essere al centro dell'attenzione della comunità internazionale (e delle società nazionali) e che non si fa neppure riferimento al sesso tra i possibili motivi di persecuzione¹⁶.

Come risaputo, infatti, la Convenzione del 1951 stabilisce che può essere considerato rifugiato chiunque, nel giustificato timore d'essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova al di fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la protezione di detto Stato.

Il primo elemento rilevante è, quindi, il fondato timore di essere oggetto di persecuzione. Il testo della Convenzione del 1951 non fornisce una definizione di "persecuzione", tuttavia, pur non essendo questa la sede per approfondire il tema, si evidenzia che nella prassi esso è stato inteso come un concetto ampio, inclusivo di varie fattispecie di atti che pongono il rischio di un serio pericolo per la vita, l'integrità psico-fisica o la libertà dell'individuo¹⁷. In tale ambito, il carattere persecutorio di determinati atti va valutato in base alle circo-

¹⁶ Durante i lavori preparatori della Convenzione la Jugoslavia aveva proposto di inserire anche la discriminazione fondata sul sesso tra i motivi che potevano far sorgere in un individuo il fondato timore di essere perseguitato all'interno del proprio Stato, ma la proposta trovò l'opposizione, tra gli altri, di Italia, Stati Uniti, Regno Unito e Austria. Cfr. S. DE VIDO, *Escaping Violence: the Istanbul Convention and Violence against Women as a Form of Persecution*, in G. C. BRUNO, F. M. PALOMBINO, A. DI STEFANO (eds.), *Migration Issues before International Courts and Tribunals*, CNR edizioni, 2019, p. 301 ss.

¹⁷ Senza pretesa di esaustività, si veda, B.I. BONAFÉ, *La nozione di persecuzione nel diritto dell'Unione Europea in materia di rifugiati e la responsabilità internazionale dello Stato*, in A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO, *La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010, p. 277 ss.; E. FRIPP, *International Humanitarian Law and the Interpretation of "Persecution" in Article 1A(2) CSR51*, in *International Journal of Refugee Law*, 2014, n. 26, p. 382 ss.; B. BURSON, D. J. CANTOR (eds.), *Human Rights and the Refugee Definition: Comparative Legal Practice and Theory*, Leiden/Boston, 2016; M. TISSIER, *La qualité de réfugié de l'article 1 de la Convention de Genève à la lumière des jurisprudences occidentales*, Bruxelles, 2017; M. CREPIN, *Persecution, International Refugee Law and Refugees: a Feminist Approach*, New York, 2021.

stanze del singolo caso sia in termini soggettivi, ossia la percezione che l'individuo ha di tali atti e dei loro effetti, sia in termini oggettivi correlati alle condizioni politico-sociali del Paese di origine¹⁸. Gli atti persecutori, poi, possono essere tali anche se non hanno riguardato direttamente l'individuo ma lo hanno coinvolto "indirettamente" perché hanno colpito i suoi familiari o altre persone appartenenti al suo stesso gruppo sociale¹⁹.

Ne deriva che le mutilazioni genitali femminili possono certamente essere annoverate tra gli atti di persecuzione. Infatti, come evidenziato dalle Linee guida sulle richieste di asilo connesse alle mutilazioni genitali femminili adottate dall'UNHCR nel 2009 nell'esercizio della sua preziosissima attività di *standard setting* in materia di concessione dello *status* di rifugiato, dette mutilazioni sono una forma di persecuzione fondata sul genere per il dolore e la sofferenza che causano, per la loro connessione con la violazione di numerosi diritti individuali (*in primis* il divieto di tortura), perché vengono praticate sulla donna proprio in ragione del suo essere donna e stante l'incapacità o la non volontà delle autorità nazionali dei Paesi di origine di porre fine a tale fenomeno²⁰.

Viene in rilievo anche la Convenzione di Istanbul la quale impone agli Stati di adottare le necessarie misure legislative o di altro tipo affinché la violenza fondata sul genere sia considerata una forma di per-

¹⁸ Si ricorda che il concetto di "fondato timore di subire persecuzione" quale elemento per determinare lo *status* di rifugiato ha sostituito quello preesistente, esclusivamente oggettivo, che faceva riferimento al fatto che l'individuo non godeva della protezione del suo Stato di cittadinanza. Cfr. UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection*, Ginevra, 2019, p. 19

¹⁹ Cfr. UNHCR, *Handbook on Procedures*, cit., p. 20. Ciò è particolarmente rilevante per la tematica di cui ci si sta occupando poiché frequentemente la richiesta di asilo è causata dalla volontà di sottrarsi al fenomeno avendo sperimentato il decesso o visto le gravi sofferenze fisiche e psichiche di congiunte che avevano subito le medesime pratiche.

²⁰ Cfr. UNHCR, *Guidance Note on Refugee Claims Relating to Female Genital Mutilation*, Ginevra, 2009, par. 7.

secuzione ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951²¹. Il riferimento è chiaramente generico, ma non vi sono dubbi che, anche in base agli strumenti internazionali di *soft* e *hard law* richiamati, le mutilazioni genitali femminili siano atti di violenza fondati sul genere.

Ancora, il General Comment n. 32 del Comitato CEDAW *on the gender-related dimensions of refugee status, asylum, nationality and statelessness of women*, evidenziando che la Convenzione contro ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne “*is part of a comprehensive international human rights legal framework that operates simultaneously with international refugee law and the laws relating to the status of stateless persons and the reduction of statelessness*”, ricorda che le forme di persecuzione legate al genere sono quelle fattispecie di persecuzione indirizzate contro le donne perché donne o che le colpiscono in maniera sproporzionata²². Tra tali forme di persecuzione (le quali costituiscono una base legittima per accordare la protezione alle vittime sia da un punto di vista giuridico che pratico) il *General Comment* riconosce specificatamente la paura di subire mutilazioni genitali²³.

²¹ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza domestica, cit. art. 60.1. Ai fini del presente scritto si ricorda, poi, che all'art. 61 la Convenzione codifica un principio di diritto internazionale generale, vale a dire il principio di *non-refoulement*, affermando che “le vittime della violenza contro le donne bisognose di una protezione [...] non possano in nessun caso essere espulse verso un paese dove la loro vita potrebbe essere in pericolo o dove potrebbero essere esposte al rischio di tortura o di pene o trattamenti inumani o degradanti”. Si veda, L. HOOPER, *Gender-Based Asylum Claims and Non-Refoulement: Articles 60 and 61 of the Istanbul Convention. A collection of papers on the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, Consiglio d'Europa, 2019.

²² Cfr. Comitato CEDAW, *General recommendation No. 32 on the gender-related dimensions of refugee status, asylum, nationality and statelessness of women*, CEDAW/C/GC/32, 14 novembre 2014, par. 15. In tale senso anche, UNHCR, *Guidelines on international protection: gender related persecution within the context of article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, guideline No. 1, HCR/GIP/02/01, 23 ottobre 2012, parr. 3, 9, 16 e 17.

²³ Nello specifico la Commissione afferma: “*Such forms are recognized as legitimate grounds for international protection in law and in practice. They may include the threat of female genital mutilation, forced/early marriage, threat of violence and/or so-*

Ugualmente, la c.d. Direttiva qualifiche adottata dal Consiglio e dal Parlamento UE nel 2011, include tra gli atti di *persecuzione* quegli atti che costituiscono una violenza fisica o mentale, inclusa la violenza sessuale, e quegli atti che sono specificatamente indirizzati contro il genere (o contro i minori)²⁴.

In tale senso, si è mossa anche una certa giurisprudenza nazionale (Francia, Austria, Germania, Belgio, Regno Unito, Canada, Australia) che, dagli anni '90 del secolo scorso in poi, ha riconosciuto le mutilazioni genitali come forma di persecuzione e, quindi, come fondamento per il riconoscimento dello *status* di rifugiato²⁵. Così pure la Corte di

called "honour crimes", trafficking in women, acid attacks, rape and other forms of sexual assault, serious forms of domestic violence, the imposition of the death penalty or other physical punishments existing in discriminatory justice systems, forced sterilization, political or religious persecution for holding feminist or other views and the persecutory consequences of failing to conform to gender-prescribed social norms and mores or for claiming their rights under the Convention" (cfr. Comitato CEDAW, *General recommendation No. 32*, cit. par. 15).

²⁴ Cfr. Direttiva 2011/95/EU del Parlamento europeo e del Consiglio, *recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta*, del 13 dicembre 2011, GUUE L337/9 del 20 dicembre 2011, art. 9, par. 2, lett. a) e f). È interessante ricordare le parole dell'Avvocato generale Bot nelle sue conclusioni concernenti un caso in cui veniva in rilievo l'interpretazione dell'art. 2(c) e art. 9(1)(a) della Direttiva qualifiche: "*when [...] a man is at risk of being executed, tortured or imprisoned without any other form of trial, or a woman is at risk of being subjected to forced genital mutilation or reduced to the status of a slave, there is plainly and unanswerably an act of persecution*" (Corte di Giustizia, conclusioni dell'Avvocato generale Bot del 19 aprile 2012, *Federal Republic of Germany v. Y and Z*, casi C-71/11 e C-99/11). Sulla Direttiva, si veda, tra gli altri, S. DA LOMBA, *The EU Qualification Directive and Refugees "sur place"*, in F.A.N. J. GOUDAPPEL, H. S. RAULUS (eds.), *The future of asylum in the European Union : problems, proposals and human rights*, The Hague, 2011, p. 43 ss.; J. EATON, *The Internal Protection Alternative Under European Union Law: Examining Recast Qualification Directive*, in *International Journal of Refugee Law*, 2012, p. 765 ss.; G. MORGESE, *La Direttiva 2011/95/UE sull'attribuzione e il contenuto della protezione internazionale*, in *La Comunità internazionale*, 2012, p. 255 ss.; F. ZORZI GIUSTINIANI, *Direttiva 2011/95: verso una disciplina veramente uniforme di protezione internazionale?*, in *Gli Stranieri*, 2012, p. 73 ss.

²⁵ Cfr. tra gli altri, Immigration and Refugee Board of Canada, 10 maggio 1994, *Farab v. Canada*; United States Board of Immigration Appeals, 13 giugno 1996, *Fauzi-*

Cassazione italiana, con l'ordinanza 29971 del 2021²⁶, nel valutare il rigetto da parte, prima, della Commissione territoriale e, poi, del Tribunale di Catanzaro della richiesta di protezione sia internazionale che umanitaria presentata da una donna che lamentava il rischio di subire mutilazioni genitali, ha affermato che per la donna il rischio di assoggettamento a tali pratiche costituisce elemento rilevante per il riconoscimento della protezione internazionale sussidiaria poiché dette pratiche rappresentano un trattamento oggettivamente inumano e degradante. Ha, tuttavia, aggiunto che si può configurare anche la concessione dello *status* di rifugiato alla donna che tema di essere assoggettata a tale mutilazione, ove sia accertato che, nel contesto sociale e culturale del Paese di provenienza, il fenomeno venga praticato al fine di realizzare un trattamento ingiustamente discriminatorio, diretto o indiretto, della donna. Ciò apre un'ampia strada al riconoscimento del detto *status* sia perché, come visto, la pratica costituisce quasi sempre un trattamento discriminatorio nei confronti della donna volto al controllo della sua sessualità e alle riaffermazione di un suo ruolo subordinato all'interno della società, sia perché, come evidenziato dalle linee guida dell'UNHCR poco sopra citate, il timore fondato di persecuzione prescinde dal fatto che ci sia stato un intento malevolo o punitivo da parte di chi sottopone le ragazze o le donne a tali dolorose pratiche tradizionali²⁷.

Affinché la persecuzione temuta possa costituire la base giuridica per il riconoscimento dello *status* di rifugiato essa deve dipendere da ragioni specificatamente individuate dalla Convenzione del 1951 tra le quali, come visto, non figura il sesso. Ciò non toglie che le ragazze o le

ya Kasinga; Australian Refugee Review Tribunal, 16 ottobre 1997, *RRT N97/19046*; United Kingdom Appeals Tribunal, 19 gennaio 2000, caso *Yake*; Commission des Recours des Réfugiés, 19 marzo 2001, *Mlle Kinda*; House of Lords, 18 ottobre 2006, *Foranab (FC) v. SSHD*, UKHL 46. Per un esame della prassi, cfr., European Parliament, Directorate General for Internal Policies, *Gender related asylum claims in Europe. A comparative analysis of law, policies and practice focusing on women in nine EU Member States. France, Belgium, Hungary, Italy, Malta, Romania, Spain, Sweden and the United Kingdom*, Bruxelles, 2012.

²⁶ Corte di Cassazione, Sez. I Civile, ordinanza del 25 ottobre 2021, n. 29971.

²⁷ Cfr. UNHCR, *Guidance Note*, cit., par. 17.

donne sottoposte a mutilazioni genitali femminili possano rientrare nelle categorie “protette” dalla Convenzione.

Innanzitutto, esse possono essere considerate un particolare gruppo sociale ai sensi della Convenzione, vale a dire un gruppo che condivide una caratteristica comune, differente dall’esperienza della persecuzione, o che è percepito come un gruppo dalla società. La caratteristica a cui si fa riferimento è innata o non modificabile o comunque è fondamentale per la tutela della dignità della persona e per l’esercizio dei suoi diritti individuali²⁸. Così, come evidenziato dalle linee guida su citate, le donne che sono state oggetto o possono essere oggetto di mutilazioni genitali sono caratterizzate dall’essere donne, dall’aver un’età (nella maggioranza dei casi) inferiore alla maggiore età, dall’appartenere ad una determinata etnia e la loro volontà di non subire alterazioni fisiche è fondamentale per la tutela della loro dignità e per l’esercizio dei loro diritti²⁹. Ciò le rende identificabili come un gruppo sociale, a prescindere dall’ampiezza dello stesso; il fatto che esso sia

²⁸ Sul concetto di “gruppo sociale” ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951 si veda, *inter alia*, UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 2: “Membership of a particular social group” within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/02/02, 7 maggio 2002. Cfr., R. DI CHIO, *La tutela internazionale delle vittime della tratta e la Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato*, in *La Comunità Internazionale*, 2007, n. 62, p. 303 ss.; R. SAPIENZA, *La Convenzione sui rifugiati nella recente giurisprudenza della Camera dei Lords*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, n. 1, p. 438 ss.; M. FOSTER, *The “ground with the least clarity”: a comparative study of jurisprudential developments relating to “membership of a particular social group”*, Geneva, 2012; A. HEITZ, *Providing a Pathway to Asylum: Re-Interpreting “Social Group” to Include Gender*, in *Indiana International and Comparative Law Review*, 2013, n. 23, p. 213 ss.; J. RIKHOF, A. GEERTS, *Protected Groups in Refugee Law and International Law*, in *Laws*, 2019, n. 8, p. 1 ss.; C. QUERTON, *One Step Forward, Two Steps Back?: Interpreting “Particular Social Group” in the European Union*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2022, n. 71, p. 425.

²⁹ Cfr. UNHCR, *Guidance Note*, cit., par. 23. D’altra parte, anche la citata Direttiva qualifica all’art. 10, dedicato ai motivi di persecuzione, evidenza che “un gruppo costituisce un gruppo sociale in particolare quando: i membri di tale gruppo condividono una caratteristica innata o una storia comune che non può essere mutata oppure condividono una caratteristica o una fede che è così fondamentale per l’identità o la coscienza che una persona non dovrebbe essere costretta a rinunciarvi [...]” (cfr. Direttiva 2011/95/EU, cit., art. 10, par. 1, let. d)).

molto ristretto o molto ampio (ad esempio tutte le donne di una certa area o di una certa età) non rileva per quanto attiene alla possibilità che ai suoi componenti venga riconosciuto lo *status* di rifugiati³⁰. Così, la Corte di Cassazione nell'ordinanza 8980 del 18 marzo 2022 ha affermato che le mutilazioni genitali femminili, in quanto atti di violenza che rappresentano una forma di controllo assoluto sulla donna e che violano il suo diritto alla non discriminazione, alla protezione dalla violenza sia fisica che psicologica, alla salute e anche alla vita, costituiscono atti di persecuzione per motivi di appartenenza ad un determinato gruppo sociale che giustificano il riconoscimento dello *status* di rifugiato³¹.

È, poi, interessante notare che la Direttiva qualifiche sopra richiamata chiarisce che la nozione di persecuzione basata sull'appartenenza ad un determinato gruppo sociale si estende a includere le questioni legate al genere, quali le mutilazioni di cui ci si sta occupando. Il testo preambolare, infatti, evidenzia che nella "definizione di un determinato gruppo sociale, occorre tenere in debito conto, degli aspetti connessi al sesso del richiedente, tra cui l'identità di genere e l'orientamento sessuale, che possono essere legati a determinate tradizioni giuridiche e consuetudini, che comportano ad esempio *le mutilazioni genitali*, la sterilizzazione forzata o l'aborto coatto, nella misura in cui sono corre-

³⁰ Ovviamente, il fatto di appartenere ad un determinato gruppo non dà, di per sé, diritto a essere riconosciuto come rifugiato, ma l'individuo dovrà dimostrare che esso corre un rischio specifico a causa di quella appartenenza (cfr. UNHCR, *UNHCR's Views on Gender Based Asylum Claims and Defining "Particular Social Group" to Encompass Gender*, 2016).

³¹ Cfr. Corte Cassazione, Sez. III Civile, ordinanza del 18 marzo 2022, n. 8980. A tale decisione ha fatto seguito quella del Tribunale di Firenze, Sezione specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea, il quale, con decreto collegiale del 4 maggio 2022, ha ribadito che le forme di mutilazione genitale femminile rappresentano una grave violazione dei diritti umani delle donne e una forma di persecuzione nei confronti della ricorrente in quanto appartenente ad un particolare gruppo sociale identificato in base al genere (cfr. C. CORREALE, *Mutilazioni genitali femminili (MGF) e riconoscimento dello status di rifugiato per appartenenza a particolare gruppo sociale*, in *Giustizia insieme*, 9 settembre 2022).

lati al timore fondato del richiedente di subire persecuzioni” (corsivo aggiunto)³².

Oltre che in quanto gruppo sociale, le donne che si oppongono a che tali pratiche siano realizzate su loro stesse o sulle loro figlie possono essere oggetto di persecuzione per motivi politici o religiosi. Infatti, la non accettazione del perpetuarsi di tale fenomeno, può essere letta dai leader locali come un atto di sfida alle tradizioni, alla religione, alla concezione che una data società ha del ruolo della donna e come una richiesta di libertà che mina le basi del potere costituito e della non equa distribuzione di potere tra uomini e donne, portando, appunto, a delle forme di persecuzione fondate su ragioni politiche o religiose. È interessante notare che il Comitato CEDAW ha sottolineato che gli

³² Cfr. Direttiva 2011/95/EU, cit., considerando 30. Si ricorda che la proposta presentata dalla Commissione europea nel 2016 (e tutt'ora in fase di valutazione) allo scopo di adottare un “regolamento qualifiche” che dovrebbe sostituire la Direttiva del 2011 non differisce da quest'ultima per quanto attiene agli aspetti inerenti alle mutilazioni genitali femminili (cfr., Commissione, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme sull'attribuzione a cittadini di paesi terzi o apolidi della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria e sul contenuto della protezione riconosciuta, che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo*, 13 luglio 2017, COM(2016) 466 final). Interessanti sono, in tale contesto, le proposte di emendamento presentate dal Parlamento al testo elaborato dalla Commissione, laddove, specificando l'art. 9, par. 2, let. f) per mezzo di un elenco non esaustivo di atti di persecuzione basati sul genere o correlati all'essere minori, vi inseriscono anche le mutilazioni genitali femminili (cfr. Parlamento europeo, *Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection and for the content of the protection granted and amending Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents. Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs*, 28 giugno, 2017, A8-0245/2017). Per un commento alla proposta di regolamento, si veda, G. CAGGIANO, *Prime riflessioni sulle proposte di riforma del sistema europeo comune d'asilo in materia di qualifiche, procedura e accoglienza*, in *SIDIBlog*, 3 ottobre 2016; F. PERRINI, *Dalla Direttiva 2011/95/UE alla proposta di Regolamento qualifiche: quale futuro per la protezione internazionale nell'ordinamento dell'UE?*, in *Freedom, Security and Justice. European Legal Studies*, 2017, p. 56 ss.

Stati parti alla Convenzione dovrebbero fare molta attenzione a non “stereotipizzare” anche la concessione dello *status* di rifugiato in un senso che possa far apparire le donne come soggetti fragili o subordinati all’uomo perpetuando, anche involontariamente, una concezione dei ruoli sociali fondata sulla disuguaglianza. In tale senso, sarebbe necessario, quando possibile, dare più rilevanza a ragioni diverse da quella dell’appartenenza a un determinato gruppo sociale quale base per la concessione del suddetto *status* considerando che le donne possono essere perseguitate anche per ragioni politiche o religiose in quanto leader di gruppi che si oppongono alla “visione” dominante in una società, attiviste, ecc.³³.

In terzo luogo, le mutilazioni genitali femminili costituiscono una forma di persecuzione specificatamente inerente ai minori, poiché, nella maggior parte dei casi, esse riguardano bambine o ragazze che non hanno raggiunto la maggiore età. Le linee guida dell’UNHCR già più volte citate, evidenziano che i danni potenziali o attuali che tali pratiche possono causare sono così seri da dover spingere a riconoscere una forma di persecuzione (anche) nei confronti dei minori, tanto più che, in determinate circostanze, atti che non hanno le caratteristiche per essere considerati atti persecutori se realizzati nei confronti di individui adulti, possono divenire tali nel momento in cui vengono attuati su minori³⁴. Ugualmente il Comitato per i diritti del fanciullo ha affermato che “*sexual exploitation or subjection to female genital mutilation, are some of the child-specific forms and manifestations of persecution which may justify the granting of refugee status if such acts are related to one of the 1951 Refugee Convention grounds*”³⁵. Così, anche la Direttiva qualifiche, nella parte preambolare, afferma che “Nel valutare le domande di protezione internazionale presentate da minori è necessario che gli Stati membri considerino con attenzione le forme di

³³ Cfr. Comitato CEDAW, *General recommendation No. 32*, cit, par. 31. In tale senso anche S. DE VIDO, *Culturally Motivated Crimes Against Women in a Multicultural Europe. The Case of Criminalization of FGM in the 2011 COE Istanbul Convention*, in L. VECCO, M. ZAGATO (a cura di), *Citizens of Europe. Culture e diritti*, Venezia, 2015, p. 301 ss., 304-305.

³⁴ UNHCR, *Guidance Note*, cit., par. 9.

³⁵ Comitato per i diritti del fanciullo, parere del 25 gennaio 2018, communication No. 3/2016, CRC/C/77/D/3/2016. I.A.M. c. Danimarca, par. 11.3.

persecuzione riguardanti specificamente i minori”³⁶ e include, come detto, tra gli atti persecutori quelli specificatamente indirizzati contro l’infanzia³⁷. A tale aspetto, se ne collega un altro particolarmente rilevante, sebbene non possa essere approfondito nei limiti del presente contributo, ossia la necessità che lo *status* di rifugiato riconosciuto a un minore in quanto (possibile) vittima di mutilazioni genitali venga esteso anche ai genitori (o membri della famiglia) che lo accompagnano, in un’ottica di tutela del superiore interesse del fanciullo che, in tale caso, si esprime nella necessità di mantenere i legami con i famigliari e nella protezione della sua vita privata³⁸.

3. La prassi giurisprudenziale interna e internazionale in materia di concessione dello status di rifugiato e di legittimità del respingimento tra luci e ombre

Quanto indicato nelle pagine precedenti deve, ovviamente, essere applicato alle condizioni specifiche di ciascun richiedente asilo al fine di determinare se la loro richiesta sia fondata o meno. In relazione a ciò, si farà riferimento di seguito, ad alcuni elementi essenziali che le autorità nazionali dovrebbero tenere in considerazione nel momento in cui sono chiamati a decidere su tali richieste affinché la loro decisione non si trasformi nella negazione di protezione a un individuo

³⁶ Cfr. Direttiva 2011/95/EU, cit., considerando 28

³⁷ Cfr. Direttiva 2011/95/EU, cit., art. 9, par. 2, let. f).

³⁸ Cfr. UNHCR, *Guidelines on international protection: child asylum claims under articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, guideline No. 8, HCR/GIP/09/08, 22 dicembre 2009; Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 6 on treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin*, CRC/GC/2005/6, primo settembre 2005; Comitato per i diritti del fanciullo, *General comment No. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1), CRC/C/GC/14, 29 maggio 2013; Comitato CEDAW, *General recommendation No. 32*, cit., par. 26. Anche la Direttiva qualifiche riafferma indirettamente questo principio laddove richiama gli Stati a rispettare il principio dell’unità familiare (cfr. Direttiva 2011/95/EU, cit., considerando 18, 19 e art. 20, par. 5 inerente all’interesse superiore del minore).

che, invece, ne avrebbe diritto (oltre che necessità). Ciò condurrà ad esaminare anche la posizione di organi internazionali (giudiziari e non) a tutela dei diritti umani i quali, nel valutare la legittimità in base alle norme internazionali dell'espulsione di una donna vittima (o potenziale vittima) di mutilazioni genitali, hanno avuto approcci differenti alcuni dei quali non appaiono, però, in linea con tali norme.

Non vi è dubbio che determinare se un individuo abbia diritto a vedersi riconosciuto lo *status* di rifugiato è cosa differente dal valutare se la sua espulsione sia legittima in base alle norme internazionali a tutela dei diritti umani, nondimeno tra le due questioni vi è una chiara connessione sia perché la decisione di espulsione può essere conseguenza della non attribuzione dello *status* di rifugiato (o della protezione sussidiaria) sia perché non si può prescindere dalla considerazione della dimensione di genere anche nelle valutazioni degli organi internazionali.

Un primo aspetto certamente importante attiene alla ripetibilità o meno delle mutilazioni quale elemento rilevante su cui basare la decisione per la concessione dello *status* di rifugiato. Infatti, talvolta gli organi nazionali (anche italiani³⁹) hanno negato la concessione della protezione internazionale sull'assunto che la pratica viene svolta solo una

³⁹ Cfr. Corte d'Appello di Torino, Sezione per la Famiglia e le Persone, sentenza 13.4.2011. In tale senso, desta qualche preoccupazione l'ordinanza 33205 adottata dalla I Sezione civile della Corte di Cassazione il 4 ottobre del 2022 laddove ha affermato che il fatto di aver subito mutilazioni genitali non è una circostanza decisiva al fine del riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria poiché queste ultime "presuppongono l'accertamento del rischio *attuale* di assoggettamento a pratiche di mutilazioni genitali femminili (c.d. infibulazione) nel Paese di origine" (corsivo aggiunto). Vero è che quella concernente il fatto di aver subito mutilazioni genitali non era la sola motivazione addotta dalla ricorrente per la richiesta di protezione (questa si fondava, innanzitutto, sul fatto di essere vittima di tratta) e che la Suprema Corte non ha accolto il suo ricorso essenzialmente per mancanza di una contestazione specifica delle posizioni del Tribunale che aveva rigettato la richiesta, ma fare riferimento all'attualità del rischio in relazione alle mutilazioni potrebbe essere fuorviante. Se, infatti, è evidente che il giudice nazionale dovrà valutare il caso specifico alla luce delle caratteristiche attuali del Paese di origine della richiedente protezione internazionale e di quanto ivi esista un rischio effettivo che le ragazze/donne siano oggetto di mutilazioni genitali, parlare di *attualità* di detto rischio potrebbe indurre a pensare che, una volta subita quella pratica, esso venga meno.

volta nella vita della donna e, quindi, verrebbe meno il timore di persecuzione per le donne che l'abbiano già subita. Tale impostazione non può essere considerata corretta sotto due punti di vista. Il primo attiene al fatto che in alcuni contesti sociali detta pratica non è realizzata solamente una volta durante l'esistenza di una donna, ma viene ripetuta in alcune circostanze importanti, ad esempio dopo il matrimonio o a seguito delle gravidanze. In secondo luogo, tale asserzione non considera le gravi e perduranti conseguenze fisiche e psicologiche che segnano la donna oggetto di mutilazioni genitali, il che potrebbe rendere impossibile tornare a vivere nel luogo in cui ha subito tale pratica⁴⁰. Di conseguenza, il fatto che una donna non provenga da una comunità in cui la mutilazione viene praticata più volte nel corso della vita, non esclude, di per sé, che le possa essere riconosciuta la protezione internazionale.

Il secondo aspetto che necessita di una attenta valutazione da parte della autorità nazionali è la capacità dello Stato da cui proviene la richiedente asilo di proteggerla qualora vi facesse ritorno. Non è, infatti, sufficiente che lo Stato in questione abbia previsto una legislazione che vieti o condanni questo tipo di pratiche, ma bisogna accertare che esso agisca effettivamente per impedirle non avallandole (anche solo indirettamente), perseguendo i responsabili e adottando misure educative che facciano crescere la consapevolezza nella società della necessità di porre fine ad atti lesivi dell'integrità fisica e psichica delle ragazze.

In tale ambito colpisce, purtroppo negativamente, una certa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di espulsione da Stati europei di donne che avevano fatto richiesta di asilo sulla base della volontà di sottrarsi (o di sottrarre le figlie) alle pratiche di cui ci stiamo occupando. In termini generali va detto che in tutti i casi fino ad ora valutati la Corte, pur riconoscendo che le mutilazioni genitali costituiscono una violazione dell'art. 3 della Convenzione eu-

⁴⁰ Il Relatore Speciale delle Nazioni Unite sulla tortura ha evidenziato che il dolore inflitto con la mutilazione genitale femminile non finisce nel momento in cui termina la procedura iniziale, ma spesso continua come una tortura perdurante tutto il corso della vita di una donna (UNGA, *Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, A/HRC/7/3, 15 gennaio 2008, par. 51).

ropea dei diritti dell'uomo⁴¹, ha adottato un approccio eccessivamente, e in un certo senso inspiegabilmente, restrittivo non affermando mai che l'espulsione integrava una violazione di tale articolo⁴².

Nel valutare, poi, la capacità dello Stato di cittadinanza di proteggere la vittima quale elemento di giustificazione della legittimità dell'espulsione, la Corte ha preso in considerazione elementi formali, come: l'esistenza di norme nazionali che vietano le mutilazioni genitali femminili; la presenza di dati che dimostravano una certa diminuzione all'interno del Paese della percentuale di tali pratiche; o l'adozione di piani di azione indirizzati a sradicarle⁴³. Il giudice di Strasburgo non ha, però, in alcun modo bilanciato questi elementi, per lo più provenienti dai rapporti sui Paesi di origine stilati da autorità nazionali o internazionali⁴⁴, con un'analisi sia della realtà specifica dell'area in cui le ricorrenti avrebbero dovuto essere ricollocate sia delle condizioni di fatto che esse avrebbero dovuto affrontare, con particolare riferimento a quanto queste dolorose consuetudini continuino a essere praticate e/o tollerate all'interno della regione considerata.

Ben diversa è stata l'impostazione seguita dal Comitato per i diritti del fanciullo quando è stato chiamato a valutare comunicazioni che contestavano la decisione di Stati parti di espellere una minore e la

⁴¹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Camera, sentenza dell'8 marzo 2007, ricorso n. 23944/05, *Emily Collins and Ashley Akaziebie v. Sweden*, par. 12; Corte europea dei diritti dell'uomo, Camera, decisione del 17 maggio 2011, ricorso n. 43408/08, *Izevbekbai c. Irlanda*, par. 73; Corte europea dei diritti dell'uomo, Camera, decisione del 20 settembre 2011, ricorso n. 8969/10, *Mary Magdalene Omeredo v. Austria*; Corte europea dei diritti dell'uomo, Camera, sentenza del 7 giugno 2016, ricorso n. 7211/06, *R.B.A.B. e altri c. Olanda*.

⁴² Sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia, si veda, S. DE VIDO, *Culturally Motivated Crimes Against Women*, cit.; A. CRESCENZI, *La questione del rimpatrio di donne migranti a rischio di subire mutilazioni genitali femminili*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2021, n. 2, p. 469 ss.

⁴³ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Emily Collins and Ashley Akaziebie*, cit.; Corte europea dei diritti dell'uomo, Camera, *Izevbekbai*, cit.; Corte europea dei diritti dell'uomo, Camera, *R.B.A.B. e altri c. Olanda*, cit.

⁴⁴ Tali rapporti in molti casi appaiono essere generici, in quanto non trattano o trattano in materia estremamente limitata della tematica della mutilazione genitale femminile, privi di dati aggiornati e di una prospettiva di genere. Sul punto, A. CRESCENZI, *La questione del rimpatrio di donne migranti*, cit., pp. 481-482.

madre verso territori in cui le pratiche oggetto del presente scritto erano diffuse, ragione che era alla base della loro richiesta di asilo⁴⁵. Il Comitato, infatti, ha richiamato l'obbligo delle autorità nazionali di prendere in considerazione non solo i rapporti/dati ufficiali inerenti alla diffusione delle mutilazioni genitali femminili in un dato Paese⁴⁶, ma anche di fare una valutazione del contesto specifico e personale verso cui la ricorrente e la figlia saranno espulse e di quanto ancora la pratica sia radicata nella società anche nel caso in cui esistano leggi che le vietano. Il superiore interesse del minore richiede, quindi, che sia adottato un approccio che segua il principio di precauzione che impedisce di espellere il minore e l'adulto congiunto se vi sono dubbi ragionevoli che lo Stato ricevente non possa proteggerli⁴⁷. Se l'aspetto da ultimo richiamato, vale a dire quello inerente all'approccio precauzionale, viene in rilievo in particolare nei casi riguardanti dei minori, il dovere che incombe sulla autorità nazionali di svolgere una valutazione complessiva e approfondita dell'effettiva situazione esistente in una data area si intende, invece, in senso generale.

Ed infatti, tale visione risulta condivisa anche dalla nostra Corte di Cassazione nell'ordinanza 29836 del 2019 che, seguendo e specificando la sua giurisprudenza precedente, ha espressamente affermato che in tema di protezione internazionale l'esercizio del potere/dovere di cooperazione istruttoria del giudice implica l'acquisizione di informazioni accurate e aggiornate sul *costume sociale cogente* nel Paese e fornite dagli organismi internazionali che si occupano di monitorare la diffusione di tali pratiche così da verificare se, in quello Stato, la pratica è, comunque, percepita come doverosa. La valutazione dell'autorità giudiziaria nazionale, per essere corretta e utile ai fini della protezione degli individui, deve, cioè, fondarsi su un ampio spettro di informa-

⁴⁵ Cfr. Comitato per i diritti del fanciullo, *I.A.M.*, cit.; Comitato per i diritti del fanciullo, parere del 5 marzo 2021, communication n. 83/2019, CRC/C/86/D/83/2019, *R.H.M. c. Danimarca*.

⁴⁶ Nei casi di specie le autorità danesi avevano fondato la loro decisione essenzialmente sul rapporto del servizio immigrazione danese che evidenziava come in Somalia il tasso di mutilazioni genitali femminili fosse in diminuzione e fosse stata adottata una legislazione nazionale che le proibiva.

⁴⁷ Cfr. Comitato per i diritti del fanciullo, *I.A.M.*, cit., par. 11.8, lett. a) e c); Comitato per i diritti del fanciullo, *R.H.M.*, cit., par. 8.7, lett. a) e c).

zioni, che essa ha il dovere di ricercare, solo così potendo determinare l'effettiva fondatezza del timore invocato dal richiedente⁴⁸. D'altra parte, la medesima Suprema Corte, con l'ordinanza n. 20291 del luglio 2021, nel valutare la fondatezza del timore del ricorrente di essere oggetto di ritorsioni da parte della sua comunità per essersi opposto a che la mutilazione genitale fosse praticata su una parente, ha affermato che l'esistenza nel Paese di provenienza di una legge che vieti dette pratiche non è di per sé sufficiente a escludere la vulnerabilità dell'individuo. Infatti, se la pratica è socialmente condivisa "ciò che rileva non è il trattamento normativo ufficiale, ma l'emarginazione sociale dei soggetti che vi si oppongono la quale può costituire elemento identificativo di uno stato di vulnerabilità soggettiva"⁴⁹. Ugualmente, nella già citata ordinanza 29971, la Corte ha cassato la decisione del giudice di appello per non aver valutato il racconto della ricorrente alla luce di informazioni aggiornate e specificatamente riferite alla zona da cui essa proveniva, adottando un impianto motivazionale della decisione che appariva essere completamente sganciato dalla storia personale della stessa e, quindi, del tutto inadeguato a valutarne la richiesta.

Né si può ignorare che questa impostazione risponde perfettamente all'obbligo degli Stati, precedentemente richiamato e discendente anche dalla Direttiva qualifiche, di adottare tutte le misure necessarie per provare la fondatezza delle dichiarazioni rese da donne e ragazze provenienti da Paesi con un alto tasso di diffusione delle pratiche di mutilazione genitale al fine di limitare i fattori che possono influenzare negativamente l'esito positivo della considerazione della loro richiesta⁵⁰.

⁴⁸ Cfr. Corte di Cassazione, ordinanza del 18 novembre 2019, n. 29836. Già in precedenza la Suprema Corte aveva sottolineato che incombe sul giudice "nell'esercizio del potere-dovere di cooperazione istruttoria, l'obbligo di attivare i propri poteri officiosi al fine di acquisire una completa conoscenza della situazione legislativa e sociale dello Stato di provenienza, onde accertare la fondatezza e l'attualità del timore di danno grave dedotto" (Corte di Cassazione, Sez. 6-1 Civile, ordinanza del 25 luglio 2018, n. 19716).

⁴⁹ Cfr. Corte di Cassazione, Sez. 6-1 Civile, ordinanza del 15 luglio 2021, n. 20291.

⁵⁰ In tale senso si è espresso anche il Comitato CEDAW nelle sue raccomandazioni conclusive del General Comment n. 32, laddove afferma che: "[...](g)That, while

L'assenza pressoché totale di considerazione per la prospettiva di genere mostrata dalla Corte di Strasburgo in relazione all'aspetto appena richiamato è emersa pure nell'analisi che la stessa ha condotto per quanto attiene alla possibilità di ricollocamento interno della vittima di mutilazione genitale quale base per affermare la non illegittimità del rimpatrio.

Riguardo a tale aspetto, il giudice di Strasburgo si è spesso limitato a verificare se nel Paese di origine vi fossero zone in cui le pratiche qui esaminate non fossero più in essere, senza, però, soffermarsi a verificare se tale trasferimento rispettasse i requisiti stabiliti dalla sua stessa giurisprudenza precedente (ma in casi non inerenti alle mutilazioni genitali). Ci si riferisce, in particolare, all'accertamento che il ricorrente possa raggiungere tale area e stabilirvisi senza correre il rischio di subire trattamenti incompatibili con l'art. 3 della Convenzione europea⁵¹. Infatti, come evidenziato sia dall'UNHCR che dal Comitato CEDAW nel suo *General Comment* n. 32, il ricollocamento nello Stato di cui si ha la cittadinanza, ma in luogo differente da quello di origine, può essere considerato una alternativa legittima se la donna è in grado di raggiungere l'area in maniera legale, sicura⁵², se non sia rintracciabi-

the woman asylum claimant normally bears the burden of proving her asylum case, the duty to ascertain and evaluate all the relevant facts is shared between the claimant and the examiner. The threshold for accepting asylum applications should be measured not against the probability but against the reasonable likelihood that the claimant has a well-founded fear of persecution or that she would be exposed to persecution on return; (b) That, in some cases, it may be for the examiner to use all the means at his or her disposal to produce the necessary evidence in support of the application, including by seeking and gathering gender-relevant information from reliable governmental and non-governmental sources on human rights in the country of origin[...]" (cfr. Comitato CEDAW, *General recommendation* No. 32, cit, par. 50).

⁵¹ Cfr. Corte europea dei diritti umani, Camera, sentenza dell'11 gennaio 2007, ricorso n. 1948/04, *Salah Sheekh c. Olanda*, par. 141.

⁵² Il Comitato CEDAW evidenzia che "*States should also take into account gender-related aspects and risks in the assessment as to whether internal relocation is permissible. Difficulties faced by women in relocating to other parts of their countries of origin can include legal, cultural and/or social restrictions or prohibitions on women travelling or living alone, practical realities such as problems of securing accommodation, childcare and economic survival without family or community support, and risk of harassment and*

le dal responsabile degli atti persecutori⁵³ e se, una volta arrivata in quel luogo, abbia la possibilità di mantenersi economicamente o di avere dei legami con la famiglia di origine (sempre che questa non costituisca una minaccia per la stessa)⁵⁴.

Un ultimo profilo che è necessario richiamare concerne la valutazione della credibilità delle affermazioni della richiedente asilo e della sua condizione personale in quanto elementi che presentano un notevole rilievo e una particolare complessità di analisi nell'ambito delle decisioni inerenti sia alla concessione dello *status* di rifugiato che al vaglio della legittimità (internazionale) delle decisioni di espulsione. Anche in questo ambito, la Corte europea dei diritti dell'uomo brilla negativamente per le sue valutazioni restrittive e superficiali.

Il giudice europeo, infatti, ha frequentemente messo in dubbio quanto affermato dalla ricorrente o perché essa non aveva presentato tempestivamente domanda di asilo una volta arrivata sul territorio⁵⁵ o perché tra i motivi inizialmente adottati per la richiesta di asilo non vi era quello riguardante l'aver subito mutilazioni genitali (o il temere che la propria figlia le subisca)⁵⁶ o perché la ricorrente non aveva denunciato alle autorità del proprio Paese le violenze subite per non essersi voluta assoggettare ad una pratica di mutilazione genitale⁵⁷.

Riguardo al primo e al secondo punto si ricorda che tanto l'UNHCR quanto il Comitato CEDAW affermano che la circostanza per cui un richiedente non abbia presentato tempestivamente la sua

exploitation, including sexual exploitation and violence" (cfr., Comitato CEDAW, *General recommendation No. 32*, cit, par. 28).

⁵³ Ovviamente, nel caso in cui la persecuzione legata alle pratiche di mutilazione genitale è posta essere o ampiamente tollerata dalle autorità statali, allora nessuna parte del territorio potrà essere considerata sicura. Cfr. UNHCR, *Guidance Note*, cit., parr. 28-30.

⁵⁴ Cfr. UNHCR, *Guidance Note*, cit., par. 31; Comitato CEDAW, *General recommendation No. 32*, cit, par. 28.

⁵⁵ Cfr. Corte europea dei diritti umani, Camera, decisione del 30 agosto 2011, ricorso n. 4539/11, *Ameb e altri c. Regno Unito*.

⁵⁶ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Emily Collins and Ashley Akaziebie*, cit.

⁵⁷ Cfr. Corte europea dei diritti umani, Camera, decisione del 10 aprile 2012, ricorso n. 35745/11, *R.W. e altri c. Svezia*.

domanda di asilo non deve in alcun modo comprometterne la credibilità poiché vari fattori (paura, vergogna, non conoscenza della legislazione nazionale del Paese di arrivo, traumi, ecc.) possono aver influito sul ritardo con cui esso ha chiesto di accedere alla protezione internazionale⁵⁸. Si ricorda, inoltre, che anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea, nell'occuparsi della corretta valutazione delle domande di asilo in base ai dettami della direttiva 2011/95/UE, ha sottolineato, con particolare riferimento alle richieste presentate in ragione dell'orientamento sessuale, che il mero fatto che l'individuo non abbia dichiarato subito la propria omosessualità non è motivo sufficiente a metterne in dubbio la credibilità, data la delicatezza della situazione⁵⁹. Tali osservazioni si possono estendere, *mutatis mutandis*, alle donne vittime di mutilazioni genitali femminili che potrebbero necessitare di tempi più lunghi per denunciare violenze che le hanno segnate in una sfera particolarmente intima.

Per quanto attiene al terzo punto, si osserva che tale affermazione appare misconoscere la realtà di molti Paesi in cui le denunce effettuate dalle donne o non ricevono considerazione da parte delle autorità o sono causa di vendette nei confronti delle donne stesse o causano il loro isolamento sociale. Non è un caso se il Comitato CEDAW è intervenuto sul punto, evidenziando che la mancata denuncia in patria delle violenze subite non può essere preso a fondamento di un giudizio di poca credibilità delle dichiarazioni della richiedente asilo⁶⁰.

Ancora più infondate appaiono alcune considerazioni svolte dalla Corte in relazione alla situazione personale delle ricorrenti, in particolare laddove fa discendere dalla determinazione e forza dimostrata dal-

⁵⁸ UNHCR, *Beyond Proof Credibility Assessment in EU Asylum Systems*, 2013; Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *General recommendation No. 32*, cit., par. 50, let. i).

⁵⁹ Cfr. Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 2 dicembre 2014, *A, B, C c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, cause riunite da C-148/13 a C-150/13. Su tale giurisprudenza e altri aspetti collegati alle richieste di asilo fondate sull'orientamento sessuale, si veda A. IERMANO, *Richiedenti asilo perseguitati in ragione dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere: "limiti" al potere di accertamento dello status di rifugiato*, in I. CARACCILO, G. CELLAMARE, A. DI STASI, P. GARGIULO (a cura di), *Migrazioni internazionali. Questioni giuridiche aperte*, Napoli, 2022, p. 495 ss.

⁶⁰ Comitato CEDAW, *General recommendation No. 32*, cit., par. 29.

la donna nel lasciare il proprio Paese e trasferirsi in Europa la capacità di proteggere la figlia dall'essere oggetto di mutilazione genitale nel momento in cui dovessero essere rimpatriate. Da ciò la Corte faceva derivare la non sussistenza del rischio per la ricorrente e la figlia e, quindi, la non violazione dell'art. 3 della CEDU da parte dello Stato europeo che aveva deciso l'espulsione⁶¹.

A parte la pericolosità di questo ragionamento che fa dipendere la tutela di diritti individuali dalla *strength and independence* della donna anziché dall'azione statale e che, purtroppo, ritrova una eco nelle posizioni della Danimarca nei casi poco sopra citati e esaminati dal Comitato per i diritti del fanciullo, essa appare anche del tutto incompatibile con il principio di *non-refoulement* e di tutela dei diritti umani. Innanzitutto, proprio il Comitato appena richiamato ha sottolineato che la decisione di lasciare il proprio Paese per sottrarsi a tali pratiche persecutorie potrebbe essere letto, a differenza di quanto sostenuto dalle autorità governative (e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, si potrebbe aggiungere), come un sintomo dell'incapacità di resistere alle pressioni sociali e/o familiari che tali "tradizioni" vogliono riaffermare⁶². In secondo luogo, l'organo onusiano ribadisce che la tutela dei diritti del minore non possono dipendere dalla capacità della madre di resistere a dette pressioni poiché incombe sullo Stato il dovere di tutelare i fanciulli da qualsiasi forma di violenza fisica e mentale⁶³. Tali valutazioni possono essere, ovviamente, estese anche al principio di *non-refoulement*. Infatti, per giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo, le decisioni di espulsione di stranieri dal territorio nazionale per essere legittime, e non costituire una violazione degli artt. 2 e 3 CEDU, non possono implicare che l'individuo sia trasferito verso un territorio in cui la sua vita sia in pericolo o dove corra il rischio di essere sottoposto a tortura e trattamenti inumani e degrading. Si attua quella che è definita tutela *par ricochet* del principio di *non-refoulement*. Lo Stato ha, quindi, il dovere di verificare che il territorio verso cui si vuole espellere l'individuo non sia un'area in cui esso corra il

⁶¹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Emily Collins and Ashley Akaziebie*, cit., p. 13-14.

⁶² Cfr. Comitato per i diritti del fanciullo, *I.A.M.*, cit., par. 11.8, let. b)

⁶³ Cfr. *ibid.*; Comitato per i diritti del fanciullo, *R.H.M.*, cit., par. 8.7, let. b).

rischio di essere sottoposto a tortura o trattamenti inumani e degradanti o di vedere messa in pericolo la sua vita e ciò in base a dati oggettivi, non certo in relazione alle capacità dei singoli individui di sottrarsi a possibili violenze.

Quanto sostenuto dalla Corte sorprende ancora di più poiché proviene dall'organo che, proprio in relazione al rapporto tra estradizione/espulsione di stranieri e possibile violazione dell'art. 3 CEDU, ha adottato un approccio sempre più garantista per la persona "riducendo la soglia minima di rischio ai fini dell'accertamento della violazione"⁶⁴ e facendo, tra l'altro, discendere la responsabilità statale per violazione della Convenzione dal solo fatto di aver esposto al rischio l'individuo e non dalla circostanza che quest'ultimo ha, poi, effettivamente subito atti di tortura nel Paese verso cui è stato estradato. Sembra, invece, che nei casi qui richiamati e inerenti alle mutilazioni la Corte abbia "dimenticato" questa sua posizione consolidata e non abbia proceduto al necessario bilanciamento tra l'interesse dell'individuo a non essere respinto verso un Paese dove la sua integrità fisica e psichica può essere messa in pericolo e l'interesse statale a regolamentare la concessione della protezione internazionale, apparendo completamente sbilanciata verso questo ultimo obiettivo.

D'altro canto, la giurisprudenza appena richiamata appare contraddittoria anche rispetto alla particolare attenzione e tutela che la stessa Corte ha, invece, riservato alle donne vittime di violenza domestica (pur con alcuni limiti che anche questa giurisprudenza presenta)⁶⁵, affermando il loro diritto (così come delle altre persone vulnera-

⁶⁴ Cfr. P. PUSTORINO, *Art. 3*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 63 ss., p. 71.

⁶⁵ Cfr. tra gli altri, L. HASSELBACHER, *State Obligations Regarding Domestic Violence: The European Courts of Human Rights, Due Diligence, and International Minimums of Protection*, in *Northwestern Journal of International Human Rights*, 2010, n. 8, p. 190 ss.; S. CANTONI, *L'apport de la Cour européenne des droits de l'homme à l'élaboration de la nouvelle Convention contre la violence à l'égard des femmes*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2014, n. 100, p. 865 ss.; R.J.A. MCQUIGG, *The European Court of Human Rights and domestic violence: Valiulienė v. Lithuania*, in *The International Journal of Human Rights*, 2014, n. 10, p. 756 ss.; L. PERONI, A. TIMMER, *Gender Stereotyping in Domestic Violence Cases. An Analysis of the European Court of*

bili) a ricevere protezione da parte dello Stato il quale è chiamato ad adottare misure preventive per impedire che esse possano essere oggetto di ulteriori e più gravi forme di violenza. Sebbene i contesti di riferimento siano chiaramente differenti, emerge quel dovere di *due diligence* che sempre deve caratterizzare l'azione statale al fine di rendere effettiva la tutela dei diritti individuali. Così, se lo Stato ha l'obbligo di adottare tutte le misure necessarie per proteggere sul suo territorio le vittime di violenza domestica, ugualmente ha l'obbligo di dotarsi di tutti gli strumenti utili per far sì che le donne non siano respinte verso territori in cui la loro integrità psico-fisica possa essere messa in pericolo. Ed è proprio questa *due diligence* che, fino ad ora, la Corte di Strasburgo ha ignorato nelle decisioni attinenti alle mutilazioni genitali femminili e che, invece, dovrebbe essere suo elemento guida al fine di proteggere le donne da quello che la stessa Assemblea parlamentare del Consiglio di Europa definisce “*an act of violence against women and children and a flagrant violation of human rights*”⁶⁶. Ciò permetterebbe alla Corte di dare il giusto rilievo al comportamento statale e alle condizioni in cui la donna si troverà a vivere una volta espulsa, a differenza di quanto verificatosi nei casi qui esaminati dove, come detto, la posizione dell'organo giudiziario sembra essere fortemente sbilanciata verso le considerazioni attinenti alla credibilità o situazione personale della ricorrente. Questo sarebbe un primo passo importante verso un cambio di prospettiva che dovrebbe condurre a porre al centro dell'attenzione del giudice, non tanto la vicenda perso-

Human Rights' Jurisprudence, in E. BREMS, A. TIMMER (eds.), *Stereotypes and Human Rights Law*, Cambridge, 2017, p. 39 ss.; M. BUSCEMI, *La protezione delle vittime di violenza domestica davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Alcune osservazioni a margine del caso Talpis c. Italia*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2017, n. 3, p. 1 ss.; S. MURPHY, *Domestic Violence as Sex Discrimination: Ten Years since the Seminal European Court of Human Rights Decision in Opuz v. Turkey*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2018, n. 51, p. 1347 ss.; K. VELCIKOVA, *Violenza contro le donne e accesso alla giustizia*, in *Questione Giustizia*, 2019; A. DI STASI, *Il diritto alla vita e all'integrità della persona con particolare riferimento alla violenza domestica (artt.2 e 3 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea e l'impatto nell'ordinamento interno (2016-2020)*, Milano, 2020, p. 1 ss.; S. DE VIDO, *Verso un "test" di dovuta diligenza sensibile al genere nei casi di violenza domestica?*, cit..

⁶⁶ Cfr. Parliamentary Assembly, *Female genital mutilation in Europe*, cit., par. 3.

nale dell'individuo, quanto la valutazione della capacità dello Stato (o meglio degli Stati, ricomprendendo anche quello di origine) di rispettare gli obblighi internazionali in materia di *due diligence* e di proteggere le vittime⁶⁷. Un passo che un organo istituito per tutelare i diritti degli individui dovrebbe certamente compiere.

⁶⁷ Si è posto in evidenza che tale cambio di prospettiva dovrebbe concentrarsi sulla valutazione della capacità dello Stato di origine della vittima di proteggerla nel caso in cui sia rimpatriata, valutazione che dovrebbe fondarsi sul rispetto da parte di tale Stato degli obblighi di *due diligence* in materia di prevenzione del fenomeno, protezione delle vittime e di attivazione dell'azione penale nei confronti dei responsabili. Tale nuova visione troverebbe, d'altra parte, un particolare fondamento giuridico negli obblighi derivanti dalla Convenzione di Istanbul. Cfr. S. DE VIDO, *Culturally Motivated Crimes Against Women*, cit., pp. 323-329.

Abstract

Come riconosciuto da numerosi organi e organismi internazionali (Assemblea generale delle Nazioni Unite, UNHCR, Comitato CEDAW, Comitato CAT) la pratica delle mutilazioni genitali femminili costituisce una grave violazione dei diritti individuali a causa delle perduranti conseguenze fisiche e psicologiche che comportano. Il fenomeno da tempo è venuto in rilievo anche in relazione alla questione dell'attribuzione della protezione internazionale. Nel presente contributo, si tenderà, quindi, a evidenziare quali siano gli elementi che permettono di inquadrare le mutilazioni genitali tra le ipotesi per cui è possibile accordare lo *status* di rifugiato (e non solo la protezione sussidiaria), conducendo tale disamina anche alla luce dei principali atti internazionali e della giurisprudenza nazionale in materia. Se ne ricaverà un quadro che verrà confrontato con la principale giurisprudenza internazionale in materia di espulsione di donne oggetto (o che rischiano di essere oggetto) di mutilazioni genitale al fine di metterne in evidenza gli elementi positivi ma anche quelli critici e di sottolineare possibili evoluzioni.

KEYWORDS: *Status* rifugiato – mutilazioni genitali femminili – gruppo sociale – discriminazione – espulsione

PROTECTION OF VICTIMS OF FEMALE GENITAL MUTILATIONS
BETWEEN POSSIBLE RECOGNITION OF REFUGEE STATUS
AND MIGRANT RETURN OPERATIONS CONSIDERED LAWFUL

As recognized by many international bodies (General Assembly, UNHCR, Committee CEDAW, Committee CAT, Council of Europe), female genital mutilation constitutes a serious violation of individual rights due to the ongoing physical and psychological consequences that they entail. In the last decades, the phenomenon has come to prominence in relation to the issue of granting international protection.

The research will highlight the legal elements that make it possible for female genital mutilation to be included among the reasons for granting refugee *status* (not just subsidiary protection), basing this exam on the principal international acts and some recent national rulings in this field. This framework will be compared with international jurisprudence concerning any exist-

ing limits on the expulsion of women who have suffered (or are at risk of being subjected to) female genital mutilation in order to highlight the positive elements but also the critical ones and to underline possible evolutions.

KEYWORDS: Refugee *status* – female genital mutilation – social group – discrimination – expulsion

II SEZIONE/PART II

**DONNE VITTIME DI VIOLENZA NEL PAESE OSPITANTE
WOMEN VICTIMS OF VIOLENCE IN THE HOST COUNTRY**

THE PROPOSAL FOR A EU DIRECTIVE ON COMBATING VIOLENCE AGAINST WOMEN AND DOMESTIC VIOLENCE

*Elisabetta Bergamini**

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. The evolution of the EU framework on judicial cooperation in criminal matters and the legal basis for the new directive on VAW. – 2.1. Evolution of judicial cooperation in criminal matters. – 2.2. Evaluation of Article 82.2 TFEU as a legal basis for the directive. – 2.3 Evaluation of Article 83.1 TFEU as a legal basis for the directive: the problem of cross border dimension and the definition of “Eu-rocrimes”. 3. – The qualification of certain forms of violence against women and the need of protection: the case of cyberviolence. – 4. The relationship with the Istanbul Convention. – 5. Final remarks.

1. Introduction

In recent years the need to combat and prevent violence against women (hereinafter VAW) and domestic violence has been considered by International Organisations as highly relevant, leading to the approval of position papers and soft law instruments¹ and to the creation

* Full Professor of EU Law, University of Udine. Email: elisabetta.bergamini@uniud.it

I would like to thank Professor Sara De Vido for involving me a few years ago in the study of the interesting issues of the possible EU legal basis for a directive on VAW and for the opportunity we had to share ideas and to exchange views.

¹ See for instance UN General Assembly, *Declaration on the Elimination of Violence against Women*, UN Doc. A/RES/48/104, of 20 December 1993, and the CEDAW (Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women) General Recommendations No 19 and No 35. On the rule of soft law instruments in the field of violence against women see KRIVENKO, *The Role and Impact of Soft Law on the Emergence of a Prohibition of Violence against Women within the Context of CEDAW*, in S. LAGOUTTE, T. GAMMELTOFT-HANSEN, J. CERONE (eds.), *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*, Oxford, 2016, pp. 47-68.

of binding international instruments such as the Istanbul Convention, whose text was approved in 2011 by the Council of Europe².

The European Union (EU) started actively focusing on the problem of violence against women by deciding to sign the Istanbul Convention in 2016³, however, after signature took place on 13th June 2017, the subsequent debate on its approval has been long and difficult and only recently it seems to be boosting up⁴ as the Council on 21st February 2023 requested the consent of the European Parliament to proceed to ratification, a consent that was finally given on 10th May 2023⁵.

At the same time the EU has been working at different levels to prevent and combat violence against women and girls as can be seen

² For a general framework on the issue see, among the many publications, S. DE VIDO, *Violence against Women's Health in International Law*, Manchester, 2020 and the contributions in J. NIEMI, L. PERONI, V. STOYANOVA (eds.), *International Law and Violence Against Women: Europe and the Istanbul Convention*, Abingdon-Oxon, 2021. For a comparison between the different international law instruments regarding gender-based violence see R. CELORIO, *Women and International Human Rights in Modern Times: a Contemporary Casebook*, Northampton, 2022, p. 38 ff.

³ For a comment see S. DE VIDO, *The ratification of the Council of Europe Istanbul Convention by the EU: A Step Forward in the Protection of Women from Violence in the European Legal System*, in *European Journal of Legal Studies*, 2017, n. 2, pp. 69-102 and A. PRECHAL, *The European Union's Accession to the Istanbul Convention*, in K. LENAERTS, J.-C. BONICHOT, H. KANNINEN, C. NAÔMÉ, P. POHJANKOSKI (eds.), *An Ever-changing Union?: Perspectives on the Future of EU Law in Honour of Allan Rosas*, Oxford, 2019, pp. 279-291.

⁴ For an update on the European Parliament position see also the LIBE (Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs) and FEMM (Committee on Women's Rights and Gender Equality) interim report on the proposal for a Council decision on the conclusion, by the European Union, of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, of 2 February 2023, COM(2016)0109 – 2016/0062R(NLE).

⁵ European Parliament legislative resolutions of 10 May 2023 on the draft Council decisions on the conclusion, on behalf of the European Union, of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence with regard to matters related to judicial cooperation in criminal matters, asylum and non-refoulement (05523/2023 – C9-0038/2023 – 2016/0062B(NLE)) and with regard to institutions and public administration of the Union (05514/2023 – C9-0037/2023 – 2016/0062A(NLE)).

by the 2020 Gender equality strategy⁶ where the EU commitment to combat gender-based violence, support and protect victims and hold perpetrators accountable, was confirmed. More recently the European Commission also approved the 2021 Communication on hate speech and hate crime⁷ that also deals with some specific gender-based offences against women.

All these developments opened the path to the decision to finally create a comprehensive legislative act: a EU directive on combating violence against women and domestic violence⁸, whose draft was presented by the European Commission on 8 March 2022 and that is currently undergoing the approval procedure.

If the process of ratification of the Istanbul Convention seemed for a long time to be stalling because of the objections raised by some EU Member States⁹, the proposal to have a directive dealing with the issue

⁶ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *A Union of Equality: Gender Equality Strategy 2020-2025*, of 5 March 2020, COM(2020) 152 final.

⁷ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *A more inclusive and protective Europe: extending the list of EU crimes to hate speech and hate crime*, of 9 December 2021, COM(2021) 777 final.

⁸ Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on combating violence against women and domestic violence, of 8 March 2022, COM(2022)105 final 2022/0066(COD). For the position of the European Parliament on the proposal see, N. HAHNKAMPER-VANDEBULCKE, I. BACIAN, *Violence against women and domestic violence: the new Commission proposal in light of European Parliament requests*, Brussels, 2022. On the impact assessment and the need to proceed to harmonize the national rules see also European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, *Study to support the impact assessment on preventing and combating violence against women and domestic violence*, Publications Office of the European Union, 2023. For a first analysis of the proposal see S. DE VIDO, *A First Insight into the EU Proposal for a Directive on Countering Violence against Women and Domestic Violence*, *EJIL:Talk!*, 7 April 2022, available at ejiltalk.org/a-first-insight-into-the-eu-proposal-for-a-directive-on-countering-violence-against-women-and-domestic-violence/.

⁹ At the time of writing (1 April 2023), six EU Member States have not ratified the Istanbul Convention: Bulgaria, Czechia, Hungary, Latvia, Lithuania, Slovakia. The Polish government announced in July 2020 its intention to withdraw from the Convention: however, withdrawal has not yet been enacted. As we will see in Opinion

at least from the internal point of view could be an alternative path towards a positive development, enabling the better protection of women against violence to be achieved and filling in the still existing gaps in the national legal frameworks, even at constitutional level¹⁰.

The proposal focuses on the perspective of criminal law, even though violations of human rights and forms of discrimination are involved too. In fact, the European Commission recognises that there is a need to combat VAW in order “to protect the core EU values and to ensure that the EU Charter on Fundamental Rights is upheld”. In particular VAW and domestic violence may affect the right to human dignity (Article 1), the right to life (Article 2), the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment (Article 4), the right to freedom from discrimination, including on the grounds of sex (Article 21) and the right to access justice (Article 47)¹¹.

The aim is to foster among member States trust in their respective judicial systems in order to increase mutual recognition of judgements and more in general judicial cooperation in criminal law¹².

This paper will discuss the proposal for a directive focusing on the issues related to its legal basis and the different options that could

1/19 (Court of Justice, Grand Chamber, Opinion of 6 October 2021, C-1/19), the Court of Justice declared that the Council of the European Union can decide to wait “for the ‘common accord’ of the Member States to be bound by that convention in the fields falling within their competences. However, the Treaties do prohibit the Council from adding a further step to the conclusion procedure laid down in that article by making the adoption of the decision concluding that convention contingent on the prior establishment of such a ‘common accord’”. Therefore, it will be possible for the EU to proceed to approval even if some Member States have not ratified it yet.

¹⁰ For an evaluation of Violence against Women as a Constitutional Concern, see R. RUBIO-MARÍN, *Global Gender Constitutionalism and Women’s Citizenship: a Struggle for Transformative Inclusion*, Cambridge, 2022, p. 214 ff.

¹¹ For the full list of the rights involved see p. 1 of the proposal. More in general on the role of the Charter in the evolution of EU law see the contributions in S. DE VRIES, E. BERNITZ, S. WEATHERILL (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument*, Abington, 2015 and in S. PEERS, T. HERVEY, S. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary on the European Union Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2014.

¹² See K. LENAERTS, *The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2015, n. 3, p. 525 ff.

have been used by the European Commission; it will also take into consideration the case of cybercrimes as specific gender-based offences against women and the relationship with the Istanbul Convention in order to evaluate the different point of views existing for member States and the consequences of its approval.

2. The evolution of the EU framework on judicial cooperation in criminal matters and the legal basis for the new directive on VAW

2.1. Evolution of judicial cooperation in criminal matters

Before evaluating the content of the new proposal for a directive we must first of all recall the existent EU legal framework on criminal law and justice cooperation among member States in which the draft directive is grounded and needs to find its justification and legal basis¹³.

Since the entry into force of the Lisbon Treaty under Chapter 4 of Title V TFEU (judicial cooperation in criminal matters in the area of freedom, security and justice), the European Parliament has finally been recognized the role of co-legislator and the EU Institutions may approve the ordinary legislative instruments referred to in Article 288 TFEU (regulations, directives and decisions)¹⁴. While in the matter of mutual recognition of judicial decisions – like the other interventions referred to in Article 82 par. 1, TFEU – it is also allowed to approve regulations (the provision just mentioned using the generic expression “measures”), under Article 82, par. 2, and 83 TFEU, on the approxi-

¹³ On the evolution of EU criminal justice cooperation see H. LABAYLE, *Le traité de Lisbonne et l'entraide répressive dans l'Union européenne*, in *Revue des Affaires Européennes*, 2007/2008, n. 2, p. 209 ff; E. HERLIN-KARNELL, *EU Competence in Criminal Law after Lisbon*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford, 2012, p. 331 ff.; S. PEERS, *EU Criminal Law and the Treaty of Lisbon*, in *European Law Review*, 2008, n. 33, p. 507 ff.

¹⁴ Instruments that however will not bind Denmark (due to the opt out regime under Protocol 22 annexed to TEU and TFEU) nor Ireland (if not on an elective basis, pursuant to Protocol 21).

mation of procedural or substantive national provisions, only directives are allowed.

We also need to stress that the European Union can only operate under the principle of conferral as stated in Article 5 of the TEU, that means it can act within the limits of the competences conferred upon it by the Member States in the Treaties: therefore when the European Commission first decided to present a proposal for a directive on VAW and domestic violence the main issue was related to the legal basis that would allow such an act to be approved.

The choice made by the European Commission was to use as legal basis Article 82, paragraph 2, and 83, paragraph 1, TFEU¹⁵. As the Court of Justice, in its Opinion 1/19 on access to the Istanbul Convention¹⁶, extensively assessed and criticized the choice of legal basis for the EU decision for that International treaty, we need to evaluate if the proposed legal basis for the new directive, that will deal with a similar topic, may be accepted, and the possible limits, problems and alternatives to the choice made by the European Commission¹⁷.

¹⁵ See the two proposals - Proposal for a Council decision *on the signing, on behalf of the European Union, of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence* of 4 March 2016, (COM(2016) 111 final and Proposal for a Council decision *on the conclusion, by the European Union, of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, of 4 March 2016, COM(2016)109 final – and the two decisions on the signing – Council Decision (EU) 2017/865 *on the signing, on behalf of the European Union, of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence with regard to matters related to judicial cooperation in criminal matters*, of 11 May 2017, OJ 2017 L 131, 20 May 2017, p. 11 and Council Decision (EU) 2017/866 *on the signing, on behalf of the European Union, of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence with regard to asylum and non-refoulement*, of 11 May 2017, OJ 2017 L 131, 20 May 2017, p. 13).

¹⁶ For a comment on Opinion 1/19 see G. KÜBEK, *Facing and Embracing the Consequences of Mixity: Opinion 1/19, Istanbul Convention*, in *Common Market Law Review*, 2022, n. 5, pp. 1465-1500; P. KOUTRAKOS, *Confronting the Complexities of Mixed Agreements: Opinion 1/19 on the Istanbul Convention*, in *European Law Review*, 2022, n. 2, pp. 247-263.

¹⁷ The Court of Justice declared in the final part of its Opinion that “the appropriate substantive legal basis for the adoption of the Council act concluding, on behalf of the European Union, the part of the Istanbul Convention covered by the envisaged

2.2. *Evaluation of Article 82.2 TFEU as a legal basis for the directive*

First of all, we need to discuss the relevance of Article 82 TFEU, par. 2, that provides for the approximation of the criminal laws of the Member States at procedural level.

Under its provisions the European Parliament and the Council may, in accordance with the ordinary legislative procedure, adopt directives laying down minimum standards relating to the specific elements of the criminal procedure referred to therein, by a unanimous decision (Ireland and Denmark excluded) and after obtaining the consent of the European Parliament.

Approximation of laws at procedural level is strictly functional to mutual recognition: in fact the very beginning of Article 82.2 TFEU states that it can only take place “to the extent necessary to facilitate mutual recognition of judgments and judicial decisions and police and judicial cooperation in criminal matters having a cross-border dimension”¹⁸. Furthermore, the directives thus adopted constitute only a minimum standard of protection that must be guaranteed in the Member States to the various parties involved in the criminal procedure, but do not prevent national legislators from maintaining or increasing the level of protection offered. From the European Commission point of view, the use of Article 82.2 TFEU as a legal basis will enable the directive to cover measures concerning the rights of victims of the crimes (included in the list under letter (c)) of VAW and domestic violence. This will allow protection, access to justice, victim support before, during and after criminal proceedings and preventive action: *i.e.* a specific individual assessment to identify victims’ protection needs and support needs (Article 18-19), protection of victim’s private

agreement, within the meaning of Article 218(11) TFEU, is made up of Article 78(2), Article 82(2) and Articles 84 and 336 TFEU”. In its request for an opinion the European Parliament asked if “Articles 82(2) and 84 TFEU constitute the appropriate legal bases for the [Council of the European Union] act concluding the [Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (“the Istanbul Convention”)] on behalf of the [European] Union, or should that act be based on Articles 78(2), 82(2) and 83(1) TFEU”.

¹⁸ For an evaluation in detail of the cross-border dimension of VAW and domestic violence see the subsequent paragraph 2.3 on Article 83.1.

life (Article 22) prompt removal of online material used to commit cybercrimes (Article 25), specialist support to victims, specifically linked to the type of offence they were subject to (Article 27-30). The provisions on protection of victims are partly in line with the Istanbul Convention, because they fail to appreciate the gendered dimension of violence. For example, women's support services are not mentioned in the draft directive, even though they are playing a fundamental role in supporting women that have been victims of violence.

This legal basis was used in the last few years to approve directives related in general to the protection of victims of crimes, as it was the case with the 2012/29 Directive establishing minimum standards for victim protection¹⁹. The new VAW Directive, however, will undoubtedly have a broader approach as it will not only focus on victim's protection but also on criminalization of behaviors, for which Article 82.2. alone does not represent a sufficient legal basis.

2.3. Evaluation of Article 83.1 TFEU as a legal basis for the directive: the problem of cross border dimension and the definition of "Eurocrimes"

The second legal basis for the proposal is Article 83.1 TFEU that allows the approval of minimum harmonised rules on the definition of what is to be considered a criminal offense and the sanctions to apply "in the areas of particularly serious crime with a cross-border dimension resulting from the nature or impact of such offences or from a special need to combat them on a common basis". Even if the transnational element does not always exist for VAW and domestic violence,

¹⁹ The victims' rights directive will remain in force as a general framework, to which the draft directive will add specific measures. See Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council, *establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA*, of 25 October 2012, OJ L 315, 14 November 2012, p. 57. The same will happen, with some changes proposed in order to ensure coherence with the new framework, to the Child sexual Abuse Directive, see Directive 2011/93 of the European Parliament and of the Council, *on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography, and replacing Council Framework Decision 2004/68/JHA*, of 13 December 2011, OJ L 335, 17 December 2011, p. 1).

as the situation may lack the cross-border dimension, this apparent obstacle is easy to overcome. The sentence is written using ‘or’ so the need for harmonisation concerns the crimes having cross-border dimension, *or* a situation in which there is a special need to combat them on a ‘common basis’ and there clearly is such a special need in the situation we are evaluating. According to scholars²⁰, the reference to the transnational dimension should be read in a flexible way, in the sense that national provisions in compliance with the directives elaborated under Article 83(1) can be applied also in case the crime they have harmonised has a pure internal character.

Moreover, domestic violence may have a cross border dimension: a clear example of this situation is found in cases of women moving to a different country as a consequence of domestic violence, a situation that is more complicated when children are part of the family, therefore creating a risk of infringement of the rules on rights of custody and to visit. The situation clearly becomes more frequent when domestic violence takes place in cross-border families as migrant women being subject to violence may be more vulnerable in similar cases and the choice (or in some cases the need) to flee from the abuser could also lead to international child abduction cases. If the EU grants protection in similar circumstances to the woman victim of domestic violence by extending their residence right as family member of an EU citizen even if the marriage ended, thanks to Article 13(2) of Directive 2004/38²¹, no general provision exists for family members of non-EU

²⁰ See, for example, C. AMALFITANO, *Article 83*, in A. TIZZANO (ed.), *Trattati dell’Unione europea*, Milano, 2014, p. 900.

²¹ The article deals with “Retention of the right of residence by family members in the event of divorce, annulment of marriage or termination of registered partnership”, and provides that divorce, annulment of marriage or termination of the registered partnership “shall not entail loss of the right of residence of a Union’s citizen’s family members who are not nationals of a Member State where: (c) this is warranted by particularly difficult circumstances, such as having been a victim of domestic violence while the marriage or registered partnership was subsisting”. Unfortunately, no similar provision is contained in the Council Directive 2003/86/EC, *on the right to family reunification*, of 22 September 2003, OJ L 251, 3 October, 2003, such determining a discriminatory treatment for migrants who are not linked to a EU national. Unfortunately the ECJ gave a restrictive interpretation of that article by stating that “a third-country national, who is divorced from a Union citizen at whose hands she has been

citizens, nor specific harmonized rules on custody and visitation rights that are only considered from the private international law point of view, which is now subject to the recast Regulation 2019/1111²². This Regulation is meant to apply in the general framework created by the Hague Convention on the Civil Aspects of Child Abduction of 1980²³

the victim of domestic violence during the marriage, cannot rely on the retention of her right of residence in the host Member State, on the basis of that provision, where the commencement of divorce proceedings post-dates the departure of the Union citizen spouse from that Member State”, see, Court of Justice, First Chamber, judgement of 30 June 2016, *Secretary of State for the Home Department v NA*, case C-115/15, par. 51.

²² Regulation 2019/1111/EU of the Council, *on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast)*, of 25 June 2019, OJ L 178, 2 July 2019, p. 1. The recast Regulation applies from 1 March 2021 substituting the previous Regulation 2201/2003/EC *concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000*, of 27 November 2003, OJ L 338, 23 December 2003, p. 1. On the relationship between the provisions of the Istanbul Convention and the EU PIL framework see E. BERGAMINI, *Article 31*, in S. DE VIDO, M. FRULLI (eds.), *Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence. A Commentary on the Istanbul Convention*, (forthcoming) and, for a critical evaluation of the poor results of Regulation 2019/1111 in combating VAW see C. RUIZ SUTIL, *La violence de genre/conjugale à l'égard des ressortissantes étrangères et leurs enfants face à la dimension transfrontalière dans l'Union européenne*, in C. CORSO, P. WAUTELET (dir.), *L'accès aux droits de la personne et de la famille en Europe*, Bruxelles, 2022, in particular pp. 164-165.

²³ On the problematic balance between the need to apply the Hague 1980 convention and the need to protect women against violence see also R. LAMONT, *Mainstreaming Gender into European Family Law? The Case of International Child Abduction and Brussels II Revised*, in *European Law Journal*, 2011, n. 3, pp. 366-384, and, more recently C. RUIZ SUTIL, *Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II Bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2018, n. 2, pp. 615-641; M. FREEMAN, N. TAYLOR, *Domestic Violence and Child Participation: Contemporary Challenges for the 1980 Hague Child Abduction Convention*, in *Journal of Social Welfare and Family Law*, 2020, n. 2, pp. 154-175. On the case of women subjected to a Hague return order after fleeing family and domestic violence perpetrated by their previous partner, because they fled with their children across international borders see G. MASTERTON, Z. RATHUS, J. FLOOD, K. TRANTER, *Dislocated Lives: The Experience of Women Survi-*

and more generally by the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable law, Recognition, Enforcement and Cooperation in respect of parental responsibility and measures for the protection of children²⁴. The new Brussels II recast Regulation, having being approved after ratification of the Istanbul Convention, albeit at a time when that Convention was not yet ratified by many Member States and by the EU itself) contains reference to the need to use a specific approach in cases of domestic violence imposing to Central Authorities the obligation not to disclose information on the whereabouts of the child to the parent which the child was wrongfully removed from by the victim of violence²⁵. In fact Article 89 created a new procedure allowing Central Authorities to limit access to information in case they could endanger the safety of a child or of another person, for example the mother fleeing from violence, such trying to find the difficult balance between the need to avoid wrongful removals and to grant access to justice to the parent victim of this crime (but culprit of domestic violence) and the need to protect the best interests of the child and of the other family members who must be protected from violence. However, the new Brussels recast Regulation has been criticised for missing the opportunity to fully implement the Istanbul Convention, as private international law in general seems still to be anchored to a gender-neutral perspective²⁶.

vors of Family and Domestic Violence after being 'Hagued', in *Journal of Social Welfare and Family Law*, 2022, n. 3, pp. 369-390.

²⁴ For a general presentation of the 1996 Hague Convention see M. C. BARUFFI, *The 1996 Hague Convention on the Protection of Children*, in I. VIARENGO, F. C. VILLATA (eds.), *Planning the Future of Cross Border Families: A Path Through Coordination (Studies in Private International Law)*, Oxford, 2020, p. 259 ff.

²⁵ See recital 88 and Article 89 of the recast Regulation. See also recital 43 in which whilst advocating mediation as instrument to solve cases of international child abduction, it is made clear that mediation might not be appropriate in cases of domestic violence. For a comment see A. GAUDIERI, *Il principio dei "best interests of the child" e la tutela della vittima minorenne nello spazio giuridico e giudiziario europeo*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2019, n. 3, p. 106 -137.

²⁶ On the need to add a gender perspective to private international law see C. VAQUERO LÓPEZ, *Woman, Marriage and Motherhood: Issues of Private International Law from a Gender Perspective*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, n. 1, pp. 439-465; R. ESPINOSA CALABUIG, *La (olvidada) perspectiva de género en el Derecho in-*

If we therefore accept that Article 83.1 may represent a correct legal basis from the point of view of domestic violence having a cross border or a “special need” relevance, we can go further in our reasoning by examining the second paragraph that includes a list of offenses that are commonly known as “Eurocrimes” in order to combat which it is possible to establish common rules at EU level: we need therefore to argue if VAW and domestic violence may be qualified as such, even if no specific reference to them is included in the list. The doubt stems from the fact that the list of crimes that is included in the second sentence of Article 83.1 was meant to be an exhaustive list to which no modification is admitted unless the mechanism provided for in the third sentence (that requests a unanimous decision in the Council and a consent of the European Parliament to extend the list of Eurocrimes) is triggered. Harmonisation of crimes and penalties leads to “the development of a common EU legal culture in relation to fighting crime, which adds up to but does not substitute national legal traditions and has a positive impact on mutual trust amongst the legal systems of the Member States”²⁷. Without a unanimous decision of the Council to expand it, the list of Eurocrimes, is therefore fixed and unmodifiable.

The list of Eurocrimes in Article 83.1 TFEU lacks any explicit reference to violence against women and to domestic violence, but contains the notion of “trafficking in human beings and sexual exploitation of women and children”, together with that of “computer crime”. If there is no doubt about the existence of cybercrimes as an autonomous and self-sufficient Eurocrime in Article 83.1²⁸, we need to evalu-

ternacional privado, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 2019, n. 3, pp. 36-57; M. D. ORTÍZ VIDAL, *Derecho de visita y violencia de género el principio de mutuo reconocimiento y el interés superior del menor*, in M. P. DIAGO DIAGO, P. JIMÉNEZ BLANCO, C. ESPLUGUES MOTA (eds.), *50 años de derecho internacional privado de la Unión Europea en el Diván*, Valencia, 2019, pp. 327-337.

²⁷ Resolution 2010/2310(INI) of the European Parliament, *on an EU approach to criminal law*, of 22 May 2012, OJ C 264, 13 September 2013, letter g.

²⁸ The expression ‘computer crimes’ has not been defined at EU level, but we can interpret it in the light of the CoE legal framework and precisely of the Additional Protocol to the Convention on Cybercrime (Budapest Convention on Cybercrime of 2001), concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems of 2003.

ate whether sexual exploitation may be considered as a crime only if it is connected to trafficking or whether sexual exploitation of women may be considered as a crime on its own. In order to find an answer, it may be helpful to consider the existing legal framework and specifically the 2011 Directive on the fight against sexual exploitation of children and child pornography, which replaces Framework Decision 2004/68²⁹, that introduced a minimum of approximation of the EU Member States' legislations in order to criminalise the most serious forms of child sexual abuse and exploitation, to extend domestic jurisdiction, and to provide for assistance to victims. The previous framework decision was transformed into a directive after the entry into force of the Lisbon Treaty, using as a legal basis the same Articles 82 (2) and 83(1) that we are currently analysing and in its elaboration the European Commission mainly referred to the Lanzarote Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse³⁰, as it is clear from the legislative proposal³¹.

Hence, the definition of sexual exploitation has been interpreted in light of international legal instruments in force, in particular the

²⁹ Directive 2011/93/EU of the European Parliament and of the Council *on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography, and replacing Council Framework Decision 2004/68/JHA*, of 13 December 2011, OJ L 335, 17 December 2011.

³⁰ The 2007 Council of Europe (CoE) Convention on Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse (known as the 'Lanzarote Convention' and not ratified by the EU) is expressly mentioned in recital 5 of the directive. For an evaluation of the relationship between the Lanzarote Convention, Directive 2011/93/EU and article 34 of the New York Convention on the Rights of the Child of 1989 see W. VADENHOLE, G. E. TÜRKELLI, S. LEMBRECHTS, *Article 34: Protection From Sexual Exploitation and Abuse*, in W. VADENHOLE, G. E. TÜRKELLI, S. LEMBRECHTS, *Children's Rights. A Commentary on the Convention on the Rights of the Child and its Protocols*, Cheltenham, 2019, pp. 334-342. The directive (recital 7) mentions that "some (emphasis added) victims of human trafficking have also been child victims of sexual abuse or sexual exploitation" therefore de-linking sexual exploitation of children from trafficking.

³¹ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council *on combating the sexual abuse, sexual exploitation of children and child pornography, repealing Framework Decision 2004/68/JHA*, 29 March 2010, COM(2010)94 final, 2010/0064 (COD). No reference instead is made to the 2005 Convention against trafficking that could have linked sexual exploitation to human trafficking.

Lanzarote Convention, that includes criminalisation of several behaviors, including sexual abuse and offences concerning child prostitution, child pornography, corruption of children, and solicitation of children for sexual purposes (not necessarily related to human trafficking). This can be considered as evidence that the Commission – and the Parliament and the Council in the approval of the Directive – have already interpreted in a broad way, using existing international legal instruments, the wording “sexual exploitation of women and children” in Article 83(1) TFEU: therefore it seems that using it as a legal basis for the approval of the new directive should not constitute a problem, without any need to extend the list of Eurocrimes.

More into details, the European Commission considers as covered by Article 83.1 the provisions on rape for lack of consent, female genital mutilation and online violence all of them being covered by the expression “sexual exploitation of women and children” that can be interpreted in a broader way, as including both exploitation and abuse, in light of the existing legal instruments in force.

It should be mentioned that Advocate General Hogan, in his Opinion on case 1/19, had considered the provisions contained in the Istanbul Convention as not falling in the competence of the EU under Article 83.1 TFEU stating that “the mere fact that, in some cases, the violence covered by that convention may come under the umbrella of trafficking in human beings or of the sexual exploitation of women and children is not in itself sufficient to permit the conclusion that certain provisions of the Istanbul Convention are likely to fall within the competence that the Union derives from Article 83(1) TFEU”³². How-

³² Opinion of Advocate General G. HOGAN, delivered on 11 March 2021, in the Opinion procedure 1/19, par. 155. See also S. PRECHAL, *The European Union's Accession to the Istanbul Convention*, cit., p. 290. It is interesting to note that the Advocate general suggested the Council to avail itself of the possibility offered by Article 83.2 TFEU in case of lack of ratification of the Istanbul Convention by a member State in order “to reduce the Union’s exposure to the risk of it being held liable for unjustified non-compliance with the Istanbul Convention by a Member State”. In fact a future situation in which a Member States would not ratify or implement the Convention might be considered as a case falling into Article 83(2) TFEU that requires that “the approximation of criminal laws and regulations of the Member States proves essential to ensure the effective implementation of a Union policy in an area which has been the

ever, his position is relevant only for the conclusion of the Istanbul Convention, that has a content and a scope not exactly overlapping with the draft directive we are examining, and cannot be considered as legally binding. Even if the extension of the list of Eurocrimes would allow the possibility to better tackle gender-based violence, it seems that such an extension is not needed in order for the directive to be approved.

3. The qualification of certain forms of violence against women and the need of protection: the case of cyberviolence

The aim of the directive is, therefore, to qualify as crimes certain violent actions afflicting women under Article 83.1 and to enhance access to justice for victims of such crimes, thus granting women an adequate protection and support under Article 82.2 letter c. This objective can be reached by preventing violence against women and creating an efficient system of recognition of judgements through coordination and cooperation at national and EU level.

Going into details of its content the European Commission considers different activities as in need to be criminally sanctioned at EU level, establishing common rules on offences such as rape for lack of consent and sexual violence, for which lack of consent is an essential element³³, female genital mutilation and cyber-related crimes.

Cyberviolence is one of the most relevant and innovative fields in which the new directive will be able to harmonize States' intervention,

subject of harmonisation measures". Therefore, the Union could avail itself of that provision in order to obtain "exclusive jurisdiction over all the provisions of that convention aimed at criminalising certain conduct and, consequently, under the theory of State succession, assume alone the obligations arising from that convention".

³³ On the qualification of rape in the directive proposal see C. RIGOTTI, *A Long Way to End Rape in the European Union: Assessing the Commission's Proposal to Harmonise Rape Law, through a Feminist Lens*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2022, n. 2, pp. 153-179. For an introduction to the content of the draft directive see also S. DE VIDO, *A First Insight into the EU Proposal*, cit., and M. PICCHI, *Violence against Women and Domestic Violence: The European Commission's Directive Proposal*, in *Athens Journal of Law*, 2022, No. 4, p. 400 ff.

an intervention that is becoming more and more relevant after the European Court of Human Rights recently condemned States for failing to discharge their positive obligations to prevent, protect from and punish acts of cyber violence against women, thus violating Article 8 of the ECHR³⁴.

At international level the periodic Reports of the UN Special Rapporteur on Violence against Women, Its Causes and Consequences and in particular the 2018 one on “online violence against women and girls from a human rights perspective” recommend States to enact new laws and measures to combat the new forms of online gender-based violence³⁵ and the GREVIO (Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence)³⁶. The latter works as the monitoring body of the Istanbul Convention and adopted its first General Recommendation in 2020 focusing on the Digital dimension of VAW, a document meant to fill in the gap of the Istanbul Conven-

³⁴ For a comment on the first judgements of the European Court of Human rights on cyberviolence, one of them (European Court of Human Rights, Chamber, judgment of 11 February 2020, application n. 56867/15, *Buturugă v Romania*) related to a EU Member State, see A. SINCLAIR-BLAKEMORE, *Cyberviolence Against Women Under International Human Rights Law: Buturuga v Romania and Volodina v Russia* (No2), in *Human Rights Law Review*, 2022, n. 23, pp. 1-27, (especially p. 22 where she advocates the need to treat cyberviolence as a violation of Article 3 rather than Article 8 of the ECHR in order to have a “substantial impact on allocation of resources and the seriousness with which the issue is treated by national authorities”). On cyberviolence see also Council of Europe, *Protecting Women and Girls from Violence in the Digital Age: The Relevance of the Istanbul Convention and the Budapest Convention on Cybercrime in Addressing Online and Technology-Facilitated Violence against Women*, December 2021, p. 9 ff.

³⁵ See the Special Report of the Special Rapporteur S. DUBRAVKA, 18 June 2018, (A/HRC/38/47, p. 19), transmitted to the UN Human Rights Council.

³⁶ For a comment on this general Recommendation focusing the relationship between soft law and hard law instruments in the field of cyber violence against women see G. GUNEY, *The Istanbul Convention: A Missed Opportunity in Mainstreaming Cyberviolence against Women in Human Rights Law?*, in *EJILTalk!*, 2022, available at www.ejiltalk.org/the-istanbul-convention-a-missed-opportunity-in-mainstreaming-cyberviolence-against-women-in-human-rights-law/. On the GREVIO’s practice to date concerning reservation to the Istanbul convention see W. BUREK, *Reservations to the Istanbul Convention and the Role of GREVIO: A Call for New Approach*, in *Human rights law review*, 2022, n. 4, pp. 1-18.

tion that, quite astonishingly, considering its recent elaboration, does not specifically mention cyber-related offences against women.

At EU level the European Parliament in its Resolution of 14 December 2021³⁷ stresses that “existing Union legal acts do not provide the mechanisms needed to address gender-based cyberviolence adequately”; at the same time Member States seldom treat it as a serious crime, therefore the draft directive we are examining is much needed to fill in the gaps in the existing legal framework, even at international level due to the silence of the Istanbul Convention on the matter, by detailing the computer related crimes connected to gender-based violence and in particular by creating, in its Articles 8-10, different specific categories: cyber-stalking; cyber-harassment; cyber-incitement to violence or hatred; incitement, aiding and abetting and attempt to commit any of these afore mentioned offences (that includes hate speech on the basis of sex or gender)³⁸. Moreover Article 7 too is linked to the use of information and communication technologies, if not limited to it, as it is meant to qualify as criminal offences the non-consensual sharing of intimate or manipulated material, also known as “image-based sexual abuse”³⁹. However, we need to stress that this criminal

³⁷ Resolution of the European Parliament with recommendations to the Commission *on combating gender-based violence: cyberviolence*, of 14 December 2021, 2020/2035(INL), OJ C 251, 30 June 2022, p. 2.

³⁸ See S. DE VIDO, *A First Insight into the Eu proposal*, cit., for the need to coordinate this part of the draft proposal with the ongoing EU actions on hate crimes and the Digital Service Act (Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council *on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act)*, of 19 October 2022, OJ L 277, 27 October 2022, pp. 1-102.

³⁹ On the development of this term as an alternative to the more used (and criticized) “revenge porn”, see, C. MCGLYNN and E. RACKLEY, *Image-Based Sexual Abuse*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2017, n. 37, p. 534. On its application in the context of the proposal for a directive, for critical evaluation of the compromise solution reached see C. RIGOTTI and C. MCGLYNN, *Towards an EU Criminal Law on Violence Against Women: The Ambitions and Limitations of the Commission’s Proposal to Criminalise Image-Based Sexual Abuse*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2022 n. 4, pp. 452-477. On the use of ICT tools to proceed to non-consensual dissemination of private images see S. DE VIDO, L. SOSA, *Criminalisation of Gender-Based Violence*

offence will qualify as such only if the material is made accessible (or if there is a threat to make it accessible) to a significant number (“a multitude”) of end users: therefore, there is a risk that it does not qualify as a relevant computer crime and thus it lacks protection under the future directive. This problem could find a solution by introducing gender-based violence as a new Eurocrime using the possibility offered by Article 83.1: in this way the level of protection for similar abuses will be extended.

4. *The relationship with the Istanbul Convention*

We have seen in Advocate general Hogan’s Opinion on the access to the Istanbul Convention that “the Council and the Parliament could possibly infer from the existence of difficulties in some Member States in concluding this convention the existence of a special need to combat certain behaviour, within the meaning of Article 83(1) TFEU, which would authorise them, by virtue of the third subparagraph thereof, to extend areas of shared jurisdiction in areas relating to criminal law”⁴⁰. It stems from this reasoning that the existence of difficulties and obstacles in the ratification process by member States should be considered as a drive to react and accelerate the harmonisation process and not as a justification for abandoning it. Within this meaning the idea to approve and implement the directive before and independently from the entry into force of the Convention in the European judicial area should work as a driving force to lead EU Member States to accept the content of the Istanbul Convention.

In fact we need to reiterate that the European Union can ratify the Istanbul Convention also without having the agreement of all Member States and at the same time the EU’s accession to the Istanbul Convention does not exempt Member States from ratifying it themselves, as confirmed by the European Parliament with its resolution of 15 February 2023 on the proposal for a Council decision on the conclusion,

against Women in European States, Including ICT Facilitated Violence. A Special Report, Publications Office of the European Union, 2021, p. 135.

⁴⁰ Opinion of Advocate General G. HOGAN, cit., par. 219

by the European Union, of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, in which the EP urges the remaining six countries – Bulgaria, Czechia, Hungary, Latvia, Lithuania and Slovakia – to ratify the Convention without delay⁴¹.

Moreover the draft directive that we are examining is meant to be complementary to the Convention rather than a substitute for it, as it will only partly overlap with its content, the Convention remaining therefore “an essential tool for the EU strategy to address gender-based violence”⁴². It will remain to be seen how the opinion of the ECJ on the legal basis for the part of the Istanbul Convention related to criminalization of behaviors (excluding the use of Article 83.1 TFEU)⁴³ and the subsequent choice to make reference only to Articles 82.2. and 84 TFEU in the (draft) Council decision on its conclusion,

⁴¹ On the evolution of the European Court’s case law on the substantive and procedural aspects of violence against women and the current problems of the Istanbul Convention ratification process for certain states and the EU see N. MOLE, *The Council of Europe and violence against women - past, present and future*, in *European Human Rights Law Review*, 2023, n. 2, pp. 163-171. For a reply to the fears expressed by some of these countries that the Istanbul Convention could lead threat traditional family values and impose a gender ideology see Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (CETS No 210) - scope of obligations (11 January 2018), Council of Europe Directorate of Legal Advice and Public International Law, stating that “the Istanbul Convention does not imply the obligation to legally recognise a third sex or to provide legal recognition of same-sex marriages”.

⁴² European Parliament resolution of 15 February 2023 on the proposal for a Council decision on the conclusion, by the European Union, of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (COM(2016)0109 – 2016/0062R(NLE)) point. 29.

⁴³ Court of Justice, Grand Chamber, Opinion 1/19, cit., par. 301 declared that “the scope of action open to the European Union under Article 83(1) TFEU is so narrow that it must be concluded that the obligations set out in that part of the convention which fall within that scope of action are ‘extremely limited’ in scope for the European Union and that, accordingly, that provision should not be one of the legal bases of the act concluding the envisaged agreement”.

will influence the selection of a different legal basis for the provisions on criminal offences included in the directive⁴⁴.

5. *Final remarks*

It is quite difficult at the moment to evaluate the chances of a rapid approval of the directive on VAW and domestic violence. It would surely be relevant to have a similar system at EU level as it will grant at least a minimum harmonization of the Member States legislations, fully justified as the existent legal framework at EU level is fragmented and not sufficient to cover all the different aspects of VAW, as clearly emerging from the text of the proposal⁴⁵.

Another path could have been to approve a directive on the basis of Article 19 TFEU on the prohibition of discrimination: this could have ensured a wider definition of gender-based violence and a more comprehensive approach. Article 19 allows the Council, at unanimity and with the consent of the European Parliament, to take appropriate action to combat discrimination based, *inter alia*, on sex and could be

⁴⁴ Article 84 only allows to “establish measures to promote and support the action of Member States in the field of crime prevention, excluding any harmonisation of the laws and regulations of the Member States”. This new choice of legal basis for the decision on conclusion of the Convention may be found in the text of the final draft Decision 5523/1/23 REV 1 of the Council *on the conclusion, on behalf of the European Union, of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence with regard to matters related to judicial cooperation in criminal matters, asylum and non-refoulement*, 13 February 2023.

⁴⁵ See Article 47 that contains a reference to the existing tools that will continue to be applied such as the already mentioned Directives 2011/29 and 2011/93, the gender equality directives (2004/113 and 2006/54 and 2010/41) and other instruments such as: Directive 2011/99/EU of the European Parliament and of the Council *on the European protection order*, of 13 December 2011, OJ L 338, 21 December 2011, pp. 2-18; Regulation 606/2013/EU of the European Parliament and of the Council, *on mutual recognition of protection measures in civil matters*, of 12 June 2013, OJ L 181, 29 June 2013, pp. 4-12; Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council *on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims*, of 5 April 2011, OJ L 101, 15 April 2011, pp. 1-11, and, more recently, the Digital Service Act (the above mentioned Regulation (EU) 2022/2065).

the basis to create a more general legal framework on VAW not limited to the part on criminal justice. Unfortunately, Article 19 has not been used as a legal basis for a long time⁴⁶ and it seems it will probably be difficult for some member States to accept approval of a similar directive.

Regarding subsidiarity, it is clear that EU action can be justified under Article 5.3 and Protocol 2 on the application of the principles of subsidiarity and proportionality as being more effective than the current situation. The intervention at EU level is necessary as national legislators will have difficulties in implementing The Istanbul Convention in a coordinated way. Even if this Convention is not yet ratified by all Member States, we have a relevant number of MS that are legally obliged to respect it and it will be useful to implement it in a coordinated, harmonized, way at EU level. This will be even more relevant if we consider the problems related to on-line gender-based violence that has an inherent cross-border dimension.

Moreover, as we have seen in the previous paragraphs, the cross-border dimension can be found in the situation related to women, EU citizens but also migrants and in particular asylum seekers, that represent a sub-category of vulnerable subjects in special need of protection, fleeing from domestic or gender-based violence to a different country⁴⁷.

⁴⁶ The only two directives approved using Article 19 (at the time Article 13) as a legal basis are Directive 2000/43/EC of the Council, *implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin*, of 29 June 2000, OJ L 180, 19 July 2000, and Directive 2000/78/EC of the Council, *establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation*, of 27 November 2000, OJ L 303, 2 December 2000, pp. 16-22.

⁴⁷ On protection of asylum seekers fleeing from genderbased violence see J. J. SARKIN, T. MORAIS, *Why States Need to View Their Responsibility to Protect Refugee and Asylum-Seeking Women through the Lens of Intersectionality, Vulnerability, and the Matrix of Domination to Address Sexual and Gender-Based Violence*, in *European Human Rights Law Review*, 2022, n. 6, p. 554. More in general on protection of migrant women victims of domestic violence see C. RUIZ SUTIL, *La violence de genre/conjugale*, cit., p. 145 ff. A request for a preliminary ruling on the possibility to obtain international protection on the basis of gender discrimination is at the moment pending in front of the Court of Justice, lodged on 22 September 2022, case C-609/22.

It is therefore of utmost importance that this directive proposal is taken further in its path towards approval and we do therefore wish that, in light of the general principle of non-discrimination and of the human rights protection standards that are now enshrined in the founding treaties, member States will find a difficult but much needed agreement for its approval notwithstanding the differences in their national approaches towards the subject⁴⁸.

While waiting for a much-needed decision to extend the Article 83.1 TFEU list of Eurocrimes in order to include gender-based violence, an extension that the European Parliament proposed in its Resolution of 16 September 2021, the draft directive seems to be right now the first relevant step to enhance a minimum standard of protection⁴⁹.

⁴⁸ Using the legal basis we have evaluated, as proposed by the European Commission, the future directive could be approved by Council and European Parliament under the ordinary legislative procedure, and therefore even without the agreement of all member States. Once harmonization will be reached in the field, it will become possible to use as a future legal basis Article 83.2 that requires a previous harmonization of the area in order to allow adoption of directives in the establish minimum rules with regard to the definition of criminal offences and sanctions.

⁴⁹ For a qualification of gender/based violence as a serious crime that endangers the EU more relevant interests pursuant to Article 2 TFEU see C. RIGOTTI *A Long Way to End Rape in the European Union*, cit., p. 168 ff. For the position of the European Parliament see C. NAVARRA, M. FERNANDES, N. LOMBA, *Gender-based Violence as a New Area of Crime listed in Article 83(1) TFEU. European Added Value Assessment*, Brussels, 2021, p. 34.

Abstract

The main focus of this paper is on Articles 82, paragraph 2, and 83, paragraph 1, TFEU used as the legal basis for the draft directive on violence against women and domestic violence. The evaluations will also take into account Opinion 1/19 of the EU Court of Justice, the Council Decision 2017/865 on the signature of the Istanbul Convention and the draft decisions on the conclusion of that same agreement. In this context, reference will be made to the provisions of the directive dealing with the qualification of certain forms of violence against women (in particular the ones cybercrime) and to the risk of disputes by States that have not ratified or are raising problems about the implementation of the Istanbul Convention, seeking to assess the prospects for the future adoption of the proposed directive.

KEYWORDS: Violence against women – Istanbul Convention – opinion 1/19 – eurocrimes – victims’ protection

LA PROPOSTA DI UNA DIRETTIVA
DELL’UNIONE EUROPEA SULLA LOTTA ALLA VIOLENZA
CONTRO LE DONNE E ALLA VIOLENZA DOMESTICA

Il contributo si occupa principalmente dell’utilizzo degli articoli 82 paragrafo 2 e 83 paragrafo 1 TFUE quale base giuridica per la proposta di direttive sulla violenza contro le donne e la violenza domestica. A tale fine viene preso in considerazione anche il Parere 1/19 della Corte di giustizia, la decisione del Consiglio 2017/865 sulla firma della Convenzione di Istanbul e le proposte di decisioni sulla conclusione di tale accordo. In questo contesto verrà fatto riferimento alle previsioni della direttiva che si occupano della qualificazione di certe forme di violenza contro le donne (in particolare il *cybercrime*) e al rischio di contrasti da parte degli Stati che non hanno ratificato la Convenzione o che stanno sollevando problemi sulla sua attuazione, il tutto con l’obiettivo di valutare le prospettive di futura adozione della proposta di direttiva stessa.

KEYWORDS: Violenza contro le donne – Convenzione di Istanbul – parere 1/19 – eurocrimini – protezione delle vittime

UNA FORMA ESTREMA DI VIOLENZA CONTRO LE DONNE: LA TRATTA A SCOPO DI SFRUTTAMENTO SESSUALE

*Anna Rita Calabrò**

SOMMARIO: Introduzione. – 1. Qualche numero. – 2. Il contesto. – 3. La prospettiva di genere. – 4. L'Italia. – 4.1. Quante sono e chi sono le vittime di tratta a scopo di sfruttamento sessuale – 4.2 Nigeria. – 4.3. Est Europa. – 4.4. Costa d'Avorio. – 4.5. LGBTIQ+ – La tratta digitale. – 5. La lotta alla tratta: il sistema di emersione e soccorso alle vittime. – 5.1. Il contesto normativo. – 5.2. La rete e le misure di accoglienza delle vittime. – 5.3. Primo Piano nazionale d'azione contro la tratta e il grave sfruttamento degli esseri umani 2016-2018. – 5.4. Secondo Piano d'azione nazionale contro la tratta e il grave sfruttamento degli esseri umani 2022-2025. – 5.4.1. Prevenzione. – 5.4.2. Persecuzione del crimine. – 5.4.3. Protezione ed assistenza delle persone trafficate e gravemente sfruttate. – 5.4.4. Cooperazione – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Difficile stabilire quante siano nel mondo le donne e le bambine vittime di tratta a scopo di sfruttamento sessuale poiché si tratta di un fenomeno globale in gran parte sommerso. Secondo le stime delle varie agenzie internazionali venti milioni o forse il doppio, addirittura quaranta. Nella spaventosa enormità di questo numero, non è poi così importante la differenza. Un fenomeno in aumento, un giro di affari che rende alle organizzazioni criminali – all'interno di una rete che collega la criminalità dei paesi di provenienza, di transito e di arrivo – quanto la droga e il traffico d'armi.

In questo contributo intendo: distinguere il contrabbando di esseri umani dalla tratta; descrivere i caratteri del fenomeno e a grandi linee le politiche di contrasto messe in atto in Europa nell'ambito del quadro normativo internazionale, europeo e nazionale; disegnare la rete di

* Associato di Sociologia, Università degli Studi di Pavia. Indirizzo e-mail. annarita.calabro@unipv.it

emersione e tutela delle vittime attiva in Italia tenendo conto delle ripercussioni della pandemia e del conflitto russo-ucraino; infine tracciare un bilancio, per quanto riguarda il nostro Paese, di quanto si è fatto e a quanto si intende fare per combattere il fenomeno e soccorrere le vittime, alla luce del primo (2016/2018) e del secondo (2022/2025) *Piano nazionale d'azione contro la tratta e il grave sfruttamento* (PNA).

1. *Qualche numero*

Nonostante la tratta di esseri umani sia diffusa a livello mondiale, manca, tra i vari Stati, un sistema uniforme di raccolta dati in parte giustificato dal fatto che stiamo parlando di un fenomeno che si diversifica a seconda delle aree geografiche e si modifica a seconda delle diverse contingenze esterne e ai modi in cui, a fronte di determinati eventi, si organizzano le reti criminali.

Secondo il Rapporto Globale sul traffico delle persone pubblicato alla fine del 2018 dall'Ufficio delle Nazioni Unite per il controllo della droga e la prevenzione del crimine (UNODC) si stima che la tratta possa riguardare 40 milioni di persone in tutto il mondo¹.

Ma di stime si tratta: gli unici dati certi disponibili riguardano il numero delle vittime identificate e soccorse: 156.000 nel 2022. Sono dati raccolti in 189 paesi dal *Counter - Trafficking Data Collaborative* (CTDC)². Dati che rappresentano la punta di un iceberg di ben altre proporzioni tenendo anche conto che la pandemia da COVID-19 ha reso ancora più difficile l'azione di soccorso. I numeri lo dicono chia-

¹ UNODC, *Global Report on Trafficking in Person*, 2018.

https://www.unodc.org/unodc/data-and-analysis//glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf.

² Il CTDC è un hub realizzato nel 2017 con la partecipazione dell'Organizzazione internazionale per le migrazioni (IOM), Polaris, Liberty Shared, A21 e l'Osservatorio do traffico de seres humanod (OTSH). Questi dati fanno riferimento al database aggiornato al 5 luglio 2022. Cfr. XII Edizione 2022, *Piccoli schiavi invisibili* a cura di Save the Children, p. 7.

<https://s3.savethechildren.it/public/files/uploads/pubblicazioni/piccoli-schiavi-invisibili-2022.pdf>.

ramente: nel 2020 e nel 2021 si assiste a un drastico calo delle vittime identificate che, su un totale di 34.020 passano dalle 27.840 del 2019 alle 6.180 dei due anni presi in esame.

Secondo i dati UNICEF³ il numero delle donne e bambine vittime di tratta è in crescita. Nel 2021 sul totale delle vittime rappresentavano il 56,2%; nel 2019 (anno in cui CTDC è riuscito a raccogliere in maniera completa i dati) il 29,8% erano minorenni⁴ provenienti dalle regioni più povere dell’Africa centro-occidentale, l’America centrale, i Caraibi e l’Asia meridionale, poi sfruttate principalmente in Europa, Russia, America settentrionale e nei paesi asiatici più ricchi. Il 30% del totale delle vittime era destinato allo sfruttamento lavorativo (di questi 51% di sesso maschile, il 48,6% femminile); 69,8% destinato allo sfruttamento sessuale di cui ben il 94,7% di donne e bambine.

Secondo l’analisi condotta dal Dipartimento di Stato americano, tra i 185 paesi monitorati sull’applicazione del Protocollo di Palermo (2000) per la prevenzione, soppressione e punizione del traffico di esseri umani, solo 28 avrebbero messo in campo sforzi significativi ed efficaci, come nel caso di Stati Uniti, Australia, Canada, Cile, Colombia o Namibia Guyana, e tra gli europei Belgio, Spagna, Austria, Gran Bretagna, Svezia e Francia. L’Italia, invece, è collocata un livello sotto, in compagnia, ad esempio, di Albania, Bangladesh, Costa d’Avorio, Nigeria, Malta, Cipro, Mozambico e Marocco⁵.

Per quanto riguarda l’Europa – dove si stima che la tratta di esseri umani produca in un anno 29,4 miliardi di euro di profitti e costi all’Unione europea 2,7 miliardi di euro all’anno – gli ultimi dati forniti dalla Commissione Europea parlano di 14.000 vittime accertate. Di queste, un quarto minori, tre quarti (72%) donne e ragazze, la maggior parte delle quali (il 92%) sfruttate sessualmente dalle organizzazioni

³ *Ibid.*

⁴ “Un minore vittima di tratta è qualsiasi individuo che non abbia compiuto i 18 anni, reclutato, trasportato, trasferito, ospitato o accolto a scopo di sfruttamento, sia all’interno che al di fuori di un paese, anche quando non sussistono elementi di coercizione, violenza, inganno, abuso di autorità o altra forma di abuso” (*Piccoli schiavi invisibili*, cit., p. 6).

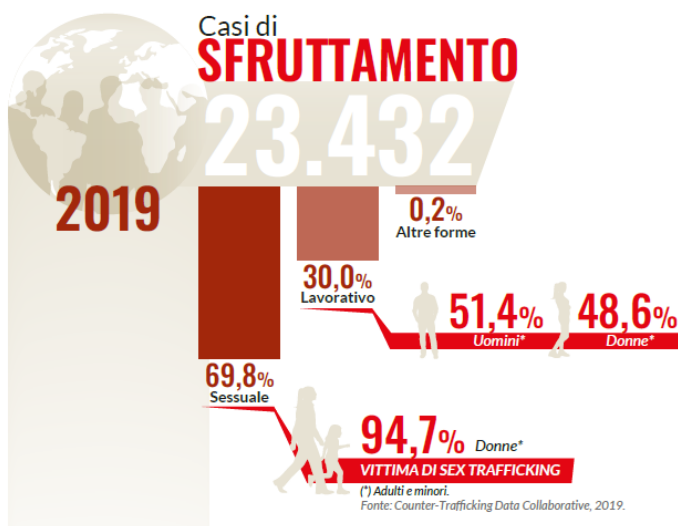
⁵ *Trafficking in Persons Report*, US Department of State, 2021.

<https://www.state.gov/wp-content/uploads/2021/09/TIPR-GPA-upload-07222021.pdf>.

criminali di cui, nella maggior parte dei casi fanno parte cittadini europei di sesso maschile. La stessa Commissione ha licenziato un nuovo piano strategico 2021-2025 per far fronte al fenomeno. Queste le priorità indicate: di proteggere le vittime e sostenerle in un percorso di emancipazione e autonomia con particolare attenzione alle fasce più fragili: donne e minori delle comunità zingare, MSNA, disabili, persone LGBTIQ+; smantellare la rete dei trafficanti assicurandoli alla giustizia; ridurre la domanda che favorisce il traffico di esseri umani; incentivare e rafforzare la cooperazione internazionale, a fronte del carattere transnazionale del fenomeno⁶.

Come sottolinea *Save the Children* lo sfruttamento lavorativo, nelle sue varie forme, risulta numericamente molto inferiore rispetto a quello sessuale che coinvolge ben il 64% dei minori⁷.

I DATI DEL FENOMENO A LIVELLO GLOBALE



⁶ European Commission, 2021, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the Eu Strategy on Combatting Trafficking in Human Beings*, 2021-2025, Bruxelles, in *Piccoli schiavi invisibili*, cit., p. 14.

⁷ *Piccoli schiavi invisibili*, cit., p. 10.

2. *Il contesto*

Nel 2000 a Palermo, fu sottoscritta la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata⁸. In questa circostanza, al fine di tenere ben distinti i due fenomeni, la Commissione elaborò due protocolli: quello per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone (*trafficking*) e quello contro il contrabbando (*smuggling*) di migranti via terra, mare, aria.

Il primo designa lo sfruttamento – sessuale, del lavoro, di servizi forzati, di accattonaggio/elemosina, traffico di organi, servitù o schiavitù delle persone... – ottenuto in maniera coercitiva o attraverso il pagamento di denaro a chi ha autorità sulle vittime (art.3 del protocollo addizionale). La direttiva precisa che il reato sussiste anche se la vittima è consenziente.

Il secondo si riferisce al trasporto illegale di esseri umani e consiste nell'aggiramento dei vincoli all'ingresso e il favoreggiamento dell'ingresso irregolare ad opera di un 'passatore' (*smuggler*) eludendo i controlli di frontiera e di polizia.

Dunque, mentre la tratta di esseri umani si configura come una violazione dei diritti umani, il contrabbando di migranti consiste nella violazione delle leggi nazionali di uno o più Stati.

Nel corso di questi ultimi anni il confine tra la tratta e il contrabbando si è fatto sempre più sfumato, così come sempre più sfumato appare il confine tra migranti da lavoro e richiedenti asilo.

Come denuncia il *Trafficking in Persons Report*, pubblicato nel 2010 dal Dipartimento di Stato degli Stati Uniti, la forte penalizzazione dell'immigrazione irregolare e i meccanismi di contenimento dei flussi migratori hanno portato ad un enorme incremento delle attività delle organizzazioni criminali⁹. Sempre più migranti si rivolgono ai

⁸ United Nations – Office on Drugs and Crime - General Assembly (2000) *Convention against Transnational Organised Crime and Protocols Thereto*, A/RES/55/25, Palermo, Italy, 2000.

<https://www-unodc-org/documents/Treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TO>.

⁹ <https://www.2009-2017.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/2010/idex.htm>.

trafficienti per attraversare illegalmente i confini nazionali poiché non hanno la possibilità di avanzare una richiesta di ingresso regolare¹⁰.

Una volta a destinazione o anche durante il viaggio può succedere che il *porteur* si tramuti in un vero e proprio sfruttatore o che, nei vari passaggi da un'organizzazione ad un'altra, i migranti finiscano nelle mani di una rete di sfruttamento che può facilmente approfittare della loro estrema vulnerabilità. Inoltre, il processo di destabilizzazione del Medio Oriente e le guerre in corso hanno visto un aumento esponenziale di profughi che, usando gli stessi canali illegali, arrivano in Europa. Accade così che, tra coloro che arrivano con gli sbarchi, ci siano vittime di tratta, minori stranieri non accompagnati, profughi, richiedenti asilo, persone che scappano da persecuzioni o guerre, oppure 'solo' dalla povertà. Questo rappresenta un problema nella misura in cui risulta sempre più problematico intercettare – e dunque aiutare adeguatamente – le vittime di tratta.

Nonostante i progressi compiuti, nell'Unione europea la tratta ogni anno mette in pericolo migliaia di persone, in particolare donne e minori: i trafficanti sfruttano le disuguaglianze e la vulnerabilità economica e sociale delle persone.

La pandemia e la guerra in Ucraina hanno complicato e aggravato tale quadro.

¹⁰ Il processo di globalizzazione se da una parte ha liberalizzato i mercati penetrando anche nelle economie più povere, dall'altra non ha assicurato l'organizzazione necessaria perché le persone possano raggiungere quei paesi dove c'è offerta di lavoro. Inoltre, gli effetti di squilibrio conseguenti alla penetrazione di modelli capitalisti in economie arretrate hanno penalizzato soprattutto le donne. Per un'analisi accurata degli effetti di tale processo sulle migrazioni femminili, si veda G. CAMPANI, *Genere, etnia, classe. Migrazioni al femminile tra esclusione e identità*, ETS Editore, Pisa, 2000.

A tale proposito una ricerca ICAT (*Inter-Agency Coordination Group against Trafficking in Person*) mostra come le situazioni di disagio sociale che alimentano la tratta derivino dalle politiche liberiste e capitaliste globalizzate che privatizzano i beni pubblici, deregolamentano i mercati del lavoro e concedono aiuti solo a fronte di politiche di austerità che penalizzano lo Stato sociale e “producono ingiustizie economiche che hanno un impatto spropositato sulle donne” <https://icat.un.org>. Ricerca citata in O. GARGANO, *Declinare lo sfruttamento secondo il genere, decostruire l'alterità*, in SLAVES NO MORE, *Donne gravemente sfruttate. Il diritto di essere protagoniste*, Rapporto 2022, edito in collaborazione con Edizioni Gruppo Abele, p. 153.

La pandemia di COVID-19 ha accelerato l'utilizzo di Internet e dei social network da parte dei trafficanti, che sono passati rapidamente ad un nuovo modello di business di reclutamento e sfruttamento online delle vittime, circostanza questa che rende più difficile le indagini, ostacola l'accesso delle vittime all'assistenza e al sostegno, rallenta la risposta della giustizia penale a tale crimine.

Ovviamente la guerra tra Russia e Ucraina ed il rapido e massiccio flusso migratorio che ne è derivato crea una situazione favorevole alle organizzazioni criminali. Dal 24 febbraio 2022, giorno dell'invasione russa dell'Ucraina, al 5 settembre sono 168.862 i cittadini ucraini arrivati in Italia, 161.420 dei quali alla frontiera e 7.442 controllati dal compartimento della polizia ferrovia del Friuli-Venezia Giulia. Tra essi 89.728 sono donne, 28.467 uomini e 50.667 minori¹¹. Vista l'alta prevalenza di donne e minori (anche non accompagnati) fra le persone in fuga dall'Ucraina, c'è il concreto rischio che le organizzazioni criminali possano sfruttare la situazione.

A tale proposito UNICEF¹², UNODC¹³ invitano i vari paesi a monitorare con particolare attenzione le donne e i minori provenienti dall'Ucraina particolarmente esposti al rischio di sfruttamento sessuale e lavorativo tenuto anche conto che provengono da un paese dove molto attive sono state le organizzazioni criminali implicate nella tratta.

3. La prospettiva di genere

Tutti gli impegni giuridicamente vincolanti a livello internazionale per contrastare la tratta sottolineano l'importanza di adottare una prospettiva di genere che riconosca la specificità dei vari soggetti coinvolti: donne, uomini, minori di entrambi i sessi, vittime LGBTIQ+. Una

¹¹ Fonte Ministero dell'Interno, dati riportati nel PNA 2022-2025, pp. 26-27.

¹² UNICEF, 2022, *Guidance for protecting displaced and refugee children in and outside of Ukraine*. <https://www.unicef.org/emergencies/guidance-protecting-displaced-children-ukraine>.

¹³ UNODC, 2022, *Conflict in Ukraine; Key Evidence on Risks of Trafficking in Persons and Smuggling of Migrants*. https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/Conflict_Ukraine_TIP_2022.pdf.

prospettiva *gender-sensitive* che si rivela cruciale nel caso delle vittime di tratta a scopo di sfruttamento sessuale particolarmente vulnerabili, sottoposte a forme di sfruttamento, oggetto di stereotipi e pregiudizi.

“I danni derivati dal traffico per sfruttamento sessuale sono diversi dai danni derivanti dallo sfruttamento lavorativo e da altre forme di sfruttamento. La loro serietà è correlata ai modi specifici in cui vengono abusati i corpi delle donne trafficate e prostitute. Tali danni sono gravi, brutali e a lungo termine e hanno specificità di genere relative alla salute fisica, ginecologica e mentale, ai rischi per la vita e ai traumi legati alla tratta a fini di sfruttamento sessuale”¹⁴.

Nello specifico, gli Stati membri dell’OSCE si sono impegnati in interventi di contrasto alla tratta basati sulla convinzione che la discriminazione basata sul genere sia tra le cause profonde del traffico di esseri umani¹⁵.

Tutti i report internazionali sulla tratta (UNODC, GSI, IOM) mostrano come ci sia un rapporto direttamente proporzionale tra il divario di genere e la tratta: la maggior parte delle vittime destinate allo sfruttamento sessuale non solo sono donne, ma provengono da quei paesi dove la disuguaglianza si misura soprattutto sul fronte dell’accesso all’istruzione, al diritto alla salute, all’autonomia economica¹⁶.

Nel 2021 sono stati pubblicati a cura dell’*Office of Special Representative and Co-ordinator for Combating Trafficking in Human Beings* dell’OSCE, i risultati di una ricerca condotta negli Stati membri che conferma come siano soprattutto le donne e le bambine a subire violenza fisica e sessuale e come coloro che sono sfruttate a livello sessuale abbiano problemi molto diversi rispetto a coloro che, uomini o donne che siano, sono vittime del traffico per sfruttamento lavorativo.

¹⁴ European Commission, *Study on the gender dimension of trafficking in human beings. Final report*, European Union, 2016, p.182, cit. da O. GARGANO, *Declinare lo sfruttamento secondo il genere, decostruire l’alterità*, cit., p. 150.

¹⁵ *Applying Gender-Sensitive Approaches in Combating Trafficking in Human Beings*, citato nel PNA 2022-2025, cit., p. 23.

¹⁶ Secondo i dati della Fondazione Walk free le donne e le bambine rappresentano il 99% delle vittime destinate al mercato del sesso e l’84% di quelle costrette a un matrimonio forzato. Cfr. Walk free foundation, 2018, *Global Slavery Index*, <https://www.globallslaveryindex.org>.

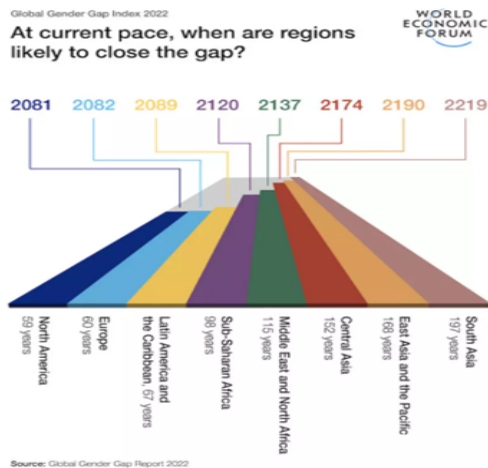
Dati riportati nel rapporto *Piccoli schiavi invisibili*, cit., p. 26.

Per tale ragione devono essere destinatarie di trattamenti sanitari e psicologici specifici per garantire loro un inserimento sociale adeguato.

Secondo il rapporto UNODC del 2020, *Female victims of trafficking for sexual exploitation as defendants: A case law analysis*¹⁷, tra le vittime di tratta intercettate una su quattro aveva, prima di precipitare nella prostituzione forzata, subito molteplici forme di violenza ancora minore e in molti casi costretta a un matrimonio forzato in un contesto sociale dove la violenza contro le donne è accettata e giustificata.

Il fatto che donne e bambine siano le vittime elette della violenza maschile, riconduce il discorso al tema della violenza di genere e alla cultura patriarcale che la genera e alimenta. Non si può prescindere da una riflessione su come tale cultura abbia declinato nel tempo la visione e l'uso del corpo femminile e di come la sfera della sessualità sia da sempre stata controllata dal potere maschile: i femminicidi, gli stupri, la prostituzione, la tratta, che della prostituzione rappresenta il volto più violento e mercificato, sono fenomeni collegati che vanno ascritti in tale prospettiva.

Del resto solo la cultura patriarcale può spiegare i dati relativi al *gap* gender in tutti i paesi del mondo.



¹⁷ https://www.unodc.org/human-trafficking/2020/final_Female_victims_of_sexual_exploitation_as_defendants.pdf.

Una vasta letteratura ormai consolidata conferma tale lettura ed è in questa prospettiva che va letto l'accesso il dibattito tra chi sostiene che legalizzare la prostituzione possa essere uno strumento efficace per combattere la tratta e chi invece afferma la tesi opposta¹⁸.

Per i primi, combattere la tratta legittimando e regolarizzando la prostituzione significa sottrarre le vittime allo sfruttamento delle organizzazioni criminali e trattare la persona sfruttata non più come vittima, ma come un lavoratore vulnerabile in grado di cambiare la sua condizione di lavoro migliorando il proprio potere contrattuale e avendo accesso ai diritti che tutelano i lavoratori senza distinzioni tra lavoratori 'meritevoli' e no¹⁹.

L'esperienza sembra però mostrare il contrario: non si combatte la tratta legalizzando la prostituzione ma, al contrario, si rischia di dare ulteriore spazio alle attività criminali. Nei Paesi che hanno regolarizzato la prostituzione, la tratta non è stata debellata, anzi. Uno studio del 2012 pubblicata sul *World Development* e condotto in 150 paesi del mondo, mostra come il flusso del traffico di esseri umani sia più significativo in quei paesi dove il sesso a pagamento è legalizzato e come l'effetto della prostituzione legale sui flussi di traffico di esseri umani aumenti nei paesi ad alto reddito. A tale proposito gli autori citano il rapporto del 2007, *Trafficking in Persons* del Dipartimento di Stato degli Stati Uniti, in cui si afferma che: "*the prostitution is inherently harmful and dehumanizing and fuels trafficking in person*"²⁰.

¹⁸ Cfr. A.R. CALABRÒ, *La tratta finalizzata allo sfruttamento sessuale. Un bilancio delle misure di contrasto in Italia*, in A.R. CALABRÒ, *Quaderno n°5. Master "Genere, immigrazione, modelli familiari e strategie di integrazione*, Milano, 2016, pp. 1-26.

¹⁹ Convinte le conclusioni a cui giunge una ricerca svoltasi a Torino da due ricercatori dell'International Institute of Social Studies dell'Aia in cui si chiede che alle donne vittime di tratta sia concesso un permesso di soggiorno umanitario da trasformarsi in permesso di lavoro come 'lavoratrici del sesso'. E. MODUPE-OLUWA BAYE, S. HEUMANN, *Migration, Sex Work and Exploitative Labor Conditions: Experiences of nigerian Women in the Sex Industry in Turin, Italy, and Counter-Trafficking Measures*, in *Gender, technology and Development*, 2014, n. 18 (1), pp. 77-105. Vedi anche, H. SHAMIR, *A labor paradigm for human trafficking*, in *UCLA Law Review*, 2012, n. 60 (1), pp. 78-136.

²⁰ S.Y. CHO, A. DREHER, E. NEUMAYER, *Does Legalized Prostitution Increase Human Trafficking?*, in *World Development*, 2013, n. 41, pp. 67-82.

In sintesi.

La creazione dei cosiddetti quartieri a luci rosse si è rivelata un regalo alla malavita organizzata (es. Paesi Bassi) e non è stata di alcun aiuto alle donne. Nei distretti del sesso le prostitute non hanno nessun potere contrattuale, c'è una forte concorrenza (e quindi abbassamento delle tariffe), nessuna tutela (il sesso non protetto rende di più), molta conflittualità tra le donne etc.

In Germania, dove la prostituzione legalizzata e regolamentata (come nei Paesi Bassi, Danimarca, Svizzera, Grecia, Ungheria e Lettonia) si esercita in numerosi bordelli sparsi nella città, (per un giro di affari calcolato intorno ai 14,5 miliardi annui), la tratta non è stata affatto debellata e la maggior parte delle prostitute sono straniere. Ci sono buoni introiti fiscali per le casse pubbliche ma solo pochissime risultano esercitare la 'professione' (e quindi godere dei diritti di qualsiasi altro lavoratore) e nessuna di loro ha un contratto di lavoro. Le donne trafficate che dichiarano la loro 'libera scelta', di fatto lavorano in condizione di sfruttamento massacranti²¹.

Secondo Esta Steyn dell'organizzazione anti-tratta, *Be Slavery Free*, la legalizzazione della prostituzione nei Paesi Bassi ha addirittura favorito i trafficanti²², così come l'istituzione alcuni anni fa in alcune città italiane delle cosiddette *zoning* (zone protette, chiuse al traffico, con la presenza di presidi sanitari e educativi di strada, dove si può esercitare liberamente la prostituzione senza essere perseguiti) non ebbe alcun effetto sostanziale per contrastare il fenomeno della tratta, né per garantire spazi di autonomia delle donne dalle organizzazioni criminali²³.

²¹ *Ibid.*

²² Citata in: <https://www.freedomunited.org/it/tratta-disfruttamento-sessuale>.

²³ La creazione di queste aree doveva rispondere a una politica di 'riduzione del danno' poiché si riteneva la prostituzione una realtà difficilmente eliminabile, non restava che proteggere la collettività e chi esercitava tale attività. Cfr. R. TATAFIORE, *Sesso al lavoro: da prostitute a sex-worker. Miti e realtà dell'eros commerciale*, Milano, 1998.

In tal senso un tentativo di sperimentazione fu attuato da Servizio "Città e prostituzione" del Comune di Venezia. Ispirata da idee diverse da quelle di limitare il danno, anche a Milano si valutò la proposta di istituire lo 'zoning' come strumento di regolamentazione e di gestione del fenomeno prostituzione partendo dall'assunto che la prostituzione fosse un lavoro del tutto legittimo in cui non si vende un corpo, ma un

Gli unici paesi dove c'è stata significativa remissione del fenomeno sono Svezia, Islanda e Norvegia, dove la prostituzione è considerata sempre e comunque una forma di sfruttamento che mina la parità tra uomini e donne. I clienti sono penalmente perseguiti e le donne (anche consenzienti) considerate comunque vittime di violenza. Secondo la polizia svedese queste misure hanno esercitato un significativo effetto deterrente sulla tratta a scopo di sfruttamento sessuale e hanno contribuito a promuovere la cultura della parità di genere esercitando una notevole influenza sull'opinione pubblica²⁴.

Non tutti sono d'accordo con tale lettura: per alcuni osservatori il cosiddetto 'modello nordico'²⁵ nella misura in cui sanziona l'acquirente di servizi sessuali, di fatto, invece di proteggere le donne, le sottopone ad un controllo più stringente da parte degli sfruttatori e le costringe a lavorare *indoor* dove sono più esposte alla violenza, allo sfruttamento, agli abusi. Si osserva inoltre che individuando come prioritaria la punizione dei clienti si trascurano le politiche di sostegno ed emancipazione delle donne e delle persone LGBTQI+ e si rafforza lo stigma verso la prostituzione penalizzando ulteriormente le vittime. Si auspica invece la depenalizzazione del lavoro sessuale e la rimozione di leggi e politiche che criminalizzano o sanzionano il lavoro sessuale.

servizio. Del resto già agli inizi degli anni '80 era sorto a Pordenone il "Comitato per i diritti civili delle prostitute" che chiedeva l'abolizione della legge Merlin e di una più ampia difesa dei diritti delle prostitute, ma l'improvvisa comparsa sulle strade italiane delle immigrate clandestine vittime di tratta aveva rapidamente stravolto i caratteri del fenomeno. Cfr. E. BALDONI, *Racconti di trafficking. Una ricerca sulla tratta delle donne straniere a scopo di sfruttamento sessuale*, Milano, 2007.

Per contro le disposizioni amministrative antiprostituzione che sono state attuate nel corso degli anni in vari comuni italiani, hanno favorito l'aumento della dipendenza delle vittime di tratta dalla rete dello sfruttamento, la diminuzione delle possibilità di contatto con le Forze dell'Ordine e gli operatori sociali, nonché l'aumento dei rischi sanitari sia per le vittime che per i clienti. Cfr. V. CASTELLI (a cura di), *Punto e a capo sulla tratta. Uno studio sulle forme di sfruttamento di esseri umani in Italia e sul sistema di intervento a tutela delle vittime*, Milano, 2014.

²⁴ [hptt://www.ingenero.it/articolo/punire-il-cliente-la-strada-svedese](http://www.ingenero.it/articolo/punire-il-cliente-la-strada-svedese).

²⁵ La Svezia è stata la prima a modificare, nel 1999, la propria legislazione in materia e nel febbraio del 2014 il Parlamento Europeo si è espresso favorevolmente rispetto tale normativa, parlando in tal senso di modello "modello nordico".

<https://www.rainews.it/archivio-rainews/articoli/Colpire-i-clienti-e-non-le-prostitute>.

Le prostitute devono essere considerate persone titolari di diritti, compreso quello dell'autodeterminazione sessuale, ma nello stesso tempo occorre offrire loro alternative di vita valide²⁶.

A mio parere si finisce così per considerare fenomeni separati la tratta (da combattere) e la prostituzione (da legalizzare) quando invece, nella realtà, i confini sono più che labili. Questa poca chiarezza rischia di compromettere interventi efficaci sia a livello di prevenzione che di sostegno alle vittime. E comunque sia, legalizzata o no, la prostituzione ci rimanda a una concezione mercificata del corpo della donna.

Da notare come PNA 2022-2025 preveda esplicitamente, sulla base di quanto indicato dalla Commissione europea²⁷, di attivare nuove strategie in grado di scoraggiare la domanda compresa la criminalizzazione dell'uso consapevole di servizi offerti dalle persone trafficate. (Ma forse, più che mettere a punto forme più o meno severe di sanzione, potrebbe essere molto più efficace studiare forme di interventi educativi obbligatori per i clienti intercettati).

La questione è tutt'altro che facile da dirimere, di certo c'è che la tratta non si sconfigge né legalizzando, né criminalizzando la prostituzione: la repressione non impedisce che il commercio si sposti in luoghi difficili da localizzare, che, in altre parole, il traffico venga nascosto e che quindi diventi più complicato intercettare e contattare le prostitute (rese in tal modo più isolate e ricattabili). La delocalizzazione della prostituzione è spesso la risposta ai diversi provvedimenti repressivi: il mercato del sesso è un affare molto redditizio per la malavita organizzata pronta a modificare le proprie strategie a seconda delle circostanze.

Di fondamentale importanza rimane comunque la questione della prevenzione. Se è vero che prostituzione e tratta sono le due facce della stessa medaglia appare evidente che solo una campagna permanente di interventi educativi sulla sessualità e le relazioni di genere è impre-

²⁶ Cfr. <https://www.feedmunitied.org/it/tratta-sfruttamento-sessuale>.

²⁷ Cfr. Commissione europea, "Strategia per la lotta alla tratta di esseri umani 2021-2025", e la "Direttiva europea contro la tratta (COM 2021: 6)" citati nel PNA 2022-2025, p. 40.

scindibile per contrastare i rapporti mercenari. Interventi rivolti alle scuole, alle associazioni degli immigrati... in generale alla cittadinanza.

Molto in questi anni e nelle diverse sedi nazionali e internazionali si è detto sulla prevenzione attraverso la formazione e l'informazione, ma, come vedremo, poco, o comunque troppo poco, si è fatto.

4. *L'Italia*

4.1. *Quante sono e chi sono le vittime di tratta a scopo di sfruttamento sessuale*

In Italia i casi emersi e assistiti nel 2022 dal sistema anti-tratta sono stati 1823 (erano 1911 l'anno precedente). Di questi: 1224 riguardano persone di sesso femminile (67,1%), 522 maschile (28,6%), 77 transessuali (4,2%). I minori rappresentano il 2,5% del totale (46).

Anche nel nostro Paese, come del resto ovunque, la forma di sfruttamento prevalente è quella sessuale il cui giro di affari l'ISTAT stima, al 2019, intorno ai 4,7 miliardi di euro²⁸. Sono 815 le vittime assistite (44,7%); 427 quelle vittime dello sfruttamento lavorativo (23,4%); 47 di violenza art. 18 *bis*²⁹; 19 (2,6%) coloro che sono inseriti forzatamente nelle economie criminali; il restante 1% costretto all'accattonaggio, la servitù domestica, il matrimonio forzato...

Senza significative differenze rispetto a quanto accadeva negli anni passati, tra i paesi di origine delle vittime prevale la Nigeria (57,4%), seguita da Pakistan (6,5%), Marocco (4,6%), Brasile (3,3%), Costa d'Avorio (2,7%), Gambia, Senegal e Bangladesh (ciascuno per 2,6%),

²⁸ <https://www.istat.it/it/files/2021/10/REPORT-ECONOMIA-NON-OSSERVATA-2019.pdf>, p. 7.

²⁹ L'articolo 18-bis ha dato attuazione all'articolo 59 della convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica ed introduce il rilascio dello specifico permesso di soggiorno alle vittime degli atti di violenza perseguiti dalla Convenzione. <https://www.portaleimmigrazione.eu/permesso-per-le-vittime-di-violenza-domestica>.

Mali (2,4%), Romania (1,6%), infine il 13% distribuiti tra ben quarantotto altre nazionalità³⁰.

Nel corso degli anni, l'età media delle donne e delle ragazze coinvolte nella tratta si è progressivamente abbassata e i rapporti tra prostitute e sfruttatori si declinano lungo un continuum che, come nel caso delle rumene, vede ai suoi estremi da una parte coloro che vivono in uno stato di relativa autonomia in grado di trattare la propria parte di profitto, dall'altro vere e proprie schiave: giovani e giovanissime, spesso con problemi di insufficiente sviluppo intellettuale, abusate, provenienti dai villaggi più deprivati e dai gruppi rom più emarginati, senza alcuna possibilità di autodeterminazione.

Nel caso poi delle donne nigeriane l'Organizzazione internazionale per le migrazioni (OIM) già da alcuni anni registra un imbarbarimento dei metodi di assoggettamento e un incremento di violenze e abusi ai danni delle vittime³¹.

Come si è detto, la pandemia ha determinato una significativa contrazione della prostituzione su strada, mentre si diffonde quella *indoor* per contrastare la quale occorre mettere in gioco altri strumenti investigativi (intercettazioni telefoniche e ambientali, perquisizioni...) e studiare nuove modalità di soccorso per l'emersione del fenomeno e l'assistenza alle vittime. Al momento risultano inefficaci gli strumenti adottati per gli interventi su strada da parte delle associazioni che fanno parte della rete.

Prima del COVID la maggior parte delle vittime di tratta giungeva con gli sbarchi nel sud d'Italia. È stato l'OIM – che dal 2006 collabora con il Dipartimento Libertà Civili e Immigrazione del Ministero dell'Interno e le autorità italiane di frontiera nell'identificazione delle vittime della tratta di esseri umani – a denunciare negli anni passati la

³⁰ Dati estrapolati dal sistema informale per la raccolta di informazioni sulla tratta (SIRIT) in data 09/03/2023, a cura del numero verde antitratta e riferiti alle persone che hanno usufruito del programma di emersione, assistenza e integrazione sociale nel periodo 01/01/2022-31/12/2022.

<https://pariopportunita.gov.it/media/2494/sirit-personeassistite-2022.pdf>.

³¹ Rapporto OIM 2017, *La tratta di esseri umani lungo la rotta del mediterraneo centrale*.

https://www.italy.iom.int/sites/g/files/tmzbd1096/files/documents/oim_rapporto-tratta_2017.pdf.

crescente presenza tra gli i migranti arrivati in Italia via mare di donne potenziali vittime di tratta³², richiamando la necessità di individuare adeguati strumenti di contrasto (in primis l'informazione e la formazione degli operatori) per facilitare l'intercettazione delle vittime e perseguire gli sfruttatori.

Dopo gli sbarchi le vittime venivano rapidamente raggiunte dai trafficanti prima che potessero essere intercettate dagli operatori istituzionali. All'arrivo, per assicurarne la presenza sul territorio, venivano indotte dai trafficanti a fare domanda di protezione internazionale, prostitute già all'interno delle strutture di accoglienza per poi esserne allontanate ed immesse sul mercato nazionale o europeo³³.

“Gli effetti perversi del ‘Sistema Dublino’³⁴ colpiscono anche loro perché per sfuggire alle sue maglie tante giovani, con il miraggio di raggiungere altri paesi europei, magari pochi giorni dopo lo sbarco si allontanano senza farsi identificare”³⁵.

A tale proposito, poiché il c.d. Regolamento di Dublino III stabilisce quale Stato membro sia competente per l'esame della domanda di protezione internazionale, è accaduto che, a causa della pandemia e del conseguente blocco dei trasferimenti ai sensi del Regolamento, le domande di competenza italiana siano state nel 2020 solo 23.000 circa

³² OIM, *Rapporto sulle vittime di tratta nell'ambito dei flussi migratori misti in arrivo via mare*, aprile 2014 – ottobre 2015.

<https://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/rapportoantitratta.pdf>.

³³ Non si hanno dati a tale proposito.

³⁴ La convenzione di Dublino è stata firmata il 15 giugno 1990 dai dodici Stati membri della Comunità europea (Belgio, Danimarca, Germania, Grecia, Spagna, Francia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Regno Unito) recependo la Convenzione di Ginevra (1951) e il protocollo di New York (1967). Nel 2013 è stata poi sostituita dal Trattato di Dublino che stabilisce che cittadini extracomunitari che fuggono da Paesi di origine perché in guerra o perseguitati per motivi di natura politica o religiosa possono fare richiesta di asilo solo nel primo Paese membro dell'Ue in cui arrivano e sono identificati.

³⁵ F. VASSALLO PALEOLOGO, *Dallo sbarco in banchina al mercato del sesso*, Tutmonda, 17 agosto 2015.

<https://tutmonda.wordpress.com/2015/08/17/dallo-sbarco-in-banchina-al-mercato-del-sesso-sepolitiche-e-prassi-istituzionali-favoriscono-la-tratta-invece-di-combatterla-di-fulvio-vassallo-paleologo/>.

e che alcune delle vittime portate all'estero, stiano oggi rientrando in Italia³⁶.

“Tra i ‘dublinanti’ di rientro potrebbero esserci potenziali vittime di tratta, ma le procedure non sempre tengono in adeguata considerazione le esigenze di tutela delle vittime le quali, se non adeguatamente assistite e supportate dai servizi disponibili, potrebbero essere reinserte in circuiti di sfruttamento una volta tornate in Italia”³⁷.

Come è noto, dopo il drastico calo del 2020 e 2021 a causa della pandemia, gli sbarchi sono ripresi ed è presumibilmente ricominciato il trasporto via mare delle vittime di tratta.

Al contrario di quanto accade in altri paesi (come la Nigeria e il Perù in cui la prostituzione forzata riguarda anche donne autoctone) non risulta che la tratta coinvolga cittadine italiane: nel nostro Paese quando si parla di tratta per sfruttamento sessuale si fa riferimento a donne straniere comunitarie e extracomunitarie. La prostituzione di strada è nelle mani di chi organizza lo sfruttamento coatto e non riguarda le donne che decidono di vendere liberamente il loro corpo e che comunque rappresentano una netta minoranza.

Se le vittime sono donne, i rei (trafficienti e sfruttatori) sono per lo più maschi, tuttavia nella tratta per sfruttamento sessuale abbiamo il numero più alto, rispetto ad altri reati, di ree (28/%). Questo dato va collegato al fatto che può accadere che alcune delle vittime diventino parte attiva nell'organizzazione criminale, come nel caso della prostituzione nigeriana o quella trans³⁸.

Qui di seguito alcuni accenni a come il fenomeno si declina a seconda della nazionalità delle vittime, della loro specificità e dei modi in cui il business viene gestito dagli sfruttatori.

³⁶ Tanto per smentire narrazioni fallaci, nel 2022 sono state presentate in Italia 77.195 richieste di protezione internazionale a fronte delle 217.735 presentate in Germania, 137.505 in Francia e 116.140 in Spagna. Dati Eurostat al 31 Dicembre 2022 e consolidati alla data del 23 Febbraio 2023.

<https://www-CIR-onlus.org/2023/02/21/consiglio-italiano-per-i-rifugiati-pubblico-il-rapporto-attività-2022>.

³⁷ PNA 2022/2025, cit., p. 74.

³⁸ Caritas, *Punto e a capo sulla tratta*, cit., p. 123.

4.2. Nigeria

Tutto ha inizio alla fine degli anni '70 nel casertano e nel napoletano, vicino alla base militare NATO e ai centri della raccolta stagionale dei pomodori. Da allora la camorra gestisce insieme alle organizzazioni criminali nigeriane, il traffico e lo sfruttamento del lavoro nero, il mercato della droga, la prostituzione. Un recente rapporto del DIA³⁹ denuncia come l'azione delle mafie nigeriane nel nostro Paese sia particolarmente attiva in numerose economie illegali e come recentemente, nello spaccio di droga, coinvolga anche minorenni nigeriane vittime di tratta.

La Nigeria è il primo produttore di petrolio dell'Africa, 47 anni la speranza di vita, 218 milioni il numero di abitanti stimato. Di questi, metà sono cristiani, metà islamici, ma il 2% segue ancora le tradizionali religioni animiste. Il 70% della popolazione vive sotto il livello di povertà, i governi sono corrotti e i conflitti religiosi e le guerre di clan sono all'ordine del giorno. Le donne fuggono da questa realtà verso quei paradisi illusori che descrivono i media, chi le ha precedute, le organizzazioni criminali che pianificano vere e proprie campagne di reclutamento. La maggior parte di proviene da Edo State (passato glorioso, presente povero, nessun futuro), nello specifico da Benin City. Tutto è cominciato là e tutto continua là nella totale impunità.

Le ragazze viaggiano in piccoli gruppi o insieme agli altri migranti che confluiscono nel deserto del Niger. Il sistema prevede i tradizionali riti *Ju-ju* per legare le vittime a un giuramento di obbedienza. Esse contraggono un debito di circa 50/80 mila euro (il viaggio e, una volta arrivate, il vitto, l'alloggio, i vestiti, l'affitto del *joint*, vale a dire il pezzo di suolo dove le ragazze si prostituiscono ...) e ricevono poche decine di euro a prestazione. Giunte a destinazione vengono sistemate in piccoli alloggi gestiti da ex prostitute, le *Maman*, sotto il controllo dei cosiddetti *black boys*.

Secondo l'OIM, fra le donne e le minori nigeriane sbarcate sulle nostre coste tra il 2016 e il 2019, almeno 80% era vittima o potenziale

³⁹ DIA, 2021. Relazione del Ministero dell'Interno al Parlamento. Attività svolte e risultati conseguiti dalla DIREZIONE INVESTIGATIVA ANTIMAFIA, gennaio-giugno 2021.

vittima destinata ai mercati della prostituzione italiani ed europei. Oggi i dati forniti dal Numero verde Anti-tratta ci dicono che nel primo semestre 2022⁴⁰ le donne e le ragazze nigeriane continuano ad essere le principali vittime della tratta nel nostro paese se pure si registra una netta diminuzione dell'emerso rispetto al primo semestre 2021 (dal 50% al 37% del totale). Una diminuzione che non è certo segno di remissione del fenomeno quanto piuttosto del fatto che la pandemia ha 'nascosto' le ragazze togliendole dalla strada e costringendole a prostituirsi *indoor* deve essere più difficile che possano essere agganciate dagli operatori. Questi numeri comunque non corrispondono ad una realtà ben più vasta stante le significative difficoltà che incontrano queste giovani donne a uscire dai circuiti di tratta: paura di eventuali ritorsioni sulle famiglie rimaste in Nigeria, mancanza di fiducia nella possibilità di un reale aiuto viste le pregresse esperienze di violenze, inganni, stupri già nel paese di origine, durante il viaggio e all'arrivo; informazioni fallaci e fuorvianti da parte degli sfruttatori che ovviamente hanno tutto l'interesse a inculcare nelle loro vittime la diffidenza nei confronti delle autorità e le istituzioni italiane; la necessità di sostenere finanziariamente le famiglie rimaste in patria in una condizione di grave povertà. Aiuti che non cessano anche se spesso le vittime sanno che sono state proprio le famiglie a venderle ai trafficanti⁴¹.

Un fenomeno emergente riguarda le giovani nigeriane arrivate tra il 2015 e il 2017 perché molte di loro sono nel frattempo diventate madri a seguito, nella maggior parte dei casi, delle violenze subite. Lontane dalle famiglie di origine e dal proprio paese, straniere rispetto alla lingua e alla cultura italiana, inserite in strutture del sistema di accoglienza anti-tratta non sempre organizzato per accogliere madri con bambini, vivono una situazione di estrema fragilità e vulnerabilità che rende difficile il lavoro degli operatori, per non parlare di come spesso gli sfruttatori usino i figli per ricattare le madri. Del resto, è difficile anche per i nuovi nuclei familiari che possono regolarmente costituirsi in Italia, intraprendere un percorso di integrazione abitativa e lavorativa a fronte dei pregiudizi e gli stereotipi di cui sono oggetto queste giovani donne.

⁴⁰ SIRIT 2022, cit.

⁴¹ *Piccoli schiavi invisibili*, cit., p. 29.

“Si crea un corto circuito: la donna che è stata sfruttata, anche sessualmente, viene tutelata in quanto tale; allo stesso tempo però, c'è il rischio che nella valutazione rispetto alla sua genitorialità non si tenga conto dell'impatto che la violenza subita può aver avuto sulla diade mamma/bambino-a e che quindi non venga considerata una madre adeguata...”⁴².

4.3. *Est Europa*

Nel mese di marzo 2022 il numero verde anti tratta⁴³ segnala una presenza di 525 donne e minori giunti dalla Romania, 205 dall'Albania, 91 dalla Bulgaria. Provenienti dalle zone più povere e degradate dei loro paesi, risulta perverso il sistema di reclutamento: conazionali che si fingono innamorati (i cosiddetti *lover boy*) le adescano con false promesse (di lavoro, di matrimonio ... insomma, di una nuova vita) con lo scopo di inserirle, una volta giunte in Italia, nel giro della prostituzione sotto il controllo delle organizzazioni criminali albanesi. Adescate negli orfanotrofi o, al pari delle giovani nigeriane, con la complicità delle famiglie che ne favoriscono il reclutamento per godere dei loro guadagni (è il caso soprattutto delle ragazze bulgare), oppure on line o addirittura (non pochi gli episodi del genere segnalati in Romania) rapite.

“Nel caso delle minori bulgare non sono rari i procedimenti in cui la famiglia della giovane gioca un ruolo significativo con le reti criminali: uno dei due genitori pattuisce una somma di denaro con i trafficanti/sfruttatori che portano la giovane in Italia. Una volta arrivata nel nuovo Paese la giovane viene inserita nel mercato del sesso con l'impegno di inviare parte delle somme guadagnate alla famiglia rimasta in patria”⁴⁴.

⁴² *Ibid*, p. 31.

⁴³ Numero Verde Antitrattra, 2022, *Relazione sulle attività del numero verde anti-tratta*, 2022, Italia.

<https://www.osservatorioantitrattra.it>2022/03>.

⁴⁴ *Piccoli schiavi invisibili*, cit., p. 35.

Invischiate in un rapporto ambiguo con il loro presunto corteggiatore, manipolate con false promesse spesso sono indotte a prostituirsi ‘volontariamente’.

“Le ragazze sentono di aver istaurato con lui un profondo legame di amore e reciprocità, e quando arriva la proposta di prostituirsi, viene posta in maniera soft e subdola, viene fatta passare come un bisogno temporaneo, l’unica soluzione possibile ai problemi economici e ai fini della sussistenza, che ha la funzione di migliorare lo status economico della coppia. Questo confonde le ragazze che non percepiscono da subito lo sfruttamento e il controllo che il proprio aguzzino sta mettendo in atto”⁴⁵.

Concentrate soprattutto sulla costa adriatica esercitano la prostituzione sotto lo stretto controllo dei loro *lover boy* o anche dalle donne più anziane che le hanno precedute. Spesso usate come attrazione per indurre connazionali ad emigrare con la promessa non solo di un lavoro e una casa, ma anche di una compagnia femminile.

4.4. Costa d’Avorio

Già da qualche anno l’OIM⁴⁶ aveva sottolineato l’aumento significativo del numero delle donne e delle minori non accompagnate ivoriane in arrivo con gli sbarchi (8% nel 2015, 46% nel 2019) molte delle quali già vittime di sfruttamento sessuale in Libia o in Tunisia; in conseguenza di ciò è aumentato il numero di quelle inserite nella rete antitratta (35 nel 2017, 128 nel 2019)⁴⁷. Sebbene ancora in numeri percentualmente ridotti si segnala anche un *trend* in crescita che riguarda le ragazze madri. Sono infatti di origine ivoriana il 4,6% delle 130 donne e ragazze con figli minori (161) che risultano assistite dal sistema anti-tratta italiano all’8 giugno 2022. Si tratta di giovani donne due volte vittime dello sfruttamento, per gli abusi subiti e per i ricatti che

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ OIM, 2019, *Migration féminine en Côte d’Ivoire: le parcours des migrantes de retour*.

<https://dtm.iom.int/reports/côte-divoire---rapport-de-recherche---migration-féminine-en-côte-divoire-le-parcours-des>.

⁴⁷ *Piccoli schiavi invisibili*, cit., p. 33.

fanno leva sulla loro condizione di madri particolarmente vulnerabili. La fascia di età prevalente (45,4%) ha tra i 18 e i 25 anni, ma c'è anche chi ne ha meno di 17.

“Il flusso di minori e ragazze ivoriane sta crescendo, considerano l'Italia un paese di transito: non le intercettiamo nelle nostre strade, ma abbiamo ragione di credere che gli allontanamenti dai centri di accoglienza e la breve permanenza in Italia possano essere organizzati da trafficanti che trasformano queste minori e ragazze in fonti di guadagno”⁴⁸.

Il fatto che la gran parte di loro trascorra pochissimo tempo nelle strutture di accoglienza per poi sparire nel nulla (o essere reintercettate a Ventimiglia nel tentativo di passare la frontiera con la Francia) è un segno inequivocabile del controllo che hanno su di loro le organizzazioni criminali.

“Come emerge dai colloqui svolti dai team di *Save the Children* con minori sbarcati a Lampedusa, queste giovani arrivano in Italia con una profonda stanchezza emotiva, paura, sconforto, preoccupazione per il futuro, bassa autostima, sensazione di non essere degne di avere un futuro sereno”⁴⁹.

4.5. LGBTIQ+

Doveroso un breve accenno alle vittime LGBTIQ+, vittime non solo dei loro sfruttatori ma anche del pregiudizio sociale che le circonda.

Come evidenzia Noemi Botti⁵⁰, secondo la mappatura nazionale svolta dalle Unità di Contatto, la presenza in strada delle donne transessuali latinoamericane è aumentata dal 2017 al 2020 del 18%: circa il 60% delle transessuali presenti in strada è di origine brasiliana, il restante 40% sudamericana⁵¹. Reclutate nelle favelas delle grandi città e

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ N. BOTTI, *La transessualità violentata*, in *Donne gravemente sfruttate*, cit. pp. 171-184.

⁵¹ Numero verde nazionale antitrattra, *Mappatura nazionale della prostituzione di strada*, maggio 2017-novembre 2020.

nelle regioni più povere dei loro paesi, emarginate e stigmatizzate anche all'interno delle proprie famiglie, spesso psichicamente fragili, vengono adescate da altre donne transessuali (collegate alle organizzazioni criminali che gestiscono la tratta) con la promessa di lavoro, ma una volta giunte in Italia sono costrette a prostituirsi⁵². La maggior parte di loro pare accettare con fatalità tale destino, una vera e propria 'carriera morale'⁵³ di chi finisce per adeguarsi alle aspettative degli altri: che altro può essere una trans brasiliana se non una prostituta?

4.6. *La tratta digitale*

Il fenomeno della tratta digitale (detto anche *e-trafficking* o *Cyber trafficking*) indica tutte quelle forme di sfruttamento coatto - nella fattispecie quello sessuale - attraverso l'uso di strumenti informatici: chat on line, social media, agenzie di collocamento on line, siti web di assistenza all'immigrazione contraffatti per reclutare potenziali vittime, forum sul dark web. Il nuovo report GRETA 2022 su *technology-facilitated THB*⁵⁴ sottolinea come il digitale svolga un ruolo cruciale nella fase di reclutamento e sfruttamento delle vittime che, dislocate spazialmente, sono costantemente controllate senza che i loro sfruttatori, nascosti dalla rete, possano essere facilmente identificati.

Si tratta di un business estremamente lucroso già denunciato nell'ambito della Convenzione del Consiglio d'Europa (sottoscritta a Budapest il 23.XI.2001) sulla criminalità informatica e che ha avuto

⁵² F.CARCHEDI, *Vite capovolte. La tratta di esseri umani. Pratiche di sfruttamento sessuale e lavorativo sul territorio laziale*, Santarcangelo di Romagna, 2020, p. 144.

⁵³ Per 'carriera morale' si intendono *tipiche successioni di esperienze vissute da determinate categorie di persone*, come effetto del contesto sociale che le circonda e delle aspettative che si hanno nei loro confronti. P. ABRAMS, *Historical Sociology*, West Con-ton House, Cornell University Press, 1982. Trad.it, *sociologia storica*, Il Mulino, Bologna, p. 342.

⁵⁴ GRETA 2022, *Online and technology-facilitated trafficking in human beings, summary and recommendations*.

<https://rm.coe.int/online-and-technology-facilitated-trafficking-in-human-beings-summary-/1680a5e10c>.

una notevole crescita durante l'emergenza pandemica COVID 19⁵⁵. Un fenomeno che rimane sotto la lente d'osservazione di molte agenzie internazionali che sottolineano l'urgenza di mettere in atto efficaci misure di contrasto⁵⁶.

Si tratta di un fenomeno nuovo particolarmente insidioso perché, come affermano Carchedi e Fabiano, capace di nascondere nell'anonimato gli attori. "Non traspaiono forme di assoggettamento para-schiavistiche e servili oppure di sfruttamento dell'esercizio della prostituzione, e pertanto appare in superficie un mondo scervo da qualsivoglia violenza (...). Questa sostanziale opacità, non chiarezza dei profili sociali degli attori in gioco e delle caratteristiche essenziali ed economiche di quanti offrono le prestazioni sessuali – o meglio di quante, giacché la maggior parte delle inserzioniste sono donne - determina uno scarso interesse da parte istituzionale e non"⁵⁷.

Una grave omissione visto che, come mostrano i risultati della ricerca condotta dai due autori, questo business richiede un'organizzazione, strategie comunicative, mezzi e competenze tecnologiche molto avanzati e costosi: certamente non stiamo parlando di attività che può gestire la singola donna. Dunque, anche in questo caso, la gestione dell'intero sistema è in mano alle organizzazioni criminali.

⁵⁵ EUROPOL 2020, *The challenges of countering human trafficking in the digital era*.

⁵⁶ EUROPOL 2022, *European Migrant Smuggling Centre 6th Annual Report, Luxembourg*,

<https://www.europol.europa.eu/publications-events/publications/european-migrant-smuggling-centre-6th-annual-report---2022>.

⁵⁷ F. CARCHEDI, M.A. FABIANO, *La prostituzione indoor e gli annunci on line. Aspetti qualitativi e quantitativi*, in SLAVES NO MORE, *Donne gravemente sfruttate. Il diritto di essere protagoniste*, Rapporto 2022, Associazione Slaves No More in collaborazione con Edizioni Gruppo Abele, Torino, 2022, p. 154. L'articolo in questione è sintesi di una ricerca a cura della Regione Lazio e della Università La Sapienza. Cfr. F. CARCHEDI, *Recluse in casa. Povertà economica, ricorso alla prostituzione tramite Internet, sfruttamento sessuale. Il caso di quattro comunità straniere nel Lazio*, Rimini, 2021.

5. *La lotta alla tratta: il sistema di emersione e soccorso alle vittime*

5.1. *Il contesto normativo*

Secondo l'articolo 601 del Codice Penale autore di tratta è "chiunque induce una persona, con lo scopo di ridurla in schiavitù, mediante inganno oppure la costringe mediante violenza, minaccia, abuso di autorità e approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante promessa o dazione di somme di denaro o altri vantaggi alla persona che ha su di essa autorità, a fare ingresso o a soggiornare o a uscire dal territorio dello Stato o a trasferirsi al suo interno; oppure chi usa analoghi metodi di persuasione criminale nei confronti di chi è già indotto in schiavitù".

Con l'entrata in vigore della legge 11 agosto 2003 n. 228 la tratta di esseri umani entra nel nostro ordinamento giuridico e vengono riscritti gli articoli del Codice penale relativi alla riduzione in schiavitù. Tale legge prevede sia l'istituzione di un Fondo per mettere a punto misure atte a contrastare il fenomeno (art 12) sia un programma di supporto alle vittime (art. 13).

La Corte di Cassazione ha poi precisato come la riduzione in schiavitù possa sussistere anche con il consenso della vittima poiché tale consenso "non avrebbe sul piano giuridico alcun rilievo e certamente non sarebbe pienamente discriminante nei confronti dello 'schiavista', stante l'indisponibilità del bene della libertà personale, qualunque sia la cultura dei soggetti coinvolti"⁵⁸.

Con la legge 2 luglio 2010 n. 108 si inserisce nel Codice penale l'art. 602-*bis* che precisa le circostanze che comportano un aumento delle pene per chi commette tali delitti, ratificando la convenzione del Consiglio d'Europa n.197, approvata a Varsavia il 16 maggio 2005. In una prospettiva fondata sul rispetto dei diritti umani, la convenzione impegna gli Stati a: prevenire e combattere il fenomeno; proteggere le vittime mettendo a punto disposizioni obbligatorie di assistenza; assicurare interventi giudiziari efficaci; promuovere la cooperazione internazionale.

⁵⁸ S. CORBETTA, *Quando lo sfruttamento della prostituzione integra la "riduzione in schiavitù"*, in *Diritto penale e processo*, 2008, n. 9, p. 1105.

Tra le misure che sono state via via adottate va ricordato il d. lgs. 24/2014 che dispone la possibilità di concedere il permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale (sulla base degli artt. 18 e 18-*bis* del d.lgs. 286/98), e pone particolare attenzione alla tutela dei minori (artt. 13-16). Infine, l'art. 9, aggiungendo il comma 2-*bis* all'art. 13 della legge del 2003, dispone l'adozione di un "Piano Nazionale d'Azione contro la tratta e il grave sfruttamento degli esseri umani" (PNA). In tal modo la normativa italiana per il contrasto al fenomeno della tratta recepisce in pieno la già citata Convenzione delle Nazioni Unite sottoscritta nel 2000 a Palermo contro la criminalità organizzata.

Di fatto, nel corso degli anni, si sono rivelate due le armi affilate per contrastare la tratta, favorire l'emersione delle vittime, perseguire gli sfruttatori: la legge n. 75 del 20 febbraio del 1958, meglio conosciuta come legge Merlin, che all'art. 3 sanziona i reati di sfruttamento e favoreggiamento della prostituzione e il già citato art. 18 T.U. sull'immigrazione del 1998, che ha come criterio guida l'affermazione della dignità e dei diritti della vittima.

È in base alla legge Merlin che in questi anni si è arrivati a numerose condanne per sfruttamento della prostituzione, mentre esiguo è stato il numero delle persone incriminate e condannate per tratta. Marco Quiroz Vitale esamina i processi per riduzione in schiavitù svoltosi presso la Corte di Assise di Milano nell'arco di dieci anni dal 2003 al 2012 e dimostra come in realtà la legge anti-tratta fosse una legge più di principio che di reale impatto: 20 processi in 10 anni. La difficile applicazione della 228 va ricercata nel fatto che il reato di riduzione in schiavitù è arduo da dimostrare in giudizio, come del resto lo è contestare il reato di riduzione in schiavitù nel quadro di un'associazione per delinquere, le cui trame vanno ampiamente provate.⁵⁹ Per tale ragione occorre valutare con estrema attenzione gli effetti di un'eventuale abrogazione della legge Merlin, di cui, periodicamente, si ritorna a parlare.

Come sostiene Claudia Biondi di Caritas Ambrosiana, attenta osservatrice del fenomeno: "Le modalità di reclutamento e trasferimento

⁵⁹ M.A. QUIROZ VITALE (a cura di), *Diritto penale e società multiculturali. Delitti politici e delitti culturalmente motivati in Europa e America Latina*, Santarcangelo di Romagna, 2016, pp. 177/185.

dipendono dai paesi di appartenenza: è un reato complesso messo in atto da più soggetti e che prevede fasi e azioni svariate. I gruppi criminali non sono tutti strutturati e non si può sempre parlare di organizzazione criminale: spesso ci sono vari attori del sistema conniventi, ma non necessariamente legati tra loro (chi guida macchine e camion, chi offre la logistica...); ci sono alleanze strategiche tra gruppi criminali (rumeni e albanesi, ad esempio); c'è un'interdipendenza tra i vari reati (falsificazione di documenti, corruzione alle frontiere). Naturalmente la tratta con rotte internazionali prevede investimenti in denaro onerosi e un'organizzazione molto più strutturata rispetto alla tratta interna o tra paesi confinanti”⁶⁰.

La tratta degli schiavi coinvolge soprattutto minori o soggetti che si trovano in una situazione di vulnerabilità fisica o psichica (disabili, portatori di deficit mentali...) e poiché l'apparato probatorio è condizionato dalle dichiarazioni delle vittime e dalla loro credibilità, è difficile che simili processi possano condurre alla condanna degli imputati. Questi casi sono casi estremi in un contesto molto più fluido e dai confini incerti: la tratta di schiavi nel senso stretto del termine è un fenomeno per il momento e per fortuna quantitativamente ridotto perché comporta il totale annullamento della libertà personale. Il grosso dello sfruttamento coinvolge persone in grado teoricamente di sottrarsi alle pressioni delle organizzazioni criminali e l'art. 18 offre loro una concreta possibilità di liberarsi dei propri sfruttatori, uscire dalla clandestinità e partecipare a programmi di assistenza e di integrazione. Un provvedimento che esprime un orientamento protettivo delle vittime anziché punitivo del reo sottolineando come la protezione sociale delle persone trafficate non debba essere un mero strumento dell'azione penale e che la tutela dei diritti delle vittime sia essenziale e prioritario al pari dell'interesse dello Stato a punire reati così gravi. Da sottolineare come il permesso di soggiorno per casi speciali possa essere concesso sia in seguito alla denuncia della vittima (percorso giudiziario), sia in assenza di denuncia (percorso sociale). In entrambi i casi è garantita piena assistenza alla vittima.

⁶⁰ C. BIONDI, *Prostituzione e tratta: due facce della stessa medaglia*, intervento al Convegno “Prostituzione e tratta in Italia e in Europa: proposte e modelli a confronto”, Casa della Cultura, 19 ottobre 2015, Milano.

L'art. 18, applicato nel doppio percorso è e rimane, dunque un valido e imprescindibile contributo al contrasto della tratta, anzi, lo strumento per eccellenza. Ma, se pure in vigore da circa vent'anni, la sua applicazione è a discrezione delle autorità competenti che operano nelle diverse realtà geografiche cosicché l'intero sistema si presenta a macchia di leopardo per quanto riguarda sia i tempi che intercorrono tra la presentazione della domanda e la risposta, sia il rapporto tra il numero delle domande presentate, quelle approvate e quelle respinte.

Mentre sto scrivendo non è ancora chiaro cosa deciderà il Governo Meloni in merito alla possibilità di ricorrere alla protezione speciale per le donne vittime di tratta, così come all'opportunità di trasformare il permesso di soggiorno per motivi umanitari in permesso di soggiorno per lavoro: passaggi fondamentali nella realizzazione di un programma di reale reinserimento sociale delle vittime di tratta. Da notare che a tale proposito, il PNA 2022-2025 riconosce esplicitamente che: "il nostro ordinamento ... si è dotato dal 1998 di un importante strumento di tutela delle vittime, l'art. 18 del Testo Unico Immigrazione"⁶¹.

Questo robusto impianto normativo supporta, nel suo insieme, una consolidata rete territoriale per l'emersione del fenomeno, l'accoglienza e il re-inserimento delle vittime. Ciononostante, come abbiamo visto, l'Italia non è considerata tra i paesi più virtuosi. Il problema non consiste dunque in una carenza normativa, né si tratta di ridisegnare la rete di soccorso, quanto, piuttosto, di rendere il sistema più efficace ed efficiente nel suo complesso.

5.2. La rete e le misure di accoglienza delle vittime

La rete dei servizi destinata alle vittime di tratta comincia a delinearsi alla fine degli anni '80, quando la prostituzione cambia volto e nelle strade del mercato del sesso le straniere si sostituiscono alle italiane. Un fenomeno nuovo di cui: "All'inizio poco si conosce della drammatica realtà che esso nasconde, ma già dalla prima metà degli anni '90 le associazioni del privato sociale (laico o cattolico) incontrano queste donne e cominciano a rispondere in modo spontaneo alle

⁶¹ PNA 2022-2025, cit., p. 27.

richieste che alcune di loro avanzano. Si offre ospitalità presso strutture religiose o case rifugio dedicate alle donne che subiscono violenza e si offrono servizi sanitari da parte di unità di strada che lavorano già con i tossicodipendenti”⁶².

Bisogna aspettare il 1999 (art. 53 d.P.R. 394/99) perché gli enti che si occupano del problema siano abilitati alla realizzazione del relativo ‘Programma di assistenza’, in collaborazione con Questure e Autorità giudiziaria ed accedere così ai finanziamenti previsti dallo Stato per realizzare tali programmi. Ma è nel 2000 che diventa operativo in Italia, il ‘Sistema nazionale di assistenza e integrazione sociale per le vittime di tratta’, coordinato e co-finanziato dal Dipartimento per le Pari Opportunità del Consiglio dei Ministri che prevede una struttura che si compone di tre fondamentali livelli di azione nei confronti delle vittime – emersione, identificazione e prima assistenza, inclusione sociale – collegati ad altrettanti dispositivi di intervento.

Per sostenere tutto ciò, a partire dal 2005, a seguito della legge 228/2003, ogni anno furono pubblicati due bandi di finanziamento: il primo (progetti art. 13 della legge 228/2003) per attività finalizzate all'emersione del fenomeno, il secondo (progetti art. 18 del d.lgs. 286/98) dedicato al reinserimento sociale delle vittime. Questo doppio binario comprometteva però la possibilità di programmazioni di medio/lungo periodo perché ogni anno gli enti, soprattutto quelli del privato sociale, dipendevano, per attuare le proprie attività, dall'accettazione del finanziamento e dall'entità dello stesso. Una situazione difficile se si considera anche che la presentazione del progetto era vincolata alla partecipazione obbligatoria di enti pubblici cofinanziatori (nella misura del 30% per l'art. 18 e del 20% per l'art. 13). Enti che, a causa delle difficoltà economiche, sostenevano con sempre maggiore difficoltà la rete dei servizi e poiché l'ente non aveva alcun obbligo di partecipazione molti progetti non potevano essere presentati o ripresentati. Si era subito evidenziata l'opportunità di un accorpamento dei bandi e dei relativi finanziamenti per favorire una maggiore *governance*

⁶² P. FELINA, *L'Italia delle opportunità: la rete dei servizi dall'accoglienza all'inserimento sociale*, in A.R. CALABRÒ (a cura di), *Il mercato dei corpi*, Napoli, 2012, p. 61.

del sistema antitratta e rendere meno dispersivo il lavoro degli enti nelle attività di progettazione⁶³.

Ma solo con l'entrata in vigore del primo "Piano di azione nazionale contro la tratta e il grave sfruttamento"⁶⁴ che i due bandi furono unificati⁶⁵. Il Piano, che conteneva il regolamento di attuazione del d. lgs. 24/2014, fu finalmente adottato dal Consiglio dei Ministri il 26 febbraio 2016 e da allora è stato attuato un bando unificato, della durata di quindici mesi, per il rilancio dei servizi di prevenzione, emersione, accoglienza e re-inserimento.

Si è data così attuazione al DPCM 16 maggio 2016, recante *Definizione del Programma unico di immersione, assistenza ed integrazione sociale a favore degli stranieri e dei cittadini di cui al comma 6 bis dell'art. 18 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, vittime dei reati previsti dagli articoli 600 e 601 del codice penale, o che versano nelle ipotesi al comma 1 dello stesso articolo 18*" che pone in essere Progetti anti tratta gestiti dal enti pubblici e/o del privato sociale iscritti all'apposita sezione del registro delle associazioni e degli enti che svolgono attività a favore degli immigrati.

Tali progetti si declinano su più piani: attività di primo contatto con le popolazioni a rischio di sfruttamento con particolare attenzione ai richiedenti o titolari di protezione internazionale; azioni proattive multi-agenzia di identificazione anche presso le Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale; protezione immediata e prima assistenza sanitaria e legale (art. 13 della L. 228/2003); attività mirate all'ottenimento del permesso di soggiorno (ex art. 18 d. lgs. 286/98); misure per promuovere l'integrazione sociale e l'autonomia lavorativa delle persone prese in carico; interventi atti ad integrare il sistema di protezione delle vittime di tratta con quello previsto per i richiedenti o titolari di protezione internazionale. At-

⁶³ *Ibid.*, p. 79.

⁶⁴ <https://osservatoriointerventitratta.it/wp-content/uploads/2018/01/piano-nazionale-di-azione-contro-la-tratta-e-il-grave-sfruttamento-2016-2018.pdf>.

⁶⁵ A norma del comma 2 *bis* dell'articolo 13 della legge 11 agosto 2003, n. 228, come introdotto dall'articolo 9, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24. Si recepisce così la direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo del 5 aprile 2011 *concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*.

tualmente, per il periodo 01/10/2022-28/02/2024, sono attivi in Italia ventun progetti⁶⁶.

In questi anni si è dunque affermata una struttura di emersione, soccorso, integrazione articolata su due livelli.

Il primo prevede servizi di contatto, aggancio, emersione del fenomeno: numero verde, unità mobili, servizi a bassa soglia.

Il numero verde, 800 290 290, nato nel 2000 con una postazione centrale e quattordici periferiche, è rivolto ai cittadini, alle associazioni e alle vittime per informare, assistere, attivare il più vicino pronto intervento. Per mancanza di risorse ha perso progressivamente incisività finendo per limitarsi ad una funzione di coordinamento. Rilanciato in questi ultimi anni, oggi è una Piattaforma nazionale che, oltre ad avere funzioni di emersione, segnalazione e attivazione della rete territoriale, gestisce e raccoglie i dati relativi alla tratta con un sistema denominato SIRIT (Sistema informatizzato per la raccolta di informazioni sulla tratta) in modo tale da individuare quello che deve essere implementato e sviluppato. Ciò anche alla luce delle sollecitazioni provenienti da GRETA, dagli organismi di monitoraggio del Consiglio d'Europa e da altri organismi internazionali.

Le Unità mobili agiscono su strada per agganciare le donne prostitute, informarle circa i servizi presenti sul territorio di cui possono usufruire, specie quelli relativi alla salute e, una volta stabilito un adeguato contatto, informarle sulla possibilità di cambiare la loro vita.

I Servizi a bassa soglia consistono in: *drop in center*, sportelli informativi, centri di ascolto generalmente collocati presso le sedi delle associazioni.

Il secondo livello comprende servizi di accoglienza e realizzazione dei progetti di assistenza e integrazione sociale: case di pronto intervento, case di prima accoglienza, case di seconda accoglienza.

Nelle 'Case di pronto intervento/case di fuga', vi si accede sia in emergenza, sia dopo i servizi realizzati in bassa soglia, la permanenza è in media di 30/40 gg., viene fornita assistenza medica e si cerca di ricostruire la storia della vittima e verificarne le intenzioni.

A seguito si può accedere alle 'Case di prima accoglienza', a indirizzo segreto, che vedono la presenza a tempo pieno degli operatori

⁶⁶ <https://www.osservatorio.interventitratta.it/bando-5-2022-2024/>.

per instaurare un rapporto di fiducia con le vittime e incoraggiarne la presa di coscienza; il tempo di permanenza va dai sei ai dieci mesi. L'intervento si articola in tre fasi: osservazione, costruzione del progetto, preparazione per attivare i servizi di formazione lavorativa, quelli di inclusione lavorativa, le pratiche per ottenere l'art. 18 ed eventualmente i servizi giudiziari per accogliere la denuncia e aprire le indagini.

Successivamente, a percorso avviato, le donne vengono ospitate nelle 'Case di seconda accoglienza/case di autonomia'. Qui la permanenza va dai dodici ai ventiquattro mesi, l'intervento consiste in un accompagnamento socioeducativo per raggiungere la piena autonomia psicologica, lavorativa e abitativa. A queste si sono aggiunte, in tempi più recenti, strutture di autonomia, esperienze di *housing* sociali e reti di *co-housing*.

Successivamente tale impianto si è arricchito della partecipazione di altri sistemi di intervento: nella rete SAI (Ex SIPROMI, ex SPRAR), il sistema di accoglienza rivolto a rifugiati e richiedenti protezione internazionale con le modifiche del 2018 e del 2020, sono stati formalmente accolti i titolari del permesso di soggiorno previsto per le vittime di tratta e di sfruttamento lavorativo. Ma l'entrata in vigore della legge 132/2018 (primo decreto sicurezza) e del D.L. 14 giugno 2019 (decreto sicurezza *bis*) hanno sottratto risorse al sistema che solo parzialmente è stato ripristinato e che attualmente è di nuovo messo in discussione.

5.3. Primo Piano nazionale d'azione contro la tratta e il grave sfruttamento degli esseri umani 2016-2018

Il primo Piano nazionale d'azione contro la tratta e il grave sfruttamento (PNA) che avrebbe dovuto coprire il triennio 2016/18, si articolava su quattro direttrici. La prima di prevenzione: formazione degli operatori del settore e delle forze dell'ordine, attività di comunicazione e sensibilizzazione presso le comunità migranti. La seconda direttrice finalizzata all'azione penale per un maggiore coordinamento tra Procura, direzione distrettuale antimafia e ONG, adeguando le norme nazionali a quelle internazionali. La terza riguardava la protezione e assistenza alle persone trafficate, incrementando la linea finanziamento, mettendo a punto meccanismi di rapida identificazione delle vittime

nei luoghi di primo contatto, potenziando le funzioni del numero verde anti tratta per creare un sistema unico di segnalazione e di invio delle vittime ai progetti di accoglienza. Infine, la cooperazione con paesi di origine della tratta, per offrire in loco alternative di istruzione e lavoro alle vittime o potenziali vittime. Si istituiva poi una cabina di regia formata da: rappresentanti delle amministrazioni centrali, delle regioni, degli enti locali e ci si proponeva di costituire un “Meccanismo Nazionale di *referral*” per promuovere la cooperazione tra attori statali e società civile, creare un sistema di rilevazione, organizzazione e sistemazione dati statistici di riferimento.

Molte nel tempo le criticità evidenziate dagli attori che agiscono all'interno della rete di emersione del fenomeno e soccorso alle vittime: l'insufficiente coinvolgimento del Dipartimento Pari Opportunità e il fatto che non fosse previsto l'intervento del Ministero degli Interni e di quello del Lavoro, cruciali per garantire un percorso di reinserimento sociale; nessuna azione sistematica e coordinata a livello nazionale (scarsa efficienza della cabina di regia); poca collaborazione tra forze dell'ordine, enti locali, terzo settore; interventi sporadici dei centri anti-tratta per scarsità del personale e dei finanziamenti; applicazione a macchia di leopardo dell'art. 18 per il riconoscimento della protezione speciale alle vittime, in ragione della troppa discrezionalità circa la sua applicazione; difficoltà a trasformare il permesso umanitario in permesso di lavoro; insufficiente tecnologia e strumenti investigativi in dotazione alle forze dell'ordine; poca prevenzione (sono mancate campagne educazione alla sessualità); scarsi e poco efficaci gli interventi educativi sui clienti; nessun sistematico intervento di sensibilizzazione al problema presso le comunità migranti salvo occasionali iniziative da parte delle chiese cristiane; interventi sporadici nei paesi di provenienza delle vittime a causa del taglio dei finanziamenti alla cooperazione e la corruzione di alcuni dei governi coinvolti. A giudizio degli intervistati in questi anni sono mancati in realtà dei progetti reali di attuazione del Piano che è in parte rimasto solo un insieme di buone intenzioni⁶⁷.

⁶⁷ Ho raccolto queste valutazioni nel corso di incontri con operatori e operatrici CARITAS in due diversi momenti: per mettere a punto la mia relazione alla “Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni cri-

In merito invece alle criticità segnalate dal Rapporto 2019 sulla tratta di Esseri Umani in Italia a cura dell'Osservatorio dell'Ambasciata Americana⁶⁸ in collaborazione con GRETA⁶⁹ si sottolineava come le autorità italiane non soddisfacessero appieno i criteri minimi per lo sradicamento del fenomeno. In particolare si criticavano: gli accordi con la Libia, sottolineando le gravi condizioni dei centri di detenzione libici e la gravità del divieto fatto alle navi di soccorso ONG che trasportavano migranti raccolti nelle zone SAR della Libia di attraccare nei porti italiani⁷⁰; l'inadeguatezza dei procedimenti di identificazioni delle eventuali vittime di tratta all'arrivo in Italia; le criticità rilevate nei centri di prima accoglienza dove non si riscontravano adeguate misure di sicurezza per impedire ai trafficanti di reclutare nuove vittime e portare via quelle già sotto il loro controllo.

Si sono dovuti aspettare alcuni anni perché il Governo licenziasse il secondo PNA valevole per il triennio 2022-2025.

5.4. Secondo Piano d'azione nazionale contro la tratta e il grave sfruttamento degli esseri umani 2022-2025

Il secondo Piano d'azione nazionale contro la tratta e il grave sfruttamento degli esseri umani⁷¹ è stato adottato dal Consiglio dei ministri il 19 Ottobre 2022, su proposta dell'allora presidente Mario Draghi, del Ministro per le Pari Opportunità e la Famiglia Elena Benetti e del Ministro dell'Interno Luciana Lamorgese.

Il nuovo PNA è il risultato del lavoro della Cabina di Regia Nazionale (di cui fanno parte Amministrazioni centrali, Regioni e Autono-

minali, anche straniere" nell'audizione del 2 novembre 2014 e, più recentemente, nel 2018-2019, prima della pandemia.

⁶⁸ <https://it.usembassy.gov/it/rapporto-sulla-tratta-di-esseri-umani-2019/>.

⁶⁹ *Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings*, istituito ai sensi dell'art. 36 della Convenzione sulla lotta contro la tratta di esseri umani del Consiglio d'Europa, ratificata dall'Italia con legge 2 luglio 2010, n. 108.

⁷⁰ Ci si riferisce nello specifico al Decreto legge 14 giugno 2019 n. 53 (decreto sicurezza bis dell'allora Ministro degli Interni Salvini).

⁷¹ <https://www.retesai.it/wp-content/uploads/2022/10/Piano-anti-tratta-2022-2025.pdf>. Nell'analisi del PNA ci si concentrerà sulle parti che riguardano in maniera specifica la tratta a scopo di sfruttamento sessuale.

mie locali), del Comitato tecnico a supporto della Cabina di Regia, delle Parti Sociali e delle principali realtà associative attive nel settore, tra le quali le competenti Agenzie delle Nazioni. Nella compilazione del Piano si è tenuto conto delle osservazioni di GRETA e di altri organismi internazionali in merito all'operato italiano.

Rispetto al sistema di interventi in vigore in Italia il nuovo Piano si propone di “*definire interventi operativi che risultino coerenti con il radicale cambiamento di scenario complessivo che si è realizzato negli anni trascorsi dall'adozione del primo piano*”⁷². Ci si riferisce in particolare alle richieste di aiuto giunte ai progetti anti tratta in occasione dell'emergenza sanitaria COVID 19 da parte di vittime o potenziali vittime di sfruttamento sessuale e al massiccio numero di donne, soprattutto nigeriane, in stato di gravidanza o madri con bambini, spesso ritornate in Italia da altri paesi europei, che si dichiarano vittime di tratta e chiedono aiuto ai servizi sociali territoriali.

Confermate le quattro le direttrici: prevenzione, persecuzione del crimine, protezione e assistenza delle persone trafficate o gravemente sfruttate, cooperazione. Molteplici le aree di intervento su cui operare. Ne segue una sintesi degli aspetti più salienti.

5.4.1. Prevenzione

Le attività di prevenzione si articolano su due piani distinti: quello repressivo del fenomeno e quello comunicativo. Il primo comprende le attività di controllo realizzate dalle diverse amministrazioni competenti (forze dell'ordine, polizia di frontiera, magistratura...) per intercettare le vittime all'arrivo, prima dell'inizio dello sfruttamento e, una volta emersi casi di sfruttamento e di tratta, per individuare e perseguire i responsabili, assicurando la tutela e la presa in carico delle vittime attraverso il coordinamento con gli altri attori attivi sul territorio.

Molto spazio è dedicato alla comunicazione che comprende la predisposizione di materiale informativo accessibile diversificandone e potenziandone le modalità di distribuzione; il coinvolgimento delle comunità dei migranti (sia come destinatari che promulgatori); lo sviluppo di azioni specifiche di informazione e sensibilizzazione rivolte a

⁷² *Ibid.*, p. 34.

richiedenti asilo, rifugiate e rifugiati; il coinvolgimento delle comunità religiose in una prospettiva interculturale e interreligiosa.

Sul piano operativo, in collaborazione con il Ministero dell'Istruzione e quello dell'Università e della Ricerca si intendono metter in atto, sia in Italia che nei paesi di origine delle vittime di tratta, percorsi di sensibilizzazione per contrastare il turismo sessuale (in concerto con il Ministero degli affari esteri e della Cooperazione internazionale), la domanda di pedo-pornografia on line e il reclutamento delle vittime attraverso internet e i social (in collaborazione con la Polizia postale e delle telecomunicazione). Si vuole anche investire sulla ricerca per trovare strumenti adeguati a: mettere in atto interventi in grado di ridurre la domanda di sesso a pagamento; offrire informazioni alle vittime circa i loro diritti e i servizi presenti sul territorio, nelle lingue e nei luoghi di più facile contatto (valichi di frontiera, centri di sbarco, centri di accoglienza, Commissioni territoriali, stazioni di Polizia, presidi socio-sanitari...); avviare attività di educazione e sensibilizzazione nelle scuole. Infine, è prevista una specifica attività di formazione destinata al personale presente nei luoghi di arrivo dei migranti e a quello che opera nei servizi pubblici (consultori, presidi sanitari e ospedalieri...) per una rapida identificazione delle vittime o delle persone a rischio di diventarlo. Formazione destinata anche a coloro che lavorano nell'informazione perché sia informata e corretta.

5.4.2. *Persecuzione del crimine*

Naturalmente le Forze dell'Ordine e la Magistratura giocano un ruolo cruciale nella lotta alla tratta, un fenomeno transnazionale che, per essere adeguatamente contrastato, richiede una conoscenza sempre più approfondita delle reti criminali che lo gestiscono e un'attività di cooperazione giudiziaria internazionale sempre più efficiente. Nel PNA si sottolinea dunque la necessità "*di rendere sempre di più i luoghi (quali Questure e Stazioni dei Carabinieri) di repressione della tratta e del grave sfruttamento, anche luoghi di emersione delle potenziali vittime e conseguente messa in protezione*"⁷³.

⁷³ PNA 2023-2025, cit., p. 55.

Perché ciò si realizzi ci si propone di organizzare corsi di formazione continua e multidisciplinare di tutti gli attori coinvolti (magistratura penale, civile, minorile, autorità ispettive, Forze dell'Ordine...) per favorire la sensibilizzazione e la conoscenza aggiornata del fenomeno e migliorare la capacità di identificarne le vittime. A tal fine si intende anche rafforzare la mediazione interculturale specializzata di supporto.

Altro obiettivo consiste nel rafforzare la cooperazione giudiziaria in un approccio multi-agenzia: dal 2018 la DNA (Direzione Nazionale Antimafia) ha costituito un gruppo di lavoro sulla tratta di cui fanno parte la DIA (Direzione investigativa antimafia) e lo SCO (Servizio centrale operativo della Polizia di Stato) per creare un patrimonio informativo di supporto anche per altri Organi dello Stato. Inoltre, la DNA ha approntato un Protocollo di intesa perché investigatori e ONG presenti sul territorio possano intensificare la loro collaborazione ritenendo opportuno che il primo contatto con la vittima avvenga "ad opera del privato preparato e competente, piuttosto che del 'pubblico', il quale può incontrare l'ostilità della vittima stessa"⁷⁴.

Tra le molteplici, altre attività menzionate: adozione e implementazione di procedure operative standard nazionali suscettibili di adattamento a livello territoriale; creazione e/o rafforzamento della cooperazione con i Paesi d'origine e di transito; potenziamento delle indagini finanziarie volte ad ottenere la confisca dei proventi della tratta.

5.4.3. Protezione ed assistenza delle persone trafficate e gravemente sfruttate

In questa parte del piano si palesa la necessità di potenziare tutte quelle azioni finalizzate alla protezione e all'assistenza delle vittime. Mi limito a elencarne alcune, forse le più importanti, almeno per quanto riguarda le vittime di tratta a scopo di sfruttamento sessuale.

Innanzitutto, ci si propone di consolidare il Meccanismo Nazionale di *Referral* (MNR)⁷⁵ condizione sine qua non perché il sistema possa

⁷⁴ *Ibid.*, p. 58.

⁷⁵ L'MNR è un sistema di cooperazione che mette in rete tutti gli attori statali e la società civile impegnati a proteggere e promuovere i diritti umani delle vittime di trat-

funzionare efficacemente, contrastare il fenomeno e consentire al nostro Paese di rispettare gli accordi presi nelle sedi internazionali.

Prioritaria una tempestiva identificazione e *referral* delle vittime alle frontiere marittime, terrestri e aereoportuali per attuare tempestivamente le disposizioni previste a tutela dei minori stranieri non accompagnati (MSNA) vittime di tratta di cui alla legge 47/2017 e per far fronte all'aumento dei cosiddetti 'casi di Dublino'. A tal fine si sottolinea la necessità di rafforzare lo scambio di informazioni, *counseling*, identificazione tra le varie agenzie. Per quanto riguarda le donne prostitute in strada e *indoor* ci si propone di potenziare e meglio strutturare tutte quelle realtà (unità di strada, unità mobili, sportelli...) che possono intervenire direttamente per avvicinarle e informarle dei loro diritti e dei servizi a cui possono accedere. Se le nuove tecnologie sono un'arma in mano ai criminali, sono tali anche per le forze dell'ordine chiamate a individuare nuove procedure in grado di contrastare la prostituzione *indoor* e il reclutamento e lo sfruttamento tramite il web.

Infine, due snodi cruciali di pari importanza per un effettivo percorso di integrazione delle vittime. In primo luogo, l'aggiornamento dei sistemi di accoglienza ed inclusione riorganizzando e implementando tutte le strutture a diversa intensità di accoglienza, potenziando le prese in carico territoriali, riqualificando nelle aree urbane degradate edifici adatti all'ospitalità. In secondo luogo, si dichiara di prioritaria importanza promuovere l'inserimento lavorativo delle vittime di tratta anche prima del rilascio del permesso di soggiorno. Dunque: diritto al lavoro e diritto alla casa come condizioni di emancipazione e di prevenzione.

5.4.4. Cooperazione

Quest'ultima direttrice indica sostanzialmente due obiettivi. Il primo mirato a promuovere la cooperazione allo sviluppo e alla cooperazione internazionale con i paesi d'origine della tratta rafforzandone,

ta. In tal modo si rende possibile la collaborazione reciproca e lo scambio di informazioni e buone prassi su tutte le questioni che riguardano l'identificazione, la protezione, l'assistenza delle vittime, nonché tutte le attività di contrasto e prevenzione del fenomeno.

anche con il contributo delle organizzazioni internazionali, la *Governance* e sostenendo le comunità ivi presenti. Il secondo finalizzato a costruire un database integrato per la raccolta dati: una banca dati centralizzata ed informalizzata in grado operare in tempo reale mettendo in rete tutte le informazioni riguardo le misure di protezione e promozione dei diritti delle vittime, le indagini, i procedimenti giudiziari e le sentenze relative ai casi di tratta.

“Le azioni devono favorire lo sviluppo di politiche e di interventi condivisi, a livello transnazionale, per la tutela e l’inclusione socio-lavorativa delle vittime, compreso il tema del rimpatrio volontario e del reinserimento socio-lavorativo nel paese d’origine, nonché promuovere la creazione di strumenti transnazionali di raccolta dati utili al monitoraggio del fenomeno transnazionale”⁷⁶.

6. Conclusioni

A fronte di un fenomeno quale quello della tratta e al grave sfruttamento, drammatico per entità e diffusione e terribile nelle modalità in cui si manifesta, in tutto il rapporto si palesa la necessità di rafforzare molti passaggi del percorso di contrasto alle organizzazioni criminali, di prevenzione del fenomeno e di emersione e soccorso alle vittime nell’ottica del loro reinserimento sociale. Azioni già presenti nel piano precedente ma che gli attori del sistema e gli osservatori internazionali, come precedentemente sottolineato, avevano ritenuto insufficientemente realizzate, implementate e presidiate. Certo è che, gli accadimenti più recenti (la pandemia, la guerra in Ucraina, l’utilizzo sempre più pervasivo del web nel gestire i traffici illeciti, le crisi internazionali che determinano i processi migratori e le politiche nazionali e internazionali restrittive che alimentano l’immigrazione clandestina...) hanno ulteriormente compromesso l’efficacia del sistema. Resta da vedere se e come, il Governo attuale intenda portare avanti tali propositi. Propositi che, per essere realizzati, richiedono adeguati investimenti di risorse finanziarie e umane.

⁷⁶ PNA 2023-2025, cit., p. 84.

Abstract

Difficile stabilire quante siano nel mondo le donne e le bambine vittime di tratta a scopo di sfruttamento sessuale poiché si tratta di un fenomeno globale in gran parte sommerso. Secondo le stime delle varie agenzie internazionali venti milioni o forse il doppio, addirittura quaranta. Nella spaventosa enormità di questo numero, non è poi così importante la differenza. Ciò che però è sicuro è il numero delle vittime identificate (quasi cinquantamila nel 2018). Un fenomeno in aumento, un giro di affari che rende alle organizzazioni criminali quanto la droga e il traffico d'armi. Nel corso del mio intervento intendo: distinguere il contrabbando di esseri umani dalla tratta; descrivere i caratteri del fenomeno e a grandi linee le politiche di contrasto messe in atto in Europa; delineare il quadro normativo internazionale, europeo e nazionale di riferimento; disegnare la rete di soccorso e tutela delle vittime attiva in Italia; analizzare le ripercussioni della pandemia e del conflitto russo-ucraino sul sistema antitratta; infine tracciare un bilancio, per quanto riguarda il nostro paese, di quanto si è fatto e a quanto si intende fare per combattere il fenomeno e soccorrere le vittime, alla luce anche del *Piano nazionale d'azione contro la tratta e il grave sfruttamento 2022-2025*.

KEYWORDS: Tratta – sfruttamento sessuale – genere – migrazioni – prostituzione

AN EXTREME FORM OF VIOLENCE AGAINST WOMEN:
TRAFFICKING FOR THE PURPOSE OF SEXUAL EXPLOITATION

It is difficult to establish how many women and girls are victims of trafficking for sexual exploitation in the world since it is a largely submerged global phenomenon. A growing phenomenon, a business that makes rich criminal organizations as much as drugs and arms trafficking. In the course of my speech I intend to: describe the characteristics of the phenomenon and broadly the contrast policies implemented in Europe; design the network for the emergence and protection of victims in Italy; draw up an evaluation, as far as our country is concerned, of what has been done and what we intend to do to combat the phenomenon and help the victims, in the light of the first

(2016/2018) and the second (2022/2025) National Plan of Action Against Trafficking and Severe Exploitation.

KEYWORDS: Trafficking – sexual exploitation – gender – migrations – prostitution

MIGRANT WOMEN IN GERMANY: CHALLENGES AND PROTECTION

*Réka Friedery**

SOMMARIO: 1. Background and data. – 2. Legal frame of (migrant) women protection. – 3. Violence against migrant women upon arrival. – 4. The asylum procedure in the light of gender-based violence. – 5. Violence against migrant women living in the country. – 5.1. Forced marriage. – 5.2. Female genital mutilation. – 6. Conclusion.

1. Background and data

The European Gender Equality Index ranks Germany nearly at the same level (68.7) than the EU average (68.6) and Germany ranks 11th in the EU on the Gender Equality Index. Gender based violence is not an exact term, more like a definition including several categories: harmful acts such as sexual or mental harm, coercion, and deprivations of liberty that are committed against a person's will and that are based on a person's socially endorsed gender. Sexual and domestic violence are also used to maintain male dominance over women¹. Gender based violence concerning migrant women show a two-sided vulnerability: being woman and migrant. To get a wide range picture of the position of women migrants in a host country, first and foremost, the unique position of Germany as a main destination country needs to be presented through data related to migration. Germany has a population of 84,220,184 (2023 est.), with ethnic groups of German

* PhD, LLM, Research fellow, Centre for Social Sciences, Hungarian Academy of Sciences Centre for Excellence. E-mail address: friedery.reka@tk.hu

The research was carried out in the Centre for Social Sciences supported by the project "The responsiveness of the legal systems in post-COVID societies: risks and opportunities" (05016764) of the Hungarian Academy of Sciences.

¹ MiMI (Gewaltprävention mit Migranten für Migranten). *Gewaltschutz für Frauen in Deutschland-Ratgeber für geflüchtete Frauen, Migrantinnen und Jugendliche*, Hannover, 2018, p. 4.

(86,3 %), Turkish (1,8%), Polish (1%), Syrian (1%), Romanian (1%) and other/stateless/unspecified (8.9%)². The net migration rate³ is 1.78 migrant(s)/1,000 population (2023 est.) that puts Germany on the 51 place on the world list⁴.

In 2015, Chancellor Angela Merkel decided to leave German borders open to war refugees – mainly coming from Muslim countries – as a humanitarian necessity. As a result, Germany hosted the second largest numbers of international migrants⁵ worldwide (12 million each)⁶ in 2015 and the country has also observed an increase over the years, from 8.9 million in 2000 to 13.1 million in 2019⁷. Over 1.2 million first-time asylum applications were lodged in the EU member states in 2015, and Germany was the number one destination country. With the influx of 890,000 people seeking protection in 2015 and a further 210,000 by the end of September 2016, refugee migration in Germany has reached its peak for the time being since the founding of the Federal Republic⁸.

Moreover, Germany remained the main OECD destination country in 2016, with over 1.7 million new international migrants (more

² CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY (CIA), *The World Factbook. Germany*, <https://www.cia.gov/the-world-factbook/countries/germany/#introduction>.

³ The net migration rate indicates the contribution of migration to the overall level of population change. The net migration rate does not distinguish between economic migrants, refugees, and other types of migrants nor does it distinguish between lawful migrants and undocumented migrants.

⁴ CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY (CIA), *The World Factbook. Germany*, <https://www.cia.gov/the-world-factbook/countries/germany/#introduction>.

⁵ Foreign-born people.

⁶ UNITED NATIONS, *International Migration Report 2015. Highlights*, New York, 2016, p. 1.

https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2015_Highlights.pdf.

⁷ IOM, *World Migration Report 2020*, Geneva, 2019, p. 25. https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020.pdf.

⁸ H. BRÜCKER, N. ROTHER, J. SCHUPP, CH. BABKA VON GOSTOMSKI, A. BÖHM, T. FENDEL, M. FRIEDRICH, M. GIESSLMANN, Y. KOSYAKOVA, M. KROH, E. LIEBAU, D. RICHTER, A. ROMITI, D. SCHACHT, J. A. SCHEIBLE, P. SCHMELZER, M. SIEGERT, S. SIRRIES, P. TRÜBSWETTER, E. VALLIZADEH, *Flucht, Ankunft in Deutschland und erste Schritte der Integration*, in *IAB KURZBERICHT*, 2016, n. 24, p. 1.

than double the levels registered in 2000, but with a decrease compared with more than 2 million in 2015) arriving that year⁹. As the Federal Office for Migration and Refugees fell behind with the registration and application procedures, the number of asylum applications continued to increase in 2016 (around 722,000 first time applications), even though the number of arriving asylum seekers dropped since the introduction of border controls along the Balkan migration route in 2016¹⁰. By the end of 2017, 970,364 people were recognized as refugees under the 1951 Geneva Convention (compared with 121,837 in Britain and 337,143 in France). An additional 222,683 claims for formal asylum were filed in 2017, and 185,853 more in 2018¹¹. Germany was the only European country among the top 10 refugee-hosting countries and continued to host the largest population of refugees and asylum seekers in Europe and the fifth largest in the world in 2018. The scale of refugees and the granted asylum during the peak of crises is well presented by the table below.

Table 1. Germany Refugee Statistics 2015-2018

Date	Refugees Granted Asylum	Annual % Change
2015-12-31	316115	45.69
2016-12-31	669482	111.78
2017-12-31	970302	44.93
2018-12-31	1063837	9.64

Source: <https://www.macrotrends.net/countries/DEU/germany/refugee-statistics>

⁹ IOM, *World Migration Report 2020*, Geneva, 2019, p. 31. https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020.pdf.

¹⁰ B. GLORIUS, *Migration to Germany: Structures, processes and discourses*, in *Regional Statistics*, 2018, n. 1, p. 18. <http://www.ksh.hu/docs/hun/xftp/terstat/2018/rs080101.pdf>.

¹¹ T. TRIADAFILOPOULOS, *Germany's Post-2015 Immigration Dilemmas*, in *Current History*, 2019, n. 118, p. 108.

Table 2: Gender breakdown of the total number of applicants 2015-2018

Gender	2015	2016	2017	2018
Men	69%	66%	60%	57%
Women	31%	34%	40%	43%

Source: <https://www.bpb.de/gesellschaft/migration/flucht/zahlen-zu-asyl/265710/demografie>

In Germany, while women accounted for 27.4 per cent of all persons applying for asylum for the first time in the EU-28 in 2015, they accounted for 32.3 per cent in 2016 and 33.2 per cent in 2017. With almost 16 million migrants in 2020, Germany had the largest foreign-born population of any country in Europe¹², and had around 11 million women with a migration background, including about 3 million third-country nationals¹³.

The pandemic left serious prints in everyday life: closures disrupted long-standing migration patterns and processes, causing significant labour shortages in key sectors such as the agriculture and horticulture¹⁴. Migrants became worldwide stranded in transit and destination countries, loss of residence permits and lack of resources to return home were among the factors that have affected mobility, COVID-19 outbreaks were detected in camps or migrant reception centres as well in Germany¹⁵.

In 2021, around 648 000 applications were handed in for international protection in the EU+countries, which is an increase of one third compared to 2020, bringing the number to the same level as in 2018. In the first few months of 2021, the number of applications re-

¹² M. MCAULIFFE, A. TRIANAFYLLIDOU, *World Migration Report 2022. International Organization for Migration (IOM)*, Geneva, 2021, p. 88.

¹³ FEDERAL OFFICE FOR MIGRATION AND REFUGEES, *Integration von Migrantinnen in Deutschland*, EMN Deutschland Paper, 08.03.2023, <https://www.bamf.de/SharedDocs/Meldungen/DE/2023/230308-am-weltfrauentag-emn-studie-migrantinnen.html>.

¹⁴ M. MCAULIFFE, A. TRIANAFYLLIDOU, *World Migration Report 2022*, cit., p. 162.

¹⁵ *Ibid.*, p. 163.

mained roughly the same. Record numbers in applications were reached in September and November 2021. The number of people seeking refuge in Europe essentially returned to pre-pandemic levels even while some COVID-19 restrictions were still in place¹⁶. Germany received the most asylum applications (191,000), rising applications by Afghans and Syrians¹⁷, between 216 and 266 applications for every 100,000 inhabitants¹⁸.

Regarding women, many arrived because of family reunification reason, fleeing sexual violence, forced marriage or so-called honour killings. In 2015, women made up some 30 percent of all asylum applicants while in 2023 almost 76 percent of asylum applicants in Germany were males aged 25 to 30 years, while around 19 percent were female. Among asylum seekers 48 percent were girls¹⁹.

2. Legal frame of (migrant) women protection

In Germany, Article 16a (1) of the Basic Law ensures politically persecuted person a basic individual right to asylum in Germany²⁰. The recognition procedure for asylum seekers is mainly regulated by the German Asylum Act (AsylG)²¹. Besides that, the regulations of the so-called Common European Asylum System (CEAS) apply, in particular the Dublin Regulation²², the EURODAC

¹⁶ EUROPEAN UNION AGENCY FOR ASYLUM (EUAA), *Asylum Report*, 2022, p. 92. https://euaa.europa.eu/sites/default/files/publications/2022-06/2022_Asylum_Report_EN.pdf.

¹⁷ *Ibid.*, p. 93.

¹⁸ *Ibid.*, p. 94.

¹⁹ See, *Distribution of asylum applicants in Germany in 2023, by age group and gender* <https://www.statista.com/statistics/1107952/asylum-applicants-age-group-gender-germany/>.

²⁰ Basic Law for the Federal Republic of Germany, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/index.html.

²¹ Asylum Act, https://www.gesetze-im-internet.de/asylvfg_1992/index.html.

²² Regulation 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 *establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the*

Regulation²³, the Asylum Procedures Directive²⁴, the Reception Directive²⁵ and the Qualification Directive²⁶.

Germany signed the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention)²⁷, an international human rights treaty on preventing and combatting violence against women and domestic violence in May 2011 and ratified it in October 2017. The Istanbul Convention is unique in the sense that it does not contain “rights” but concrete “obligations” as seen in its wording, too²⁸. The treaty entered into force in February 2018²⁹ with obligations binding the Federal Government, the Länder and municipalities. We shall point out that a reporting body

Member States by a third-country national or a stateless person (recast), OJ L 180, 29 June 2013, pp. 31-59.

²³ Regulation 603/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 *on the establishment of ‘Eurodac’ for the comparison of fingerprints for the effective application of Regulation (EU) No 604/2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person and on requests for the comparison with Eurodac data by Member States’ law enforcement authorities and Europol for law enforcement purposes, and amending Regulation (EU) No 1077/2011 establishing a European Agency for the operational management of large-scale IT systems in the area of freedom, security and justice (recast)*, OJ L 180, 29 June 2013, pp. 1-30.

²⁴ Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 *on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast)*, OJ L 180, 29 June 2013, pp. 60-95.

²⁵ Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 *laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast)*, OJ L 180, 29 June 2013, pp. 96-116.

²⁶ Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 *on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast)*, OJ L 337, 20 December 2011, pp. 9-26.

²⁷ Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (CETS No. 210).

²⁸ Art. 31 para. 1 of the Istanbul Convention.

²⁹ Law on the Council of Europe Convention of 11 May 2011 on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence of 17 July 2017, BGBl. 2017 II, p. 1026.

on gender-based violence to support the implementation of the Istanbul Convention does not exist yet in Germany³⁰.

Regarding the Convention, Germany upholds a territorial residence restriction in connection with Article 59(2) and (3) of the Istanbul Convention that safeguards women with dependent residency suffering from domestic abuse. The Memorandum of the Federal Government regarding the Istanbul Convention lists laws and policies to justify this reservation, among others that the German legal system already guarantees a high level of protection against the various manifestations of domestic violence and violence against women in the areas of criminal law, criminal procedure law and civil law³¹. The concerned article states that necessary legislative or other measures shall be ensured so that victims may obtain the suspension of expulsion proceedings initiated in relation to a residence status dependent on that of the spouse or partner as recognised by internal law to enable them to apply for an autonomous residence permit. Also, it says that a renewable residence permit shall be issued to victims where the competent authority considers that their stay is necessary owing to their personal situation and/or where the competent authority considers that their stay is necessary for the purpose of their co-operation with the competent authorities in investigation or criminal proceedings. Additionally, we can find in Article 31 of the Residence Act³² about the independent right of residence for spouses regarding domestic violence. It states that if marital cohabitation ends, the spouse's temporary resi-

³⁰ DEUTSCHES INSTITUT FÜR MENSCHENRECHTE, *Expertise. Gesamtkonzept für zwei Berichterstattungsstellen zu geschlechtsspezifischer Gewalt und Menschenhandel*, Berlin, 2022, p. 8. https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/Weitere_Publikationen/Gesamtkonzept_BST_gG_und_MH_final.pdf.

³¹ DEUTSCHER BUNDESTAG, Entwurf eines Gesetzes zu dem Übereinkommen des Europarats vom 11. Mai 2011 zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und Häusliche Gewalt (Denkschrift), *Bundestagsdrucksache* (BT-Drs.) 18/12037 (2017), 18/ 12037 vom 24. April 2017, p. 51. <https://dserver.bundestag.de/btd/18/120/1812037.pdf>.

³² Act on the Residence, Economic Activity and Integration of Foreigners in the Federal Territory, Residence Act, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_aufenthg/.

dence permit is extended by one year as an independent right of residence unrelated to the purpose of the subsequent immigration of dependants if marital cohabitation has lawfully existed in the federal territory for at least three years and the foreigner possessed a temporary residence permit, permanent settlement permit or EU long-term residence permit up to that time, unless the foreigner was unable to apply for an extension in time for reasons beyond his or her control. However, the requirements for three-year-long lawfully existed marital cohabitation shall be waived if necessary to enable the spouse to continue his or her residence in order to avoid particular hardship. Particular hardship means especially if the marriage is not valid or has been suspended under German law if continuing marital cohabitation is unreasonable due to the harm to the foreigner's legitimate interests; in particular, this is to be assumed if the spouse is the victim of domestic violence.

3. Violence against migrant women upon arrival

The right to humane accommodation and protection from violence derives from the German Constitution, national laws and international treaties: in Germany, the responsibility for accommodating refugees lies with the Länder and the municipalities. Since 2019, the Asylum Act requires the Länder to ensure the protection of women and vulnerable groups with offering accommodation. Section 44 (2a) Asylum Act states that federal states should take suitable measures to ensure the protection of women and vulnerable persons when accommodating asylum seekers in accordance with paragraph 1. As seen in section 53 (3) this applies to accommodation in communal centres. In Germany, we can find so-called AnKER facilities which are arrival, decision-making and return facilities. Besides these, there are other accommodation facilities, like initial reception centres with different requirements in the federal states, municipalities, districts and cities.

After the 2015's crises, in 2016, the Federal Ministry for Family Affairs, Senior Citizens, Women and Youth launched a Joint Initiative to improve the protection, care and support among other women living in refugee accommodation and to contribute to their well-being and integration. Besides that the Ministry published in 2022 the fourth

edition of the Minimum Standards for the Protection of Refugees in Refugee Accommodation Centres³³. This document contains guidelines for the development, implementation and monitoring of individual protection plans. The Federal Ministry also funds several projects to support the Länder and refugee accommodations in the implementation of measures to protect against violence³⁴.

Many female refugees are chronically exposed to sexual violence, either by other refugees or by facility staff³⁵, and many community refugee hostels are not safe for refugee women. There is no legal requirement to separate men and women in facilities that are also overcrowded making very hard or impossible to separate. This can lead to a more vulnerable position to sexual violence. When sexual violence occurs, many women do not file a report for fear of harming their chances of being granted asylum. In addition, “sexual violence offenders are sent back to reception or accommodation centres after serving time in prison”, further endangering the safety of female residents³⁶.

4. *The asylum procedure in the light of gender-based violence*

Women are informed on their arrival at the accommodation center about the possibility of gender-specific asylum in accordance with sec-

³³ FEDERAL MINISTRY FOR FAMILY AFFAIRS, SENIOR CITIZENS, WOMEN AND YOUTH, *Minimum Standards for the Protection of Refugees in Refugee Accommodation Centres*, Köln, 2021. <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/184702/8c9c4cf873963d1ffcb51d1370222d1a/mindeststandards-fuer-gefluechteten-menschen-englisch-data.pdf>.

³⁴ *Comments submitted by Germany on GREVIO's final report on the implementation of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence* (Baseline Report) Received by GREVIO on 30 September 2022 GREVIO/Inf(2022)22 Published on 7 October 2022, p. 35.

³⁵ A. BONEWIT, R. SHREEVES, *Reception of female refugees and asylum seekers in the EU. Case study Germany*. Brussels, 2016, p. 27.

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/536497/IPOL_STU\(2016\)536497_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/536497/IPOL_STU(2016)536497_EN.pdf).

³⁶A. ESPOSITO, *Integrating Refugee Women into Germany*, in *Harvard International Review*, 24 January 2022, <https://hir.harvard.edu/integrating-refugee-women-into-germany/>.

tion 3a (2) no. 6 Asylum Act (AsylG), should they have experienced gender-specific violence in their country of origin or while they were fleeing, or should they be threatened by gender-specific violence.

The Federal Office for Migration and Refugees has internal guidelines in the context of gender specific persecution and revised and updated its concept for identifying vulnerable persons in the asylum procedure. There are specially trained case officers for particularly vulnerable groups of individuals as unaccompanied minors, victims of torture, victims of trauma and persons persecuted because of their gender, as well as victims of trafficking in human beings³⁷. These specialised officers will take over the interviewing and decision-making process for asylum status from non-specialised officers³⁸.

According to the EU legislation, gender is an aspect which needs to be taken into account when assessing an applicant's individual position, acts of a gender specific nature are recognised as acts of persecution and gender is recognised to be a ground for membership of a particular social group and gender-based violence shall be taken into account as grounds for persecution as required for a refugee status. However, we shall point out that for example female genital mutilation is not explicitly mentioned in asylum procedures in Germany, and as a result, the affected women often do not know that they have the right to claim protection and that they can claim it as a reason for asylum³⁹.

Regarding gender-based violence cases, we can see that when granting refugee status, the applicant's age is taken into consideration when at risk of female genital mutilation. We can follow this in case 2 K 562/07. It concerned an applicant, born in 2005 in Germany, a Nigerian citizen. Her mother, also a Nigerian citizen and member of the Edo ethnic group, came to Germany in 2004. The applicant's mother was the holder of a residence permit because of another child, born in

³⁷ FEDERAL OFFICE FOR MIGRATION AND REFUGEES, *The stages of the German asylum procedure. An overview of the individual procedural steps and the legal basis*, 2023, cit., p. 39.

https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/EN/AsylFluechtlingsschutz/Asylverfahren/das-deutsche-asylverfahren.pdf?__blob=publicationFile&v=18.

³⁸ A. BONEWIT, R. SHREEVES, *Reception of female refugees and asylum seekers in the EU*, cit., p. 23.

³⁹ TERRE DES FEMMES, *Weibliche Genitalverstümmelung*, cit.

2008 and having German citizenship. The applicant's father, also a Nigerian citizen, entered Germany in 1990 and applied for asylum. Because he was married to a German woman, he received a residence permit in 1993. They were divorced in 1998, and he had "tolerated status". After an application for a residence permit was rejected, the applicant applied for refugee status. Her mother, in her name, argued that the applicant, in case of return to Nigeria, would be at risk of being circumcised by force. The Administrative Court Aachen found that it was unlikely that the applicant was at risk, because at her age (five years) she was older than the age when the ethnic group used to circumcise children and the fact that both her parents opposed the practice⁴⁰.

The Court took into consideration the place of women in a society, too. This was in a case when it stated that the applicant belonged to the particular social group of "unmarried women from families whose traditional self-image demands a forced marriage" and her rights would be violated by forced marriage, including the use of physical and psychological violence, it constitutes severe violations of basic human rights, thus according to the court the applicant was eligible for refugee status. In this case the applicant, born in 1991, was an Afghan citizen and belonged to the Hazara ethnic group. She came to Germany in January 2011 and applied for refugee status. She went to school in Iran for six years, but had no vocational education and no work experience. She stated that her father had forced her to marry the friend of a paternal uncle in Iran. After the wedding ceremony she ran away to her aunt, who organised her departure to Germany⁴¹.

⁴⁰ Administrative Court Aachen, 10 May 2010, 2 K 562/07.A
<https://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law/germany-administrative-court-aachen-10-may-2010-2-k-56207a#content>.

⁴¹ Administrative Court Augsburg, 16 June 2011, Au 6 K 30092.
<https://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law/germany-administrative-court-augsburg-16-june-2011-au-6-k-30092#content>.

5. Violence against migrant women living in the country

5.1. Forced marriage

The Universal Declaration of Human Rights states that a marriage may only be contracted when the future spouses freely and unreservedly consent to it⁴². In the case of forced marriage, a marriage takes place against the will of one or both spouses. We shall point out that it is not a forced marriage but an arranged one when the family arranges the marriage but the spouses agree. Also, minors are not allowed to marry in a religious or traditional ceremony, even if supposedly voluntary. Child marriage occurs if one spouse has not yet reached the age of marriage. In 2022, there were 67 cases of forced marriage recorded by the police in Germany⁴³.

The origin of the threat or execution of forced marriages is linked to specific, hardly generalisable mixtures of different factors, tends to indicate a decoupling of objectively describable socio-economic situations and complexes of motives that are to be found in the case of (threatened) forced marriage⁴⁴.

According to the German Criminal Code (StGB)⁴⁵, forced marriage in Germany is prohibited. Section 237 (1) states that whoever unlawfully, by force or threat of serious harm causes a person to enter into a marriage incurs a penalty of imprisonment for a term of between six months and five years. The act is unlawful if the use of force or the threat of harm is deemed reprehensible in respect of the desired objective. In addition, if somebody by force or threat of serious harm or through deception takes that person or causes a person to travel to a

⁴² Article 16, Universal Declaration of Human Rights.

⁴³ See, *Anzahl der polizeilich erfassten Fälle von Zwangsheirat in Deutschland von 2013 bis 2022*, März 2023, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/309403/umfrage/polizeilich-erfasste-faelle-von-zwangsheirat-in-deutschland/>.

⁴⁴ T. MIRBACH, T. SCHAACK, K. TRIEBL, *Zwangsverheiratung in Deutschland—Anzahl und Analyse von Beratungsfällen*, Kurzfassung, Wissenschaftliche Untersuchung im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Hamburg, 2011, p. 44.

⁴⁵ German Criminal Code (Strafgesetzbuch – StGB) see https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/.

territory outside the territorial scope of this statute or prevents that person from returning from there incurs the same penalty⁴⁶. According to Section 237 (2) of the StGB, those persons who cause forced marriages to take place abroad by force, threat or trickery are to be punished. Parents can also initiate a forced marriage in order to secure entry into another country or residence status for the child and the family. However, according to the Civil Code, a forced marriage can be annulled⁴⁷ with an application period of one year or three years, respectively⁴⁸. Criminal offences like rape, smuggling, abduction, trafficking in human beings can be prosecuted in connection with a forced marriage. We shall point out that according to section 37(2a) of the Residence Act a trafficked person who is forcibly married abroad and prevented from returning to Germany can be granted a right of return, if it can be presumed that the person will integrate in Germany due to his or her education and previous living conditions.

Here, we should mention early marriages, too. The Act to Combat Child Marriage came into force in 2017 with the minimum age for marriage at 18 without any exceptions. There is a possibility to annual

⁴⁶ Section 237 (1) StGB.

⁴⁷ Section 1314 StGB. (2) In addition, a marriage may be annulled if 1. a spouse was in a state of unconsciousness or temporary mental disturbance at the time the marriage was concluded; 2. a spouse did not know, at the time the marriage was concluded, that a marriage was taking a spouse was induced to enter into the marriage by deceit as to circumstances that, had they been aware of the factual position and correctly appreciated the nature of marriage, would have prevented that spouse from entering into the marriage; this does not apply where the deceit relates to financial circumstances or was committed by a third party without the knowledge of the other spouse; 4. a spouse was unlawfully induced to enter into the marriage by duress; 5. both spouses were in agreement at the time the marriage was concluded that they did not intend to create a duty under section 1353 (1).

⁴⁸ Section 1317 StGB.

(1) In the cases governed by section 1314 (2) nos. 2 and 3, the petition may be filed only within one year, and in the cases governed by section 1314 (2) no. 4, it may be filed only within three years. The period for filing begins on the discovery of the mistake or the deceit or upon the duress having ended; however, the period for the legal representative of a spouse who is incapable of contracting does not begin before the date on which they become aware of the circumstances that cause the period to commence. Section 206 and section 210 (1) sentence 1 are to be applied accordingly to the running of the period.

the marriage if a spouse was 16 years old at the time of marriage. In this regard, the Federal Constitutional Court ruled on the question of whether parts of the above-mentioned Act are compatible with the Basic Law. According to its judgement, marriages of under 16 years old persons and contracted abroad can still be declared null and void in the future without a case-by-case examination, however, this requires more precise follow-up regulations, which have been lacking in the law so far⁴⁹. The grounds of this judgement lay in family court proceedings that concerned a marriage between Syrian nationals, a man born in January 1994 and a woman born in January 2001. The marriage took place in 2015 before a Sharia court in Syria in accordance with the law of that country. Due to the Syrian war, they fled together to Germany, where they arrived in August 2015. The local youth welfare office took care of the young woman and placed her in a youth welfare facility for unaccompanied female minors. In addition, it suggested the appointment of a guardian for her. The family court determined that parental care for the young woman was suspended, ordered guardianship and appointed the youth welfare office as official guardian. The husband then turned to the family court and applied for a review of the custody and, referring to the marriage being valid under Syrian law, for his wife to be returned to him. The Federal Court of Justice, which had final jurisdiction in the original proceedings, referred the question to the Federal Constitutional Court as to whether it is compatible with Section 1, Article 2(1), Article 3(1) and Article 6(1) of the German Basic Law that Section 13 (3)1 of the Introductory Act to the German Civil Code⁵⁰ qualifies a marriage concluded with the participation of a minor under foreign law as a non-marriage under German law – subject to the exceptions in the transitional provision of Article 229 (4)4 of the Introductory Act to the German Civil Code –

⁴⁹ Beschluss vom 01. Februar 2023 1 BvL 7/18, Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen mangels Regelungen zu den Folgen und zu Fortführungsmöglichkeiten nach inländischem Recht unwirksamer Auslandskinderehen mit dem Grundgesetz unvereinbar, Pressemitteilung Nr. 36/2023 vom 29. März 2023, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/bvg23-036.html>.

⁵⁰ Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch. See <https://www.gesetze-im-internet.de/hgbeg/index.html>.

without a case-by-case examination if the minor had not yet reached the age of 16 at the time of the marriage. It considered the domestic invalidity of the foreign marriages concerned, as stipulated in Article 13, paragraph 3, no. 1 of the Introductory Act to the German Civil Code, to be incompatible above all with Article 6, paragraph 1 of the Basic Law.

5.2. *Female genital mutilation*

Female genital mutilation (FGM) is a gender-specific human rights violation, and a transcultural problem⁵¹. Proponents judge female genital mutilation within their culture and see enough perceived benefits to continue the practice with motivations as tradition, religion, medical myths and economic reasons⁵². Female genital mutilation affects approximately 200 million women and girls worldwide⁵³. The number of women affected by in Germany (without German citizenship) was at least 47,359, and most of these affected women came from Eritrea, Indonesia, Somalia, Egypt and Ethiopia in 2016⁵⁴, a year after the start of the migration wave. The number of women and girls in Germany who have undergone female genital mutilation has increased to 68,000 in 2020, up to 44% from the estimated number in 2017, and attributed to greater immigration from countries where female genital mutilation

⁵¹ DAMIGRA-DACHVERBAND FÜR MIGRANTINNENORGANISATIONEN, *Gewalt gegen ALLE Frauen stoppen!*

<https://www.damigra.de/themen/gewaltschutz/>.

⁵² TERRE DES FEMMES, *Weibliche Genitalverstümmelung*, cit.

⁵³ DAMIGRA-DACHVERBAND FÜR MIGRANTINNENORGANISATIONEN, *FGM-C: Warum ein Eintrag ins Strafgesetzbuch Frauen und Mädchen noch nicht schützen wird*
<https://www.damigra.de/meldungen/fgm-c-warum-ein-eintrag-im-strgesetzbuch-allein-frauen-und-maedchen-nicht-schuetzen-wird/>.

⁵⁴ J, NESTLINGER, P. FISCHER, S. JAHN, I. IHRING, F. CZELINSKI, *Eine empirische Studie zu weiblicher Genitalverstümmelung in Deutschland Daten-Zusammenhänge-Perspektiven*, Freiburg, 2017, p. 22.

<https://www.netzwerk-integra.de/wp-content/uploads/2021/07/Eine-empirische-Studie-zu-Genitalverstuemmung-in-Deutschland.pdf>.

is more common⁵⁵. Current figures⁵⁶ show that 70,000 women in Germany are affected by female genital mutilation with the number continued to rise in times of the Corona pandemic.

As for the legal background, Articles 38 and 42 of the Istanbul Convention describe the obligation to prevent and condemn FGM and to protect those threatened and affected. In Germany, female genital mutilation has been a criminal offence according to Section 226a of the StGB since 2013. Section 226a of the StGB states that person who mutilates the external genitalia of a female person incurs a penalty of imprisonment for a term of at least one year, with in less serious cases, the penalty is imprisonment for a term of between six months and five years. Moreover, the principle of extra-territoriality applies to the Code. Thus, according to section 5, offences against physical integrity committed abroad with specific domestic connection in cases under section 226a are to be penalised if the offender is a German national at the time of the offence or if the offence is directed against a person whose domicile or habitual residence is in Germany.

Furthermore, section 7 declares that in other offences committed abroad against a German national are to be penalised, if the act is a criminal offence at the place of its commission or if that place is not subject to any criminal law jurisdiction and if the act is a criminal offence at the place of its commission or if that place is not subject to any criminal law jurisdiction. Here, the offender shall be a German national at the time of the offence or became a German national after its

⁵⁵ DEUTSCHE WELLE, *Female genital mutilation: 68,000 victims in Germany*, June 25, 2020.

<https://www.dw.com/en/female-genital-mutilation-report-shows-68000-victims-in-germany/a-53937735>.

⁵⁶ The Federal Statistical Office as well as the surveys of UNICEF work with the categorization by citizenship – although female genital mutilation is practiced on the basis of ethnical identity – the calculated numbers can differ from reality especially in countries with a low prevalence rate. See, TERRE DES FEMMES, *Statistics Female Genital Mutilation*, cit.

commission or else was a foreign national at the time of the offence, was found to be staying in Germany⁵⁷.

We shall point out that according to section 171, violation of duties of care or education is punishable, too. This means parents can be prosecuted, when they did not prevent a mutilation committed abroad. Not only assisting another person in Germany or abroad in performing female genital mutilation, but persuading others to perform female genital mutilation is a criminal offence. In addition, persons performing female genital mutilation, persuading others to help them or failing to protect their daughters may additionally lose their residence title and they may be refused entry to Germany.

6. Conclusion

Women can experience sexual violence in their home countries, during the journey to a new country, and in the new country. The paper analyses their life-situations, three final stages of the migration process into a new country where women migrant can meet gender-based violence: the arrival to accommodations, the asylum procedure and living in the new country. Migrant women are more isolated in their accommodations than men. They hardly know about their rights or support system. Authorities are in central position regarding the protection against gender-based violence and even though women can base their asylum claims on gendered-base violence, often they feel shame to use this possibility. In order ensure that the concerned women have access to and can use protection measures, gender-specific violence shall be discussed in connection with standards, complaints and assistance. As for prevention, when living in a new country, information about the host country's legal provisions regarding gender-based violence, in our case forced marriage and female genital mutilation can help to prevent committing these offences.

⁵⁷ And although extradition legislation would permit extradition for such an offence, is not extradited because no request for extradition is made within a reasonable period, is rejected or the extradition is not feasible.

Abstract

Migration motives for migrants can be among other work or family reunification. But not for everybody is migration voluntary for reasons as fleeing war or persecution. Germany became one of the main destination countries during the migration crises of 2015. The aim of the paper is to analyse the gender based challenges met by a vulnerable migrant woman group, refugees and asylum seekers in Germany. The paper analyses three stages: the arrival, the asylum procedure and living in the host country. The analyse is made through two types of violence: forced marriage and female genital mutilation thus it enables us to gain a picture about the hindrance of protections for this vulnerable women group.

KEYWORDS: Women migrants – gender-based violence – Germany – female genital mutilation – forced marriage

DONNE MIGRANTI IN GERMANIA: SFIDE E PROTEZIONE

I motivi che spingono i migranti a migrare possono essere, tra gli altri, il lavoro o il ricongiungimento familiare. Ma non per tutti la migrazione è una scelta volontaria essendo causata da ragioni come la fuga da guerre o persecuzioni. La Germania è diventata uno dei principali Paesi di destinazione durante la crisi migratoria del 2015. L'obiettivo del presente contributo è analizzare le sfide di genere affrontate da donne migranti vulnerabili, rifugiate e richiedenti asilo in Germania. Il documento analizza tre fasi: l'arrivo, la procedura di asilo e la vita nel Paese ospitante. L'analisi è condotta attraverso il riferimento a due tipi di violenza: il matrimonio forzato e le mutilazioni genitali femminili e ci permette di avere un quadro dei motivi che ostacolano la tutela di questo gruppo di donne vulnerabili.

KEYWORDS: Donne migranti – violenza di genere – Germania – mutilazioni genitali femminili – matrimoni forzati

VICARIOUS EMOTIONAL TRAUMA: GENDER DIMENSIONS OF WORKING WITH REFUGEES

*Maryellen Fullerton**

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. Emotional Trauma is Central to the Legal Definition of Refugee. – 3. Performing Fear in the Legal Process for Determining Refugee Status. – 4. Impact of Fear and Trauma on Refugees. – 5. Impact of Vicarious Trauma in the Asylum Process. – 5.1. Definitions of Vicarious Trauma and Related Conditions. – 5.2. Professions at Risk of Vicarious Trauma. – 5.2.1. Helping Professions. – 5.2.2. Legal Profession. – 5.2.3. Human Rights Workers. – 5.3. Refugee Advocates. – 5.4. Immigration Judges. – 6. Investigating Gender Dimensions of Vicarious Trauma in Asylum Lawyers in North America and Europe.

1. Introduction

Emotional trauma is central to refugee law. The legal definition requires individuals to show fear. The legal process demands persuasive evidence of powerlessness. Individuals seeking legal protection as refugees must perform their fear publicly. Their advocates must repetitively focus on the applicants' sense of fear, shame, humiliation, loss, and grief. Government asylum officers and immigration judges who decide whether or not refugee claims are successful also frequently confront the impact of fear on asylum seekers. They do so in under-resourced settings in which the adjudications are difficult and agonizing. Peter Showler, the chair of the Immigration and Refugee Board of Canada, described decisions upon refugee claims as the "single most complex adjudication function in contemporary western societies"¹. The complexity results from the need for the decision-maker to have a

* Professor of Law, Brooklyn Law School, Brooklyn, NY, USA. Indirizzo e-mail: maryellen.fullerton@brooklaw.edu

¹ C. ROUSSEAU, F. CREPEAU, P. FOXEN, F. HOULE, *The Complexity of Determining Refugeehood: Multidisciplinary Analysis of the Decision-making Process of the Canadian Immigration and Refugee Board*, in *Journal of Refugee Studies*, 2002, n. 15, p. 43.

sufficient knowledge of the cultural, social and political environment of the country of origin, a capacity to bear the psychological weights of hearings where victims recount horror stories, and of consequent decisions which may prove fatal, and an ability to deal with legal issues such as the subtle international definition of the refugee or the procedures of quasi-judicial hearings involving various pieces of evidence².

The impact of these life and death decisions weighs heavily on judges, advocates, and refugees themselves.

Over the past two decades there has been growing recognition of the emotional trauma inherent in seeking refugee status and in the emotional impact the refugee process frequently has on advocates, support staff, and adjudicators. During these years the American Psychiatric Association (APA) updated the Diagnostic and Statistical Manual for Mental Disorders to recognize vicarious trauma as one type of trauma and stressor disorder³. In 2013 the APA concluded that “exposure to aversive details of an event in the course of one’s professional duties can lead to a diagnosis of post-traumatic stress disorder (PTSD) for certain groups of workers”⁴. In light of the new diagnostic category, anecdotal reports of lawyers involved in the refugee process, have spurred inquiry into the psychological challenges raised by refugee law. How can refugee law advocates maintain effectiveness in their professional lives and remain healthy in their personal lives? What impact does vicarious trauma have on the ability of lawyers to satisfy their ethical obligations to present competent legal cases and diligently represent their clients? What, if any, types of interventions can ameliorate vicarious trauma in refugee advocates?

Initial research in the United States, Canada, and the United Kingdom highlight significant gender dimensions in emotional trauma experienced by attorneys, advocates, and judges working with asylum seekers. Several studies report that a large majority of the attorneys and caseworkers identify as female, and they experience high levels of

² *Id.*, pp. 43-44.

³ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (APA), *Diagnostic and Statistical Manual for Mental Disorder*, V ed. 2013, p. 271.

⁴ M. LECLERC, J. WEMMERS, A. BRUNET, *The Unseen Cost of Justice: Post Traumatic Stress Symptoms in Canadian Lawyers*, in *Psychology, Crime & Law*, 2020, n. 26, p. 1.

work-related stress and burnout. A study of immigration judges also reveals that female judges report substantially higher levels of vicarious trauma than male judges. This paper aims to provide a foundation for future research on the impact of gender and vicarious trauma on refugee decision making in North America and Europe. Although the types of asylum hearings may differ in the European Union, compared to those in the UK, Canada, and the United States, preliminary investigation shows that many similar factors are present. EU Member States are home to groups of advocates dedicated to assisting asylum seekers. In asylum hearings throughout the EU, the credibility of the asylum applicant is generally considered a critical element. This, in turn, pressures refugee lawyers to work to prepare their clients to present detailed and consistent statements. As this paper will report, prior studies indicate that lawyers who work with abused and traumatized clients often display evidence of vicarious trauma. There is reason to investigate whether this holds true for refugee lawyers working in Europe.

This paper begins by outlining the basic elements of refugee law, in which a well-founded fear of persecution is the centerpiece. It then addresses the persistent attention on fear and injury that dominates the process of determining who qualifies as a refugee. Next it outlines vicarious trauma and related concepts and reports on their pervasive presence in stakeholders in the refugee law process. It then reviews initial research efforts undertaken in the United States, Canada, and the United Kingdom, including recommendations flowing from the research. Its conclusion sets forth suggestions for further empirical research on gender dimensions and vicarious trauma among refugee advocates.

2. Emotional Trauma is Central to the Legal Definition of Refugee

The 1951 Convention on the Status of Refugees, ratified by 146 countries, is the centerpiece of refugee law⁵. Created in the aftermath

⁵ Convention relating to the Status of Refugees (189 U.N.T.S. 150, entered into force April 22, 1954).

of World War II, it provides an array of rights to refugees settled in countries that adhere to the Convention⁶. It further provides that countries that are parties to the Convention cannot send away refugees arriving at their borders if these refugees would be returned to countries where their lives or freedom would be threatened⁷. Consequently, those who arrive at a country's borders and satisfy the refugee definition cannot be turned away and must be granted refuge, generally known as asylum⁸. Once their claim to refugee status has been formally adjudicated, they are entitled to a panoply of rights, including the right to reside, work, receive education and social services, express their opinions, and many more. The Convention defines a refugee as "any person who owing to a well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or owing to such fear unwilling to avail himself of the protection of that country"⁹.

The central element is fear. The refugee must show that her fear is well-founded. She must show that she fears being subjected to persecution, a concept that refers to severe illegitimate harm, such as threats to life or freedom and other serious human rights abuses¹⁰. She must

⁶ *Id.*, e.g., Articles 12-16 set forth the juridical status of refugees; Articles 17-19 address rights to employment; Articles 20-24 outline rights to social assistance and labor protection.

⁷ *Id.*, Article 33.

⁸ Article 31 of the 1951 Refugee Convention forbids governments from returning refugees to lands where their lives or freedom would be threatened, but the Convention does not require receiving states to grant asylum to refugees. Most states, as a matter of national legislation, grant asylum to those determined to have qualified as refugees. In the European Union the Qualification Directive (Directive 2011/95/EU of 13 December 2011), binds all 27 Member States and specifies that those who satisfy the Qualification Directive's refugee definition are entitled to renewable three-year residence permits (Art. 13, 24).

⁹ Article 1(A)(2) of the 1951 Refugee Convention. Individuals who are stateless must show that they are outside their country of habitual residence and fear of returning to their country of habitual residence.

¹⁰ UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol on the Status of Refugees*, 2019, para. 51.

show that she possesses this fear because her country is unwilling to protect its own citizens.

Furthermore, in order to show that her fear is well-founded the jurisprudence generally requires the refugee to accentuate her powerlessness. She must show that either government officials or private individuals are likely to harm her. If her persecutor is a private person or group, she must show that she filed complaints with the authorities who declined to help her. Alternatively, she can demonstrate that it would have been futile to seek assistance from law enforcement. Whether her fear is of government or private actors, she must prove that she could not avert harm even by relocating to another part of her country. The emotions of fear and powerlessness are embedded and reinforced in refugee law.

3. Performing Fear in the Legal Process for Determining Refugee Status

The asylum process is the main avenue for seeking refugee status in most European countries. This is also true in the United States, Canada, and the United Kingdom, where there have been recent studies of vicarious trauma in asylum attorneys. The European and North American systems all use the international law refugee definition. They place primary focus on fear of persecution, and set great emphasis on the credibility of the applicant seeking refuge. They employ administrative tribunals, with the possibility of judicial review. In these settings, asylum attorneys need to prepare thorough applications, identify and acquire multiple types of evidence of fear and injury, and rehearse witness testimony of trauma.

Obtaining reliable sources of evidence poses major challenges in asylum cases. Individuals who flee due to fear of persecution often lack papers documenting the threats of harm that they fear. They may have left in a hurry without time to gather documents. They may have left evidence behind as they departed in a clandestine manner, dissembling to disguise their flight. They may have faced verbal and undocumented threats. The fear that motivated departure may have presented itself indirectly via abuse directed at others similarly situated; these asylum seekers may not possess concrete evidence targeting them individually.

Even though documentary and physical evidence from countries of origin may be sparse and hard to obtain and preserve, refugee law re-

quires proof of a well-founded fear of persecution. Due to the absence of other forms of evidence, the testimony of the asylum seeker herself is often the linchpin of the case. This, in turn, makes the credibility of the applicant crucial. As a result, asylum seekers must “perform fear”: they must convince adjudicators that their experiences justify their fear of returning to their homeland.

The centrality of credibility, compounded by the complicating effects that trauma and cross-cultural miscommunications have on witness testimony, means that the process of preparing asylum applications is often grueling. Asylum officers and judges often expect credible testimony to be detailed, consistent, and plausible.¹¹ Accordingly, refugee lawyers frequently interview their clients multiple times in order to learn all relevant information concerning their fear of persecution. Advocates must also prepare detailed witness statements describing fear and harm and torture and attach these to the asylum application. They must arrange medical and psychological examinations and reports documenting the physical and emotional scars of assault and torture. Prior to asylum hearings, lawyers and clients must practice the testimony; the advocates must prepare their clients to speak in great detail and with consistency about the harms they fear and have experienced. Lindsay Harris, a leading asylum attorney in the United States, describes the pain that effective advocacy frequently inflicts: “[T]he asylum process requires reliving the worst days of [the asylum seekers’] lives, over and over again. ... The asylum adjudication process forces a survivor of torture and/or trauma to go to the places in her mind that she is most reluctant to go and draw out the harrowing details of what she has endured. Not only that, but asylum adjudicators must assess an asylum seeker’s credibility – whether or not she is telling the truth. Asylum seekers are subject to extreme scrutiny and any discrepancies or inconsistencies between what an asylum seeker said in one document or one interview versus another, even minor, could raise serious challenges to asylum eligibility”¹².

¹¹ E.g., S. MALETT, *Asylum Officer, Affirmative Asylum Claims from China Based on Coercive Family Planning*, 06-06, *Immigration Briefings*, June 2006.

¹² L.M. HARRIS, H. MELLINGER, *Asylum Attorney Burnout and Secondary Trauma*, in *Wake Forest Law Review*, 2021, n. 56, pp. 733-751.

Persecution often aims to humiliate and immobilize perceived opponents, and the experience of re-telling the details of persecution reawakens feelings of shame and humiliation, as well as fear. Grief at being forced to flee from home is often exacerbated by feelings of uncertainty and inadequacy that accompany relocation to another country with different customs and a new language. Asylum seekers who are detained, which occurs frequently in the United States, particularly at and near the border with Mexico, suffer the additional grave harms of confinement, loss of liberty, and the humiliation of being treated as a criminal¹³. The asylum process is suffused with emotion – mostly negative emotions – and can be extremely debilitating. The consequences of rejected claims – potential persecution, torture, or even death – are severe.

4. *Impact of Fear and Trauma on Refugees*

The need for asylum seekers to present detailed, consistent, and plausible testimony erects significant challenges for succeeding with their asylum applications. Effective credible testimony, of course, is not a special requirement of the asylum process; it is important in most adjudication. It may, however, be more difficult to achieve in the asylum process because asylum cases always involve individuals from different cultures, with different cultural cues and expectations, different modes of relating to government officials, and different experiences with legal processes. Furthermore, asylum adjudicators frequently

¹³ Immigration detention is said to be “civil”, not “criminal”, because the detained individuals have not been convicted of crimes. Nonetheless, they, like criminals have their liberty severely constrained. Indeed, they are frequently housed in portions of jail that also house those convicted of crimes. Moreover, many detainees come from cultures where only criminals are incarcerated, and they feel the stigma of treatment targeted at criminal offenders: “My wife and parents, you know, in Africa, they understand this a different way. I have never been in prison before, I have never committed any kind of crime - they don’t understand what I have done to deserve this. ... [A]sking for asylum is something so simple. I don’t think people should be penalized for it to that extent”. A. ELEANOR, P. ARCHANA (ed.), *In Liberty’s Shadow: U.S. Detention of Asylum Seekers in the Era of Homeland Security*, New York, 2004, p. 36.

speak a different language from the asylum applicant, necessitating laborious communication via an interpreter.

In addition to all these hurdles, individuals who fear persecution frequently have been traumatized by past experiences. It is well documented that trauma can affect memory, recall, and affect, which, in turn, are integral to assessments of credibility¹⁴. These are widespread problems among refugees. Studies have found that asylum seekers are ten times as likely to suffer post-traumatic stress disorder (PTSD) as the general population¹⁵. and that tens of thousands of asylum seekers in western countries are likely to suffer from PTSD¹⁶. In a vicious circle, the emotional trauma inflicted by persecution and threats of persecution continue to debilitate victims of persecution in their applications for asylum. The need for repeated interviews and preparations for witness statements and rehearsals of testimony, in turn, prolongs and exacerbates the trauma.

Academic literature has identified the testimonial problems induced by emotional and physical trauma in refugees. It has suggested strategies for educating immigration judges and asylum officers about the trauma-induced challenges. More recently, the literature has begun examining the impact of trauma suffered by the asylum seeker on her attorney and other stakeholders in the asylum process.

5. Impact of Vicarious Trauma in the Asylum Process

In recent years there has been a dawning realization that refugee advocates, asylum officers, immigration judges, and others who play a role in the asylum process are also exposed to trauma, albeit indirectly

¹⁴ E.g., W. KÄLIN, *Troubled Communications: Cross-Cultural Misunderstandings in the Asylum Hearing*, in *The International Migration Review*, 1986, n. 20, p. 230.

¹⁵ N. CRUMLISH, K. O'ROURKE, *A Systematic Review of Treatments for Post-Traumatic Stress Disorder Among Refugees and Asylum Seekers*, in *Journal of Nervous and Mental Disease*, 2010, n. 198, p. 237.

¹⁶ M. FAZEL, J. WHEELER, J. DANESH, *Prevalence of Serious Mental Disorder in 7,000 Refugees Resettled in Western Countries: A Systematic Review*, in *Lancet*, 2005, n. 365 (9467), pp. 1309-1314.

as a result of working with refugees and hearing their experiences¹⁷. During this period the American Psychiatric Association (APA) formally acknowledged vicarious trauma as one type of trauma and stressor disorder¹⁸. As a result, the APA recognized that vicarious trauma occurring as a result of one's professional work can lead to a diagnosis of post-traumatic stress disorder (PTSD) for groups of workers¹⁹. This, in turn, has led to studies of lawyers and others whose work brings them into close and repetitive contact with the trauma their clients have experienced. These initial research projects have laid the foundation for investigating vicarious trauma in asylum attorneys and others who assist refugees.

5.1. *Definitions of Vicarious Trauma and Related Conditions*

Vicarious trauma, secondary traumatic stress, and burnout are concepts with overlapping symptoms. They are frequently used to describe similar psychological states. The psychological literature explains that trauma is known to disrupt multiple cognitive states, especially beliefs that the world is benign and meaningful, that people are trustworthy, and that the self is worthy²⁰. It is not unusual for trauma to trigger Post Traumatic Stress Disorder (PTSD)²¹.

Vicarious trauma has been defined as a "transformation of one's inner experience resulting from empathic engagement with clients'

¹⁷ A Canadian team including lawyers, anthropologist, and psychiatrist published an early study on the impact of vicarious trauma in the asylum process in 2002 with a focus on distorting mechanisms that occurred in government refugee officers and adjudicators. R. CREPEAU, F. HOULE, *The Complexity of Determining Refugeehood: Multidisciplinary Analysis of the Decision-making Process of the Canadian Immigration and Refugee Board*, in *Journal of Refugee Studies*, 2002, n. 15, p. 43.

¹⁸ APA, *Diagnostic and Statistical Manual for Mental Disorder*, *op. cit.*, p. 271.

¹⁹ M. LECLERC, J. WEMMERS, A. BRUNET, *The Unseen Cost of Justice: Post Traumatic Stress Symptoms in Canadian Lawyers*, in *Psychology, Crime & Law*, 2020, n. 26, p. 1.

²⁰ I.L. MCCANN, L. A. PEARLMAN, *Vicarious Traumatization: A Framework for Understanding the Psychological Effects of Working with Victims*, in *Journal of Traumatic Stress*, 1990, n. 3, p. 131, p. 138.

²¹ *Id.*, p. 145.

traumatic material”²². “[A]s PTSD is viewed as a normal reaction to the stressful and sometimes traumatizing ... abnormal event, we view vicarious traumatization as a normal reaction to the stressful and sometimes traumatizing work with victims”²³.

There are concerns that those who experience vicarious trauma will themselves become suspicious of other human beings, may lose their idealism, may become alienated from colleagues and family, and may display cynicism. Their personal relations may be impaired and they may become less competent and less productive at work²⁴. In the context of asylum attorneys, vicarious traumatization raises the specter of advocates who may not only become ineffective, but also may undermine the chances of success of their vulnerable clients.

Secondary traumatic stress has been described as “stress resulting from helping or wanting to help a traumatized or suffering person”²⁵. Those experiencing secondary traumatic stress often display both emotional challenges and cognitive deficits²⁶. Their symptoms are similar to those of PTSD, including nightmares related to clients’ trauma, insomnia, fatigue, and avoidance of clients²⁷. These raise obvious concerns about attorneys’ effectiveness.

Burnout often results from “working in environments characterized by high stress and low rewards”²⁸. It sounds like the least medicalized term of the three, but the World Health Organization (WHO)

²² L.A. PEARLMAN, K. W. SAAKVITNE, *Trauma and the Therapist: Countertransference and Vicarious Traumatization in Psychotherapy with Incest Survivors*, New York, 1995, p. 279.

²³ I.L. MCCANN, L.A. PEARLMAN, *op. cit.*, p. 145.

²⁴ *Id.*, p. 145.

²⁵ C.R. FIGLEY (ed.), *Compassion Fatigue: Coping with Secondary Traumatic Stress Disorder in Those Who Treat the Traumatized*, New York, 1995.

²⁶ S. COLLINS, A. LONG, *Working with The Psychological Effects of Trauma: Consequences for Mental Health-Care Workers--A Literature Review*, in *Journal of Psychiatric and Mental Health Nursing*, 2003, n. 10, pp. 417-24.

²⁷ J.M. NEWELL, G.A. MACNEIL, *Professional Burnout, Vicarious Trauma, Secondary Traumatic Stress, and Compassion Fatigue: A Review of Theoretical Terms, Risk Factors, and Preventive Methods for Clinicians and Researchers*, in *Best Practices in Mental Health: An International Journal*, 2010, n. 6, pp. 57-68.

²⁸ L.A. PEARLMAN, K.W. SAAKVITNE, *op. cit.*, p. 451.

recognized it as a medical diagnosis in 2019²⁹. Its symptoms include depression, cynicism, loss of compassion, boredom, and discouragement³⁰. In contrast to vicarious trauma and secondary traumatic stress, burnout is not necessarily linked to working with traumatized clients. It can, and does, frequently occur in practices interacting with vulnerable individuals, but also occurs in other situations that lead to emotional exhaustion, cynicism, and a lesser sense of accomplishment³¹. The symptoms of burnout, similar to those of vicarious trauma and secondary traumatic stress, are counterproductive to effective lawyering.

In referring to the emotional harms that many attorneys in the refugee field may face, this paper uses the term vicarious trauma. The term highlights the specific challenges that arise in the asylum process from close and repeated interaction with traumatized clients. It captures the sense – and the origin – of the concrete emotional harms that asylum attorneys frequently experience. Nonetheless, the closely related concepts of secondary traumatic stress and burnout are also useful. All three types of emotional injury have the ability to incapacitate refugee lawyers if the injuries are not recognized and mitigated.

5.2. Professions at Risk of Vicarious Trauma

Many types of professionals work closely with traumatized individuals. A developing body of research has outlined some of the challenges that vicarious trauma can inflict in professional and personal lives.

5.2.1. Helping Professions

Numerous psychological studies have investigated the impact of

²⁹ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Burn-out an “Occupational Phenomenon”*: *International Classification of Diseases*, 28 May 2019, <https://www.who.int/news/item/28-05-2019-burn-out-an-occupational-phenomenon-international-classification-of-diseases>.

³⁰ I.L. MCCANN, L.A. PEARLMAN, *op. cit.*, p. 133.

³¹ J.M. NEWELL, G.A. MACNEIL, *op. cit.*, pp. 57-68.

witnessing and hearing reports of abuse in a variety of professional settings. An early study in 1995 identified significant secondary traumatic stress in psychological counselors working with trauma victims³². Studies of emergency responders³³, humanitarian aid workers³⁴, war journalists³⁵, and police officers³⁶ all reported that these professions exhibited higher rates of PTSD, depression, and anxiety than the general population. These groups share in common the experience of witnessing trauma inflicted on others and frequently hearing details about the trauma that others have suffered.

5.2.2. *Legal Profession*

Turning the focus specifically to the legal profession, studies indicate that attorneys in certain types of practice tend to have increased exposure to traumatic witness statements and documentary evidence.³⁷ Lawyers working on cases of child abuse, physical and sexual assault, homicide, and refugee claims often have repeated exposure to trauma, which may ultimately impair their ability to function professionally³⁸. Some research has found that lawyers in these practice areas have significantly more PTSD symptoms than mental health professionals, who are known to be at increased risk compared to the general popu-

³² C. R. FIGLEY (ed), *op. cit.*

³³ W. BERGER ET AL, *Rescuers at Risk: A Systematic Review and Meta-Regression Analysis of the Worldwide Current Prevalence and Correlates of PTSD in Rescue Workers*, in *Soc. Psychiatry & Psychiatric Epidemiology*, 2021, n. 47, p. 1001.

³⁴ E. ARMAGAN ET AL., *Frequency of Post-Traumatic Stress Disorder Among Relief Force Workers After the Tsunami in Asia: Do Rescuers Become Victims?*, in *Prehospital & Disaster Med*, 2006, n. 21, pp. 168, 172.

³⁵ A. FEINSTEIN ET AL, *A Hazardous Profession: War, Journalists, and Psychopathology*, in *American Journal of Psychiatry*, 2002, n. 159, p. 1570.

³⁶ C. R. MARMAR ET AL, *Predictors of Posttraumatic Stress in Police and Other First Responders*, in *Annals N.Y. Academic Science*, 2006, n. 1071, p. 1.

³⁷ J. FRANKLIN, L.P. VREVLESKI, *Vicarious Trauma: The Impact on Solicitors of Exposure to Traumatic Material*, in *Traumatology*, 2008, n. 14, pp. 106, pp. 106-118; M. E. LECLERC, J.A. WEMMERS, A.BRUNET, *The Unseen Cost of Justice: Post Traumatic Stress Symptoms in Canadian Lawyers*, in *Psychology, Crime & Law*, 2020, n. 26, p. 1.

³⁸ *Id.*, p. 2.

lation³⁹. Tentative explanations include the possibility that lawyers tend to work more hours per week, leading to exposure to a greater proportion of traumatized clients in their average work week⁴⁰. In addition, lawyers tend to have less trauma-specific training than mental health professionals, leaving them less equipped to identify and manage the stress resulting from working with traumatized clients⁴¹.

5.2.3. Human Rights Workers

Studies of the stress and burnout experienced by human rights workers, many of whom are lawyers or work on teams with lawyers, provide additional food for thought⁴². Human rights workers frequently are witnesses to abuse, collect witness reports from individuals who have been abused, and compile documentary evidence substantiating the existence of abuse. A recent survey revealed that 19 percent exhibited symptoms indicative of a full diagnosis of PTSD and 18.8 percent described a substantial number, but not all, of the symptoms correlated with PTSD⁴³. In comparison, epidemiological studies indicate that 8.7 percent of Americans and 1.9 percent of Europeans met the criteria for PTSD over the course of their lifetime⁴⁴. In addition, 15 percent

³⁹ *Id.*, p. 2. See G. MAGUIRE, M. K. BYRNE, *The Law Is Not as Blind as It Seems: Relative Rates of Vicarious Trauma among Lawyers and Mental Health Professionals*, in *Psychiatry, Psychology and Law*, 2017, n. 24, pp. 233-243.

⁴⁰ M.E. LECLERC, J.A. WEMMERS, A. BRUNET, *op. cit.* p. 2. See G. MAGUIRE, M.K. BYRNE, *The Law Is Not as Blind as It Seems: Relative Rates of Vicarious Trauma among Lawyers and Mental Health Professionals*, in *Psychiatr Psychol Law*, 2016, pp. 233-243; M. FINKELSTEIN, E. STEIN, T. GREENE, I. BRONSTEIN, Z. SOLOMON *Posttraumatic Stress Disorder and Vicarious Trauma in Mental Health Professionals*, in *Health & Social Work*, 2015, n. 40, pp. 25-31.

⁴¹ M.E. LECLERC, J.A. WEMMERS, A. BRUNET, *op. cit.*, p. 2; G. MAGUIRE, M.K. BYRNE, *op. cit.*

⁴² S. KNUCKEY, M. SATTERTHWAITE, A. BROWN, *Trauma, Depression & Burnout in the Human Rights Field: Identifying Barriers and Pathways to Resilient Advocacy*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2018, n. 49, p. 267.

⁴³ *Id.*, p. 306.

⁴⁴ *Id.*, p. 306. For U.S. data, see D.G. KILPATRICK ET AL., *National Estimates of Exposure to Traumatic Events and PTSD Prevalence Using DSM-IV and DSM-5 Criteria*, in *Journal of Traumatic Stress*, 2013, n. 26, pp. 537, 542; for data on Belgium, France,

of human rights workers showed symptoms of major depression⁴⁵. Most shockingly, 75 percent reported little or no mental health support from their employers, and 70 percent had received little or no education about the potential emotional impacts of human rights work on their mental health⁴⁶.

Some surprising findings concerning human rights workers may have significance for asylum attorneys. An examination of tasks such as interviewing witnesses, inspecting sites of human rights abuses, and working directly with human rights victims showed positive correlations with severe symptoms of PTSD⁴⁷. Two tasks did not have positive correlations: (1) engaging in human rights litigation; (2) providing direct aid and medical assistance to victims⁴⁸. These findings were clearly unanticipated, and the study's authors call for further investigation. They advance the hypothesis that clarity of role, perception of concrete accomplishment, and different occupational structures may account for the more negative results regarding those providing direct assistance compared with those engaged in litigation⁴⁹.

To the extent that representing asylum seekers is viewed as a type of human rights litigation, these findings are inconsistent with other research concerning asylum attorneys. The study does not define "litigation," an activity it juxtaposes to "conducting interviews," "working with human rights victims," and "handling evidence"⁵⁰. Nor does the study define what constitutes "human rights work". Participants included individuals working in national human rights commissions, international human rights agencies, academic human rights centers, and multiple other settings⁵¹. In this context, perhaps, "engaging in litiga-

Germany, Italy, the Netherlands, and Spain, see J. ALONZO ET AL., *Prevalence of Mental Disorders in Europe: Results from the European Study of the Epidemiology of Mental Disorders (ESEMeD) Project*, in *Acta Psychiatrica Scandinavica*, 2004, n. 109, p. 21, p. 24.

⁴⁵ S. KNUCKEY, M. SATTERTHWAITTE, A. BROWN, *op. cit.* p. 306.

⁴⁶ *Id.*, p. 316.

⁴⁷ *Id.*, p. 308.

⁴⁸ *Id.*, p. 308.

⁴⁹ *Id.*, p. 308.

⁵⁰ *Id.*, p. 308.

⁵¹ *Id.*, p. 291, note 95.

tion” may have been perceived as activity that occurred in distant venues and challenged structural issues, without a need for routine witness interviews and preparation. In any event, further research is definitely warranted, and operational definitions of “engaging in litigation”, “conducting interviews”, and other terms are needed.

5.3. *Refugee Advocates*

A trio of recent studies, two in the United Kingdom and one in the United States, put the spotlight on vicarious trauma experienced by attorneys working to secure asylum for refugees. Their findings offer suggestions for those specializing in asylum law and raise significant questions for future research.

The first study took a qualitative approach. The investigator, who was a lawyer, conducted ten semi-structured face-to-face interviews of asylum advocates in England (nine) and Ireland (one)⁵². The author selected participants from a range of practice settings, with varied levels of experience, and from different professional backgrounds. Seven were lawyers and three were caseworkers; eight were women and two were men⁵³. All worked with traumatized clients on a daily basis, though they reported that not all of their clients were traumatized.

All of the study participants were familiar with the concepts of vicarious traumatization and secondary trauma, and they reported that their work with asylum applicants took an emotional toll on them. Interestingly, the refugee advocates typically referred to the negative emotional impact they experienced as “burnout” or “stress,” eschewing the terms “vicarious traumatization” and “secondary traumatic stress”⁵⁴.

In speaking about their clients, they identified three separate phases in which their clients tended to experience trauma: prior to fleeing their homeland, during their journey seeking refuge, after arriving and

⁵² N. GRAFFIN, *The Emotional Impact of Working as an Asylum Lawyer*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2019, n. 38, p. 30. Eight of the interviews were conducted face-to-face in person; the other two were conducted via Skype, *id.*, p. 37.

⁵³ *Id.*, p. 36.

⁵⁴ *Id.*, p. 38.

applying for asylum⁵⁵. The study participants were keenly aware that the emotional impact of their work with asylum seekers could have negative consequences on their professional and personal lives. They discussed protective mechanisms they and their colleagues developed, such as feeling emotionally detached from their clients and desensitized to the abuses their clients had suffered⁵⁶. They commented on the growth of cynicism and disbelief⁵⁷, and they worried that their effectiveness as advocates could be compromised and that they might be driven from the profession⁵⁸. In addition to negative comments about the development of cynicism, a counternarrative emerged that cynicism could be healthy if it goaded the advocate into a more searching analysis of the strengths and weaknesses of a claim to refugee status⁵⁹. Some advocates strongly disagreed, commenting that disbelieving traumatized individuals tends to exacerbate their clients' PTSD, which, in turn, makes it difficult for the lawyer to work effectively with their client⁶⁰. Future investigation with sophisticated operational definitions and measuring tools is needed on the effects of cynicism and skepticism on representation.

Study participants emphasized that, in addition to vicarious trauma, other factors contributed to the cumulative negative emotional impact their work had on their professional lives. Other negative factors included reductions in government aid for legal representation of indigent clients, heavy caseloads, increased hours worked per week, anti-immigrant and anti-asylum seeker political rhetoric, rapidly changing case law, and the morale-deflating experience of representing many clients unlikely to prevail⁶¹.

The second study, published in 2020 by three mental health professionals, took a quantitative approach, administering online surveys to lawyers working with traumatized asylum seekers in the United

⁵⁵ *Id.*, p. 38.

⁵⁶ *Id.*, p. 32, pp. 46-47.

⁵⁷ *Id.*, pp. 47-49.

⁵⁸ *Id.*, pp. 49-50.

⁵⁹ *Id.*, pp. 49-50

⁶⁰ *Id.*, p. 47.

⁶¹ *Id.*, pp. 50-54.

Kingdom⁶². In the wake of the APA's recognition that vicarious trauma can lead to PTSD symptoms, the authors designed a pilot study investigating vicarious trauma in asylum lawyers. They were particularly interested in the impact of workplace conditions, trauma-specific training, and the importance of supervision⁶³. The researchers ultimately enrolled 70 solicitors and barristers, 82 percent of whom were women; 67 percent identified as Caucasian. Fifty-five percent had worked in asylum law between two and ten years; 35 percent had worked in the field for more than ten years; 10 percent has worked in asylum law for fewer than two years⁶⁴.

The investigators administered three written instruments assessing trauma, depression, anxiety, and stress. They also used written questionnaires to collect demographic information and details about workplace settings⁶⁵. Their findings were stark: 34 percent exhibited PTSD and 51 percent had partial PTSD⁶⁶. Thirty-three percent reported severe or extremely severe symptoms of depression; 27 percent reported severe or extremely severe anxiety symptoms; and 35 percent reported severe or extremely severe stress⁶⁷.

The work weeks were crushing: 63 percent reported working between 41 and 60 hours per week, while 35 percent worked more than 60 hours weekly⁶⁸. The paucity of supervision was shocking: 47 percent reported receiving no weekly supervision; 40 percent reported receiving less than two hours of supervision per week; 10 percent reported receiving two to four hours of supervision per week⁶⁹. Moreover, more than 60 percent of asylum lawyers said they had received no trauma-specific training or education⁷⁰.

⁶² L. RONNING, J. BLUMBERG, J. DAMMEYER, *Vicarious Traumatization in Lawyers Working with Traumatized Asylum Seekers: A Pilot Study*, in *Psychiatry, Psychology & Law*, 2020, n. 27, pp. 665-677.

⁶³ *Id.*, p. 667.

⁶⁴ *Id.*, p. 667, p. 670.

⁶⁵ *Id.*, pp. 667-669.

⁶⁶ *Id.*, p. 670.

⁶⁷ *Id.*, p. 670.

⁶⁸ *Id.*, p. 670.

⁶⁹ *Id.*, p. 670.

⁷⁰ *Id.*, p. 670.

Statistical analyses of the data showed that lawyers with greater exposure to traumatized clients in the prior three months displayed greater anxiety⁷¹. Higher stress was correlated with the greater number of hours worked per week⁷². Higher traumatic distress correlated with lawyers with less experience⁷³.

Two findings were surprising. No correlation appeared between the amount of training concerning trauma-specific injury and indicators of vicarious trauma⁷⁴. This appears to conflict with earlier studies of other professions⁷⁵. Interestingly, more supervision was associated with greater anxiety levels⁷⁶. The authors called for further investigation, noting that prior studies had reported contradictory findings⁷⁷. They noted that this pilot study had not defined supervision and that they had received anecdotal reports that asylum lawyers interpreted supervision to refer to reviews of written filings⁷⁸. Other anecdotal information raised the possibility that the culture of asylum law practice generally disapproves of acknowledging that asylum cases cause trauma to asylum lawyers, and that supervision sessions do not welcome discussions of emotions⁷⁹. They also noted the possibility that asylum lawyers experiencing higher anxiety might have been the lawyers who sought more supervision in an effort to contend with their emotions, which might have skewed the sample with regard to supervision⁸⁰.

The authors of this pilot study of vicarious trauma in asylum attorneys concluded by calling for more qualitative and quantitative research. They urged: “[E]mployers [need] to take responsibility for fostering awareness of vicarious trauma risks amongst their staff, for providing information about the topic and for supporting employees at risk. Importantly, if vicarious trauma is not recognized and efforts

⁷¹ *Id.*, p. 672.

⁷² *Id.*, p. 672.

⁷³ *Id.*, p. 672.

⁷⁴ *Id.*, p. 672.

⁷⁵ *Id.*, p. 673.

⁷⁶ *Id.*, p. 672.

⁷⁷ *Id.*, p. 672.

⁷⁸ *Id.*, p. 673.

⁷⁹ *Id.*, p. 673.

⁸⁰ *Id.*, p. 673.

made to prevent and address it amongst professionals working in the asylum law field, then there may be serious consequences for the vulnerable individuals whom they represent”⁸¹.

The third research project, designed by a clinical law professor and a sociologist, appeared shortly after the pilot study. The researchers administered the 2020 National Asylum Attorney Burnout and Secondary Traumatic Stress Survey to more than 700 attorneys in the United States⁸². To measure trauma, burnout, and stress, they obliged participants to take the Copenhagen Burnout Inventory and the Secondary Traumatic Stress Index⁸³. In addition, they collected demographic information and details about workplace settings⁸⁴. They used their data to develop several different types of comparisons. They examined the burnout and stress levels reported by asylum lawyers with those reported by professionals in other fields who work with traumatized individuals. They also examined correlations between asylum practitioners’ demographics and practice settings and burnout and stress levels.

Eighty percent of the participating asylum attorneys were women. Seventy percent identified as Caucasian, 20 percent as Latin/Hispanic, and 4 percent as Asian/Pacific Islander⁸⁵. The survey revealed high levels of burnout and vicarious trauma. The authors categorized several types of burnout – personal, professional, and client-related – and compared the scores of asylum lawyers with those of other “helping” professions, including nurses, doctors, midwives, social workers, and prison wardens. In all three realms of burnout, asylum lawyers fared the worst. Asylum attorneys scored 20 points higher than the non-asylum professionals in terms of personal burnout⁸⁶. They scored 18 points higher in terms of professional burnout⁸⁷. They scored higher,

⁸¹ *Id.*, p. 674.

⁸² L. HARRIS, H. MELLENGER, *Asylum Attorney Burnout and Secondary Trauma*, in *Wake Forest Law Review*, 2021, n. 56, p. 733.

⁸³ *Id.*, p. 763.

⁸⁴ *Id.*, p. 765.

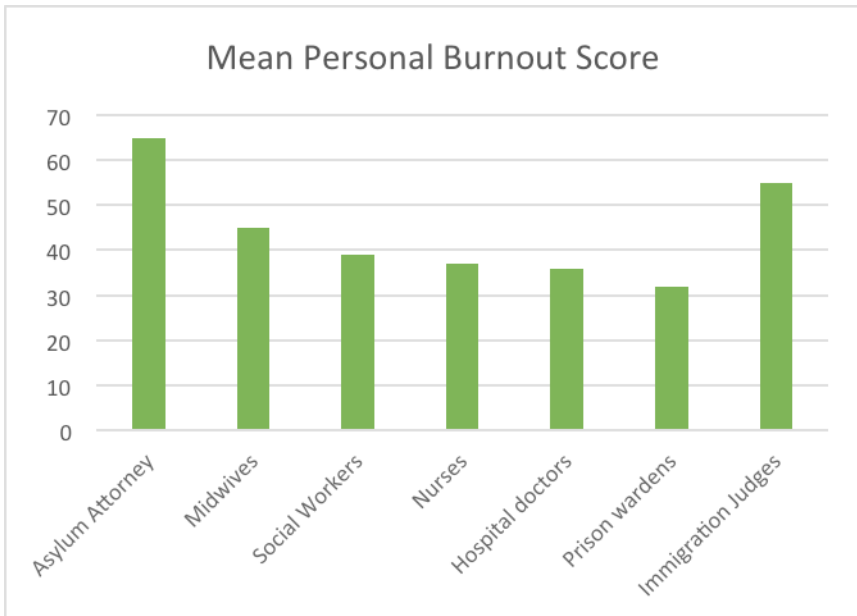
⁸⁵ *Id.*, pp. 777-778.

⁸⁶ *Id.*, pp. 766-767.

⁸⁷ *Id.*, p. 767.

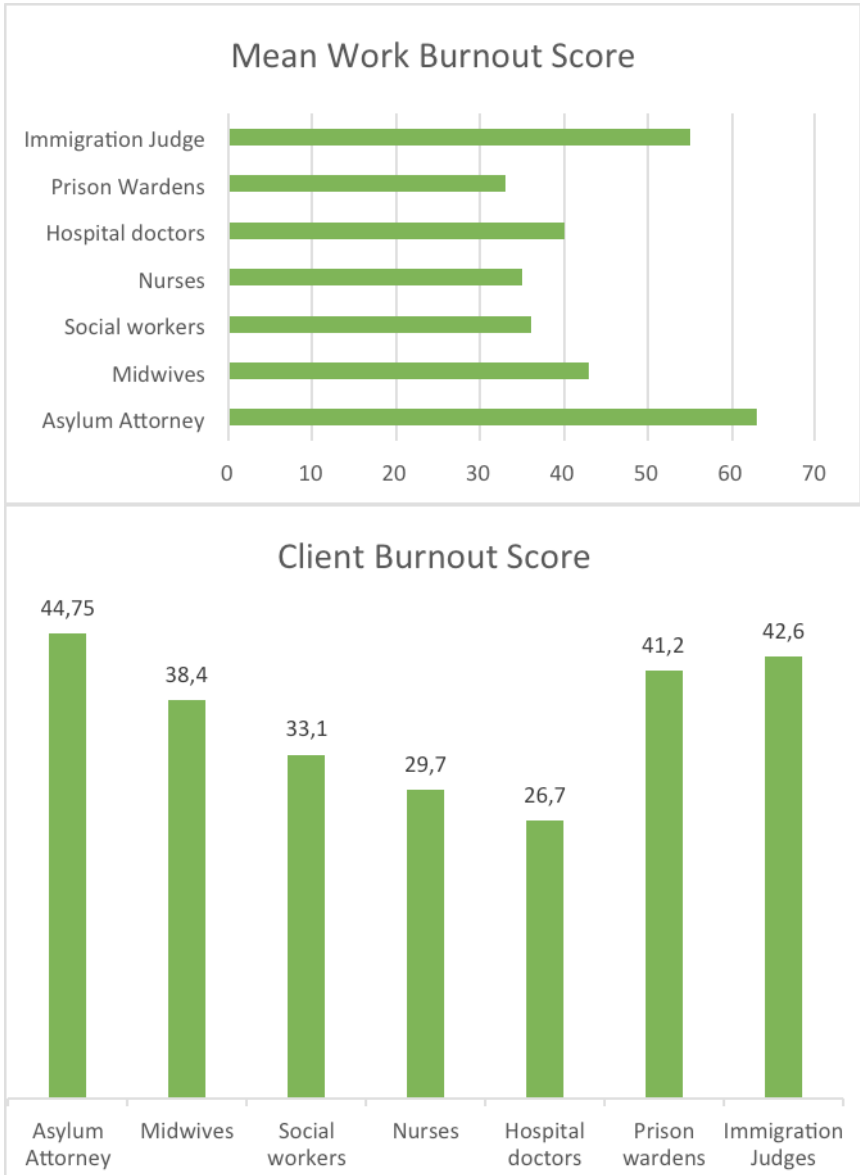
but not by such a wide margin, in terms of feeling burnout in dealing directly with clients⁸⁸.

The charts below present this information visually⁸⁹. They show, respectively, burnout experienced as “personal,” burnout experienced as “professional,” and burnout related to interactions with clients.



⁸⁸ *Id.*, p. 768.

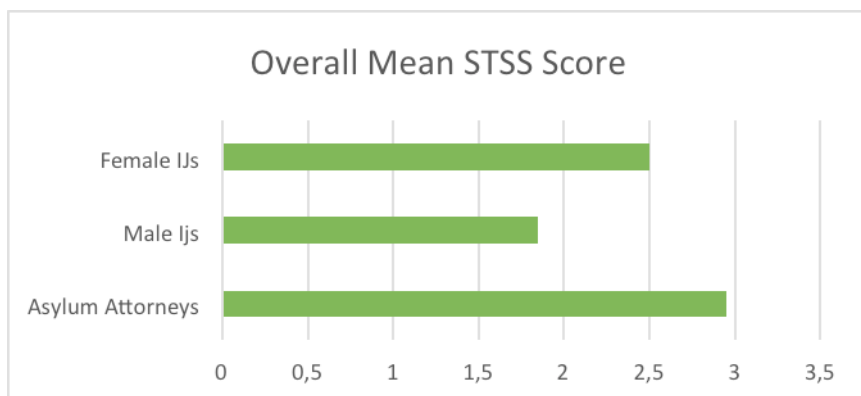
⁸⁹ Charts prepared by L. HARRIS, H. MELLENGER, *id.*, pp. 767-769.



Turning to the workplace data, solo attorneys reported the highest levels of stress⁹⁰. Those carrying higher caseloads reported more stress and burnout⁹¹. Stress increased with number of hours worked per week⁹². Those with more support staff reported less stress⁹³.

5.4. Immigration Judges

Immigration judges also scored high on all of the burnout scales, although not as high as asylum lawyers⁹⁴. Undertaking further comparisons between asylum attorneys and immigration judges, the authors examined secondary traumatic stress symptoms. They found that asylum attorneys scored highest, followed by female immigration judges, and by male immigration judges⁹⁵. They hypothesized that attorneys' multiple interactions with the traumatized client in preparation for an asylum hearing before an immigration judge, who is likely to hear testimony of trauma only once per case, might explain the differences between the stress reported by advocates versus that reported by judges⁹⁶.



⁹⁰ *Id.*, pp. 781-782.

⁹¹ *Id.*, pp. 784-786.

⁹² *Id.*, pp. 786-789.

⁹³ *Id.*, pp. 783-785.

⁹⁴ *Id.*, pp. 766-768.

⁹⁵ *Id.*, pp. 768-770.

⁹⁶ *Id.*, p. 770.

The difference in the secondary stress scores reported by female and male immigration judges is remarkable. As the chart shows, female immigration judges experienced much higher stress. Female immigration judges reported levels of stress substantially closer to that reported by asylum attorneys. In this regard, it is interesting to note that a large majority of the participants in earlier studies of secondary stress and trauma were female. Many commented on the salience of empathetic approaches to clients in the asylum process, and many also said they experienced substantial work-related stress. It would be useful for future research to investigate in more detail the roles that empathy and gender might play in the experience of vicarious trauma in asylum law.

The researchers of the U.S. survey, like those in the U.K., recommended further longitudinal studies of vicarious trauma in asylum attorneys and in immigration judges. They called for more research on the effectiveness of supervision as a tool to reduce stress and burnout, as well as further investigation of the impact of gender. They also urged increased attention in legal education – in the law school setting, in the workplace, in professional organizations, and via continuing legal education programs – on recognizing and responding to the emotional impact of vicarious trauma on legal practitioners. They noted that U.S. bar associations currently pay considerable attention to work/life balance, mindfulness, and attorney wellbeing. In this context, they were optimistic that there would be growing public recognition of the serious emotional impacts on attorneys who represent asylum seekers.

6. Investigating Gender Dimensions of Vicarious Trauma in Asylum Lawyers in North America and Europe

As the overview of research on vicarious trauma and asylum attorneys has shown, there are multiple recent research findings worthy of further investigation. Exploring the role of gender in vicarious trauma in asylum law is an obvious candidate. Anecdotal evidence suggests that many asylum attorneys and refugee advocates are women, and it

would be relevant to identify whether there are gender differences in the challenges of this work. Similarly, it would be important to examine the impacts that different types of supervision may have on mitigating vicarious trauma. An additional significant research topic would assess the types, timing, and mitigation effects of trauma-specific education and training.

The anomalous finding that human rights “litigation” is not correlated with increased secondary stress and trauma is an additional prospective research topic. In light of the reports from many asylum attorneys that they experienced vicarious trauma as a result of preparing clients for asylum hearings and assembling reports of the physical injuries and torture suffered by their clients, it will be useful to define “litigation” more precisely. It is possible that some litigation tasks, such as interviewing clients, preparing witness statements, and obtaining documentary evidence of persecution or abuse, may have different correlations with vicarious trauma than other tasks, such as doing legal research, drafting court documents, and filing motions. No matter what, it is important that lawyers undertaking certain types of practice understand the types of emotional impact their work will likely have on them. Only then are they likely to know how to mitigate vicarious trauma and prevent it from interfering with diligent and competent representation of their clients. In order to educate lawyers about the risks of vicarious trauma, we have to know more about the law practice situations in which it is likely to develop and fester.

Preliminary research also indicates there has been little or no investigation of vicarious trauma in asylum advocates and refugee decision makers in the European Union. Many of the pertinent studies of vicarious trauma, secondary traumatic stress, and burnout in asylum lawyers have taken place in common law countries. In considering empirical research on these topics in Europe, it should be acknowledged that most EU countries follow the civil law tradition. This may result in subtle, but important, differences in the tasks undertaken by attorneys representing asylum seekers in the EU. Different types of client preparation might be required; different types of evidence might be important; different types of hearings might occur. In addition, the legal systems in many EU States provide the right to legal representation in civil matters. Sometimes bar associations furnish attorneys to

represent asylum seekers in certain instances, which might result in a cadre of legal professionals who occasionally represent asylum seekers. These lawyers may have limited exposure to testimony of abuse and trauma.

Nonetheless, empirical research on the existence and impact of vicarious trauma on attorneys and caseworkers assisting asylum seekers in Europe would be welcome. The EU has adopted a Common European Asylum System (CEAS), with the same substantive refugee law norms and procedural requirements applicable throughout all twenty-seven EU Member States. Applicants have the right to receive legal information free of charge in first-instance proceedings⁹⁷, and to free legal representation in appellate proceedings⁹⁸. Asylum seekers are guaranteed confidential personal interviews in which they can present “the grounds for their applications in a comprehensive manner”⁹⁹. Asylum applicants must be “given an adequate opportunity to present elements needed to substantiate [their] application. ... This shall include the opportunity to give an explanation regarding elements which may be missing and/or any inconsistencies or contradictions in the applicant’s statements”¹⁰⁰.

Most importantly, the credibility of the asylum seeker remains a paramount issue in asylum procedures under European asylum law, and, indeed, in countries around the world. Consequently, advocates who assist individuals prepare and present their asylum applications are likely to devote hours to discussing the trauma and abuse that impelled the asylum seekers to leave their homeland. There is a significant possibility that this asylum law work will generate vicarious trauma, which may cause powerful emotional injury to refugee lawyers in the EU. In this epoch of growing international recognition of the concepts of vicarious trauma and burnout, it is time for a well-designed study focusing on the experiences of refugee advocates. Researching

⁹⁷ Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013, *Asylum Procedures Directive*, art. 19 “*Provision of legal and procedural information free of charge in procedures at first instance*”.

⁹⁸ *Id.*, Art. 20(1).

⁹⁹ *Id.*, Art. 15(3).

¹⁰⁰ *Id.*, Art. 16.

the impact of training, supervision, and other interventions to ameliorate vicarious trauma will contribute to greater knowledge concerning structures that may be able to enhance the professional effectiveness and personal well-being of refugee lawyers.

Abstract

International refugee law requires asylum seekers to present persuasive evidence of their fear and powerlessness. As a consequence, refugee advocates repetitively focus on asylum applicants' sense of fear, shame, humiliation, loss, and grief. The past two decades have led to a growing recognition of the emotional trauma inherent in seeking refugee status, as well as of the debilitating vicarious emotional trauma experienced by refugee advocates, support staff, and adjudicators. Initial research in the United States, Canada, and the United Kingdom highlights significant gender dimensions in vicarious emotional trauma experienced by those working with asylum seekers. In order to enhance the professional effectiveness and personal well-being of refugee advocates and judges, additional research is necessary into the impact of training, supervision, and other interventions to ameliorate vicarious emotional trauma.

KEYWORDS: Vicarious emotional trauma – refugee law – post traumatic stress syndrome (PTSD) – gender dimensions – asylum seekers

TRAUMA EMOTIVO VICARIO:
LA DIMENSIONE DI GENERE NEL LAVORO CON I MIGRANTI

Il diritto internazionale dei rifugiati richiede che i richiedenti asilo presentino prove persuasive della loro paura e impotenza. Di conseguenza, i difensori dei rifugiati si concentrano ripetutamente sul senso di paura, vergogna, umiliazione, perdita e dolore dei richiedenti asilo. Gli ultimi due decenni hanno portato a un crescente riconoscimento del trauma emotivo insito nella richiesta dello status di rifugiato, nonché del debilitante trauma emotivo vicario sperimentato dagli avvocati dei rifugiati, dal personale di supporto e dai giudici. Le prime ricerche condotte negli Stati Uniti, in Canada e nel Regno Unito evidenziano una significativa dimensione di genere nel trauma emotivo vicario vissuto da chi lavora con i richiedenti asilo. Per migliorare l'efficacia professionale e il benessere personale dei difensori dei rifugiati e dei giudici, sono necessarie ulteriori ricerche sull'impatto della formazione,

della supervisione e di altri interventi per migliorare il trauma emotivo vicario.

KEYWORDS: Trauma emotivo vicario – diritto dei rifugiati – sindrome da stress post-traumatico – dimensione di genere – richiedenti asilo

DONNE MIGRANTI E RILEVANZA PENALE
DEL FATTORE CULTURALE ALLA STREGUA
DI FONTI INTERNAZIONALI ED EUROPEE:
IL “CONTROLIMITE” DEL RISPETTO
DEI DIRITTI FONDAMENTALI

*Anna Iermano**

SOMMARIO: 1. Incontro/scontro tra cultura d'origine delle minoranze e cultura ospitante della maggioranza in tema di donne migranti. – 2. Cenni relativi alla garanzia del diritto alla cultura in ambito internazionale, europeo e nazionale. – 3. La *cultural defense*: le origini e la sua rilevanza nei rapporti uomo-donna. – 4. Donne migranti e “difesa culturale” nell'ordinamento penale italiano. – 5. Considerazioni finali su diritto all'identità culturale e principi fondanti dello Stato ospitante: bilanciamento e “controlimite” del rispetto dei diritti fondamentali.

1. Incontro/scontro tra cultura d'origine delle minoranze e cultura ospitante della maggioranza in tema di donne migranti

Come è noto, i migranti, una volta giunti nello Stato ospitante, finiscono per fare i conti con una pluralità di norme di condotta e fonti di diritto eterogenee, afferenti sia all'ordinamento medesimo che a quello d'origine, unitamente ad imperativi di matrice culturale, religiosa e filosofica.

Generalmente le culture di cui sono portatori, specie se provenienti da alcune regioni dell'Africa, Asia e Sud America, si connotano di un'impostazione più “patriarcale” rispetto alle culture dei Paesi di accoglienza¹,

* Ricercatore *senior* di Diritto Internazionale, Università degli Studi di Salerno.
Indirizzo e-mail: aiermano@unisa.it

¹ In senso critico sulle donne migranti viste come vittime della propria cultura, soggette ad una “*death by culture*” cfr. S. PANDEY, *Decolonising the understanding of 'acceptable culture'*, in G. CARLO BRUNO, F.M. PALOMBINO, A. DI STEFANO, G.M. RUOTOLO (eds.), *Migration and culture: Implementation of cultural right of migrants*, Roma, 2021, p. 106 ss.

la quale può ridondare in forme di asservimento della donna all'uomo², specie in ambito domestico.

Nello Stato multiculturale e multietnico contemporaneo assistiamo, pertanto, a un frequente incontro/scontro tra cultura d'origine della minoranza e cultura ospitante della maggioranza³.

Tali situazioni di tensione sono descritte, nella letteratura criminologica, come “conflitti normo-culturali”⁴, etichettate dalla dottrina penalistica come “reati culturalmente motivati/orientati” e sono, tra l'altro, oggetto di un rinnovato interesse alla stregua, altresì, della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica⁵.

² In tema cfr. il Protocollo della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli relativo ai diritti delle donne o Protocollo di Maputo – documento relativo ai diritti delle donne africane, sottoscritto l'11 luglio 2003 in occasione del secondo vertice dell'Unione Africana, svoltosi nella capitale del Mozambico – che, all'art. 2, par. 2, prevede che “*gli Stati Membri s'impegnano a modificare gli schemi e modelli di comportamento socioculturali della donna e dell'uomo con l'istruzione del pubblico tramite le strategie d'informazione, d'istruzione e di comunicazione, in attesa di giungere all'eliminazione di tutte le pratiche culturali e tradizionali nocive e di qualsiasi altra pratica fondata sull'idea d'inferiorità o di superiorità dell'uno o l'altro sesso, o sui ruoli stereotipati della donna e dell'uomo*”.

³ F. DI PIETRO, *Le donne e le bambine vittime di reati culturalmente motivati*, in A. BRAMBILLA, P. DEGANI, M. PAGGI, N. ZORZELLA (a cura di), *Donne straniere, diritti umani, questioni di genere. Riflessioni su legislazione e prassi*, Padova, 2022, p. 251 ss., in part. p. 253. L'A. sottolinea come, essendovi differenze culturali anche circa i concetti di unione sessuale e unione affettiva, è inevitabile che lo scontro tra differenti culture riguardi il corpo delle donne. Corpo da intendere non come mero dato biologico, ma come entità portatrice di peculiari esigenze e valori (che vengono spesso lesi a seguito del detto scontro). Le donne migranti, nel momento in cui entrano in contatto con altri corpi e altre abitudini, vivono una sorta di tensione tra il luogo in cui si sono stabilite e il luogo di partenza (fatto anche di relazioni affettive e rituali): sono contemporaneamente “qui” e “là”.

⁴ Così F. BASILE, *I reati cd. «culturalmente motivati» commessi dagli immigrati: (possibili) soluzioni giurisprudenziali*, in *Questione Giustizia*, 2017, n. 1, p. 126 ss. Invece il primo Autore ad aver portato l'attenzione su siffatti conflitti fu T. SELLIN, *Culture Conflict and Crime*, New York, 1938.

⁵ Definita “Convenzione di Istanbul”, poiché è stata aperta alla firma in occasione della sessione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ivi tenutasi, in data 11 maggio 2011. È entrata in vigore a seguito del raggiungimento del prescritto numero di dieci ratifiche. L'Italia ha sottoscritto la Convenzione il 27 settembre 2012. Ad oggi

Emblematico in tal senso è l'art. 42 della citata Convenzione rubricato "Giustificazione inaccettabile dei reati"⁶, compresi quelli commessi in nome del cosiddetto 'onore', il quale impone di escludere che nei procedimenti penali intentati contro atti di violenza rientranti nel campo di applicazione della Convenzione, la cultura, gli usi e costumi, la religione, le tradizioni o il cosiddetto "onore" possano essere adottati come scusa per giustificare tali atti.

Parimenti l'art. 12, par. 5 prescrive che le Parti vigilano affinché la cultura, gli usi e i costumi, la religione, la tradizione o il cosiddetto "onore" non possano essere in alcun modo utilizzati per giustificare gli atti di violenza elencati al suo interno⁷.

E sulla medesima scia si pone, altresì, la Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne (DEDAW)⁸ che, ancorché

hanno aderito 21 Paesi UE su 27 (hanno, infatti, firmato, ma non ratificato Lettonia, Lituania, Repubblica Ceca, Slovacchia, Ungheria, Bulgaria), nonché l'Unione europea il 1° giugno 2023. In tema cfr. V. TEVERE, *La tutela internazionale dei diritti delle donne vittime di violenza. Riflessioni giuridiche in una prospettiva di genere*, Fisciano (SA), 2012, p. 27 ss.; F. POGGI, *Violenza di genere e Convenzione di Istanbul: un'analisi concettuale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, vol. 11, fasc. 1, pp. 51-76.

⁶ Sull'art. 42 cfr. L. GRANS, *The Istanbul Convention and the Positive Obligation to Prevent Violence*, in *Human Rights Law Review*, 2018, vol. 18, n. 1, pp. 133-155.

⁷ Vedi, altresì, Raccomandazione generale del Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne n. 19 (11° sessione, 1992) *La violenza contro le donne* che, al punto 24, lett. r raccomanda che le misure necessarie per superare la violenza familiare includano, tra le altre, le leggi per eliminare la giustificazione dell'onore in relazione all'aggressione o all'omicidio di un membro femminile della famiglia.

⁸ La Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne è stata adottata senza voto da parte dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite con la risoluzione 48/104 del 20 dicembre 1993. In essa è contenuto il riconoscimento della "*necessità urgente per l'applicazione universale alle donne dei diritti e dei principi in materia di uguaglianza, la sicurezza, la libertà, l'integrità e la dignità di tutti gli esseri umani*". La risoluzione è spesso considerata come complementare e come un rafforzamento dei lavori della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna (CEDAW) e della Dichiarazione e Programma d'azione di Vienna. Essa ricorda e incarna gli stessi diritti e principi sanciti in tale strumenti come la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e gli articoli 1 e 2 forniscono la definizione più diffusa di violenza contro le donne. Come conseguenza della risoluzione, nel 1999, l'Assemblea generale, guidata dal rappresentante della Repubblica Dominicana, ha designato il 25 novembre come la Giornata internazionale per l'eliminazione della violenza contro le donne.

non giuridicamente vincolante, all'art. 4 prevede che gli Stati non dovrebbero appellarsi ad alcuna consuetudine, tradizione o considerazione religiosa per giustificare la violenza contro le donne, così come l'art. 2 della Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali⁹ secondo il diritto alla diversità culturale non può essere invocato per violare i diritti umani e le libertà fondamentali garantiti dal diritto internazionale e consacrati dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

Anche in ambito UE giova segnalare l'attenzione a tradizioni giuridiche e consuetudini che comportano ad esempio le mutilazioni genitali, la sterilizzazione forzata o l'aborto coatto¹⁰, nella misura in cui sono correlati al timore fondato di una richiedente protezione internazionale di subire persecuzioni¹¹.

⁹ Adottata dalla Conferenza Generale dell'Unesco il 20 ottobre 2005.

¹⁰ Al riguardo cfr. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni *Un'Unione dell'uguaglianza: la strategia per la parità di genere 2020-2025*, COM(2020) 152 final, Bruxelles, 5 marzo 2020, ove si precisa che *“le mutilazioni genitali femminili, l'aborto forzato e la sterilizzazione forzata, i matrimoni precoci ed imposti con la forza, la violenza perpetrata in nome del cosiddetto ‘onore’ e altre pratiche lesive a danno delle donne e delle ragazze sono forme di violenza di genere e gravi violazioni dei diritti delle donne e dei minori all'interno dell'UE e nel mondo intero”*.

¹¹ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 *recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta*, in GUUE L 337, 20 dicembre 2011, pp. 9-26, considerando 30: *“È altresì necessario introdurre una definizione comune del motivo di persecuzione costituito dall'«appartenenza a un determinato gruppo sociale». Per la definizione di un determinato gruppo sociale, occorre tenere debito conto, degli aspetti connessi al sesso del richiedente, tra cui l'identità di genere e l'orientamento sessuale, che possono essere legati a determinate tradizioni giuridiche e consuetudini, che comportano ad esempio le mutilazioni genitali, la sterilizzazione forzata o l'aborto coatto, nella misura in cui sono correlati al timore fondato del richiedente di subire persecuzioni”*. Si segnalano, altresì, le Conclusioni dell'Avvocato generale J.R. DE LA TOUR presentate il 20 aprile 2023, causa C-621/21, *WS c. Intervyuirasbt organ na Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerskia savet*, punto 82: *“(…), ritengo che l'articolo 10, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2011/95 debba essere interpretato nel senso che una cittadina di un paese terzo può essere considerata appartenente a un «determinato gruppo sociale» a causa del suo*

Per di più la proposta di direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica, al considerando 59, prevede l'adozione di misure statali atte ad impedire che si alimentino stereotipi di genere dannosi, così da sfatare l'idea dell'inferiorità della donna o scardinare i ruoli stereotipati di donna e uomo e, tra queste – come viene precisato – potrebbero rientrare misure miranti a garantire che la cultura, i costumi, la religione, la tradizione o l'onore non siano percepiti come una giustificazione di un reato di violenza contro le donne o di violenza domestica o come una circostanza attenuante¹².

Da qui l'attenzione della dottrina penalistica verso la rilevanza da attribuire al fattore culturale nell'ambito di condotte penalmente rilevanti in danno di donne, specie a fronte del crescente fenomeno migratorio, potendo accadere, non di rado, che un soggetto “culturalmente diverso” adotti comportamenti in contrasto con le norme dello Stato ospitante, che siano, però, tollerati, autorizzati o addirittura imposti nel contesto culturale a cui egli appartiene¹³ (es. uxoricidi per causa d'onore sessuale, rapporti sessuali con spose-bambine, mutilazioni genitali femminili¹⁴,...).

genere qualora sia accertato, sulla base di una valutazione dei fatti e delle circostanze, che al di là della sua sola appartenenza sessuale, ovvero della sua identità e del suo status di donna, essa ha un'identità distinta nel suo paese di origine perché vi è percepita in modo diverso dalla società circostante in ragione delle norme sociali, giuridiche o religiose, oppure dei riti o delle consuetudini del suo paese o della comunità di appartenenza. Nell'ambito di tale valutazione, la natura degli atti a cui tale cittadina teme di essere esposta qualora ritornasse nel suo paese di origine è un fattore rilevante che l'autorità nazionale competente deve prendere in considerazione”.

¹² COM(2022) 105 final, Strasburgo, 8 marzo 2022. Per approfondimenti sulla proposta si rinvia a E. BERGAMINI in questo Volume.

¹³ È invalsa in dottrina la definizione di “reato culturalmente motivato” quale fatto commesso da un soggetto appartenente ad una cultura di minoranza, considerato penalmente rilevante dall'ordinamento giuridico della cultura dominante; tale condotta, tuttavia, è accettata o addirittura imposta dal gruppo culturale di appartenenza dell'agente. Per questa definizione, v. J. VAN BROECK, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes, (Cultural Offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, n. 1, p. 5.

¹⁴ La motivazione principale (prevalente presso tutte le popolazioni) sottesa a tali pratiche è legata alla tutela della verginità e della castità. Infatti, presso le culture dove la verginità è un prerequisito per le nozze, l'infibulazione è parte integrante della transazione matrimoniale, pena l'impossibilità a contrarre matrimonio e l'isolamento sociale. Sotto questa angolazione visuale, le mutilazioni genitali femminili costituiscono uno

Invero siffatto approccio è emerso fin dai decenni scorsi nella società multiculturale per antonomasia, gli Stati Uniti, dove la dottrina, sollecitata da un'elevata casistica giurisprudenziale, ha avviato un'ampia ed approfondita riflessione sulla cd. "*cultural defense*"¹⁵, con riferimento alle linee difensive che, facendo leva sulla identità culturale dell'imputato, mirano ad ottenere l'attenuazione o l'esclusione della pena. Oggi, peraltro, si assiste ad una definizione "allargata" di *cultural defence* a fronte del moltiplicarsi di istanze culturali anche in ambito extra-penale, come ad esempio, in materia di diritto di famiglia (vedi *kafala*¹⁶, poligamia di diritto islamico¹⁷,...) ¹⁸, sì da intenderla come qualsiasi meccanismo o procedura legale che mitighi ovvero escluda la responsabilità di una condotta *contra legem*, sulla base del fatto che la stessa sia lecita e consentita nel contesto culturale di provenienza dell'agente¹⁹.

Ad ogni modo, i reati culturalmente motivati che riguardano casi di violenza contro donne ad elevata offensività²⁰ costituiscono una par-

dei riti di passaggio "*che caratterizzano i cambiamenti di status, di ruolo o di età delle persone*". Tali sono presenti in circa 30 Paesi dell'Africa sub-sahariana, in Medio Oriente, in alcuni Paesi e comunità dell'Asia.

¹⁵ La dottrina di *common law*, soprattutto quella nordamericana, ha posto l'attenzione sulle "*cultural defenses*", mentre la dottrina continentale sui "reati culturali": trattasi, tuttavia, di due approcci diversi per investigare una medesima tematica.

¹⁶ Per quanto riguarda la *kafala*, si sono moltiplicate negli ultimi anni le istanze da parte di membri appartenenti alla minoranza culturale islamica volte ad ottenere la conversione della *kafala* di diritto islamico in adozione di diritto occidentale ovvero, in subordine, il riconoscimento dell'idoneità della *kafala* a fondare il ricongiungimento con il minore (o il genitore) nel sistema legale occidentale ospitante.

¹⁷ Per quanto riguarda la poligamia, il dibattito si è incentrato sull'opportunità o meno di riconoscere qualsivoglia effetto negli ordinamenti occidentali ospitanti ad unioni poligamiche regolarmente contratte all'estero, con evidenti problematiche dal punto di vista dell'immigrazione, successorio e assistenziale.

¹⁸ Per un'analisi della giurisprudenza della Cassazione civile in materia si rinvia a G. SALMÈ, *Il multiculturalismo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, in *Questione giustizia*, 2017, n. 1, p. 233 ss.

¹⁹ B. ADAMS, *Identifying a Human Rights Basis for the Cultural Defense*, 2011, Harvard Law School, paper https://www.bc.edu/content/dam/files/schools/cas_sites/polisci/pdf/Identifying_a_Human.pdf, p. 1: "*Any legal procedure that mitigates or negates liability for an illegal act based on evidence that the act is permitted within the defendant's culture*".

²⁰ United Nations General Assembly, 1995, Report of the Fourth World Confe-

te significativa, se non maggioritaria, delle fattispecie in cui la *cultural defense* viene in rilievo e a tal riguardo il concetto di cultura e quello di genere si intrecciano in special modo nell'articolazione di ordini sociali patriarcali²¹, dei quali è significativo il c.d. "delitto d'onore"²².

Segue, dunque, la necessità di individuare il delicato punto di equilibrio tra il diritto alla "cultura" e la salvaguardia di quel nucleo di valori, principi e diritti fondamentali incomprimibili²³ a salvaguardia di donne migranti vittime di violenza.

2. Cenni relativi alla garanzia del diritto alla cultura in ambito internazionale, europeo e nazionale

La nozione di "cultura" costituisce un elemento normativo extra giuridico di difficile definizione e categorizzazione.

Al riguardo i concetti di "società multiculturale", "reato culturalmente motivato" e "*cultural defense*" sottendono tutti una nozione di

rence on Women, A/CONF.177/20/Rev.1, ove si legge che i diritti umani della donna costituiscono una parte inalienabile, integrale e indivisibile dei diritti umani universali. Le diverse forme di violenza contro la donna, sia che avvengano nella sfera pubblica che in quella privata sono "*pratiche incompatibili con la dignità umana*". E ancora, agli Stati già allora veniva chiesto di: sradicare qualsiasi conflitto che potesse emergere tra i diritti della donna e gli effetti negativi di alcune pratiche tradizionali o consuetudinarie, pregiudizi culturali e forme di estremismo religioso.

²¹ E. BERNACCHI, *L'istituto della «cultural defense» nei casi di violenza contro le donne: un utile strumento per proteggere le minoranze o un dispositivo pericoloso nella promozione dei diritti delle donne?*, in *Ragion pratica*, 2013, n. 40, p. 105.

²² Landgericht Buckeberg 14 marzo 2006, Pusceddu, causa KLs 205 Js 4268/05 (107/05), udienza 25 gennaio 2006: un immigrato italiano in Germania, sospettando l'infedeltà della fidanzata, la sequestrò e la sottopose per tre settimane a stupri e sevizie di ogni sorta: venne condannato ad una pena estremamente lieve poiché la Corte ritenne tale atteggiamento culturalmente insito nella di lui origine sarda.

²³ In generale, per un approfondimento delle problematiche giuridiche e dell'effettività delle garanzie assicurate al migrante e al richiedente asilo, alla luce dell'ordinamento giuridico-costituzionale del nostro Paese, dell'Unione europea e di quello internazionale cfr. G. D'IGNAZIO, S. GAMBINO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali fra costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Milano, 2010.

“cultura” “eticamente qualificata”²⁴ che, nel significato assunto dalla dottrina penalistica, è sinonimo di “nazione” o “popolo”, e designa una comunità intergenerazionale che occupa un determinato territorio e condivide una lingua e una storia distinte²⁵; una nozione antropologica di cultura che è alla base di una realtà simbolica di significati, convinzioni, valori, tradizioni, i quali si esprimono attraverso la religione, l’arte, i miti²⁶ e che, come tale, svolge un ruolo chiave nello sviluppo umano e nella costruzione di identità e abitudini di singoli e collettività²⁷.

A tal riguardo il diritto alla cultura, ampiamente riconosciuto dalle Costituzioni occidentali e da fonti di diritto internazionale²⁸ ed euro-

²⁴ C. DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, vol. 48, fasc. 1, p. 187, il quale sottolinea che esistono più di 100 nozioni di cultura. A tal proposito si segnala E.B. TYLOR, *Primitive Culture. Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Language, Art and Costum*, London, 1871, il quale considera la cultura, o civiltà, intesa nel suo ampio senso etnografico, come quell’insieme complesso che include la conoscenza, le credenze, l’arte, la morale, il diritto, il costume e qualsiasi altra capacità ed abitudine acquisita dall’uomo in quanto membro di una società.

²⁵ C. DE MAGLIE, *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 227; A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, 2006, p. 60, nota 8; L. MONTICELLI, *Le “cultural defenses” (esimenti culturali) e i reati “culturalmente orientati”. Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in *Indice penale*, 2003, n. 1, p. 535 ss.

²⁶ Si segnala, altresì, la nozione di “cultura” di cui alla Dichiarazione di Friburgo sui diritti culturali, del 2007, redatta dal cosiddetto “gruppo di Friburgo”, un gruppo internazionale di esperti organizzato a partire dall’Istituto interdisciplinare di etica e dei diritti dell’uomo (IIEDH) dell’omonima università svizzera. Essa raccoglie ed esplicita i diritti che sono già riconosciuti, ma in modo sparso, in numerosi strumenti essenzialmente da privati, da ONG e da altre associazioni. Al riguardo art. 2: “*il termine «cultura» copre i valori, le credenze, le convinzioni, le lingue, i saperi e le arti, le tradizioni, istituzioni e modi di vita tramite i quali una persona o un gruppo esprime la propria umanità e i significati che dà alla propria esistenza e al proprio sviluppo*”.

²⁷ H.P. BECKER, *Through Values to Social Interpretation, Essays on Social Contexts, Ac tions, Types and Prospects*, Durham, 1950, p. 251, il quale sostiene che ogni popolo sia portatore di una cultura differente che viene considerata come un’entità statica, immutabile, tramandata di generazione in generazione.

²⁸ In tema v. P. FOIS, *La tutela internazionale dell’identità culturale: diritti collettivi od obblighi degli Stati?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, fasc. 4, p. 675 ss. Vedi, altresì, C. CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale pri-*

peo, viene invocato, come già evidenziato, dalle minoranze ogniquale volta venga loro rimproverata una condotta lecita secondo la propria cultura d'origine, ma vietata alla stregua dell'ordinamento ospitante. Da qui la necessità di provare a definire l'esatta portata del diritto alla cultura (e, dunque, la categoria dei diritti culturali).

Quest'ultimo assume diverse sfumature di significato nelle varie fonti di diritto internazionale: in una prima accezione è inteso come diritto alla partecipazione in attività aventi carattere culturale *ex art. 27* della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo²⁹ ed *ex art. 15* del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali³⁰.

In una seconda accezione si sostanzia, invece, nel diritto delle minoranze a partecipare alle attività culturali delle maggioranze (si veda,

vato, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, vol. 94, fasc. 4, p. 1029 ss.

²⁹ Art. 27 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo: "ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, a godere delle arti e a partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici. Ogni individuo ha diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica di cui egli sia autore". In ambito ONU si segnala che il Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite, con la risoluzione 10/23 (UN Doc. A/HRC/RES/10/23, Consiglio delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, decima sessione, risoluzione 10/23, 26 marzo 2009), e con la successiva risoluzione 19/621 (UN Doc. A/HRC/RES/19/6, Consiglio delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, diciannovesima sessione, risoluzione 19/6, 3 aprile 2012) – che ha esteso il mandato conferito con la risoluzione precedente – ha stabilito una procedura speciale denominata "Independent expert in the field of cultural rights" incaricando un Esperto Indipendente nell'ambito dei diritti culturali, di svolgere determinate attività relative allo studio dei diritti culturali, predisponendo dei rapporti annuali a riguardo indirizzati al Consiglio per i diritti umani e all'Assemblea generale nelle Nazioni Unite. Cfr. Rapporto del 2011: UN Doc. A/HRC/17/38, Consiglio delle Nazioni Unite per i diritti umani, diciassettesima sessione, 21 marzo 2011 che ha indagato sul tema dell'inclusione della tutela del patrimonio culturale e del suo accesso e godimento nell'ambito della normativa sui diritti umani.

³⁰ Art. 15 Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali: "1. Gli Stati parti del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo: a) a partecipare alla vita culturale; (...) 2. Le misure che gli Stati parti del presente Patto dovranno prendere per conseguire la piena attuazione di questo diritto comprenderanno quelle necessarie per il mantenimento, lo sviluppo e la diffusione della scienza e della cultura. (...) 4. Gli Stati parti del presente Patto riconoscono i benefici che risulteranno dall'incoraggiamento e dallo sviluppo dei contatti e dalla collaborazione internazionale nei campi scientifico e culturale".

ad esempio, l'art. 30 della Convenzione per i diritti delle persone con disabilità)³¹.

E in una terza accezione, infine – quella che qui rileva – per “diritto alla cultura” si intende il diritto per una determinata minoranza di conservare la propria originaria cultura o identità: in tal senso depone l'art. 27 del Patto internazionale sui diritti civili e politici³², nonché l'art. 30 della Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia³³.

Tra l'altro, si tende a distinguere tra diritto alla cultura e diritti culturali³⁴. Emblematica in tal senso è la Dichiarazione Universale Unesco

³¹ Art. 30 Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia: “1. *Gli Stati Parti riconoscono il diritto delle persone con disabilità a prendere parte su base di uguaglianza con gli altri alla vita culturale e adottano tutte le misure adeguate a garantire che le persone con disabilità: (a) abbiano accesso ai prodotti culturali in formati accessibili; (b) abbiano accesso a programmi televisivi, film, spettacoli teatrali e altre attività culturali, in formati accessibili; (c) abbiano accesso a luoghi di attività culturali, come teatri, musei, cinema, biblioteche e servizi turistici, e, per quanto possibile, abbiano accesso a monumenti e siti importanti per la cultura nazionale.* 2. *Gli Stati Parti adottano misure adeguate a consentire alle persone con disabilità di sviluppare e realizzare il loro potenziale creativo, artistico e intellettuale, non solo a proprio vantaggio, ma anche per l'arricchimento della società.* 3. *Gli Stati Parti adottano tutte le misure adeguate, in conformità al diritto internazionale, a garantire che le norme che tutelano i diritti di proprietà intellettuale non costituiscano un ostacolo irragionevole e discriminatorio all'accesso da parte delle persone con disabilità ai prodotti culturali.* 4. *Le persone con disabilità hanno il diritto, su base di uguaglianza con gli altri, al riconoscimento ed al sostegno della loro specifica identità culturale e linguistica, ivi comprese la lingua dei segni e la cultura dei sordi. (...)*”.

³² Art. 27: “*In quegli Stati, nei quali esistono minoranze etniche, religiose, o linguistiche, gli individui appartenenti a tali minoranze non possono essere privati del diritto di avere una vita culturale propria, di professare e praticare la propria religione, o di usare la propria lingua, in comune con gli altri membri del proprio gruppo*”.

³³ Art. 30: “*Negli Stati in cui esistono minoranze etniche, religiose o linguistiche oppure persone di origine autoctona, un fanciullo autoctono o che appartiene a una di tali minoranze non può essere privato del diritto di avere una propria vita culturale, di professare e di praticare la propria religione o di far uso della propria lingua insieme agli altri membri del suo gruppo*”.

³⁴ Si tende a distinguere tra diritto alla cultura e diritti culturali: per il primo si intende quel diritto, del quale titolari sono i singoli individui, di potere liberamente scegliere e mutare la propria religione, le proprie convinzioni ed il proprio pensiero (ad es. articoli 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del Patto internazionale sui diritti civili e politici); per diritti culturali, di cui titolari sono soggetti col-

sulla diversità culturale del 2001³⁵ la quale afferma, all'articolo 4, che è dovere di ogni Stato tutelare la diversità culturale, quale diritto inscindibile ed intrinsecamente connesso al diritto alla dignità umana³⁶; e all'articolo 5 che i diritti culturali fanno parte dei diritti fondamentali dell'essere umano e, pertanto, sono universali, indivisibili e interdipendenti³⁷.

lettivi, quali, appunto, le minoranze, si intende il diritto per queste ultime di mantenere la propria cultura e di non essere assimilate nella cultura ospitante (ad es. il diritto tutelato dall'art. 27 del Patto internazionale sui diritti civili e politici). Vedi, anche, art. 22 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo: "Ogni individuo, in quanto membro della società, ha diritto alla sicurezza sociale, nonché alla realizzazione attraverso lo sforzo nazionale e la cooperazione internazionale ed in rapporto con l'organizzazione e le risorse di ogni Stato, dei diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla sua dignità ed al libero sviluppo della sua personalità". I diritti culturali a loro volta possono dividersi in diritti culturali negativi, che prevedono limitazioni alla facoltà dello Stato di interferire con l'esercizio degli stessi da parte delle minoranze (come avviene ad esempio con le disposizioni normative che consentano ad una data minoranza di utilizzare la propria lingua negli enti pubblici locali), e positivi, che prevedono che lo Stato debba attivamente ad esempio, ai fini di agevolare o comunque tutelare una specifica minoranza (ad esempio, con il riconoscimento di fondi o sovvenzioni ad essa specificamente destinati). Così G. PINO, *Libertà Religiosa e Società Multiculturale*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Diritto, Tradizioni, Traduzioni*, Torino, 2013. Inoltre, sono state messe in luce le similitudini che caratterizzano da un lato i diritti culturali negativi e i diritti di libertà, e dall'altro i diritti culturali positivi e i diritti sociali (o di prestazione). Al riguardo v. J. LUTHER, *Le Frontiere dei diritti culturali in Europa*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Bari, 2003.

³⁵ Adottata all'unanimità a Parigi durante la 31esima sessione della Conferenza Generale dell'UNESCO, Parigi, 2 novembre 2001.

³⁶ Art. 4: "La difesa della diversità culturale è un imperativo etico, inscindibile dal rispetto della dignità della persona umana. Essa implica l'impegno a rispettare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali, in particolare i diritti delle minoranze e dei popoli autoctoni. Nessuno può invocare la diversità culturale per minacciare i diritti dell'uomo garantiti dal diritto internazionale, né per limitarne la portata". Vedi, anche, Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali, conclusa a Parigi il 20 ottobre 2005.

³⁷ Vedi, anche, art. 5: "I diritti culturali sono parte integrante dei diritti umani, che sono universali, indivisibili e interdipendenti. Lo sviluppo di una diversità creativa esige la piena realizzazione dei diritti culturali come definiti dall'Articolo 27 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo e dagli Articoli 13 e 15 della Convenzione Internazionale relativa ai diritti economici sociali e culturali. Ogni persona deve così potersi esprimere, creare e diffondere le sue opere nella lingua di sua scelta e in particolare nella

In tale contesto è, altresì, degna di nota la già citata Convenzione Unesco³⁸ che, all'art. 3 riconosce l'uguale dignità di tutte le culture, incluse quelle delle persone appartenenti alle minoranze, nella consapevolezza che la diversità culturale rappresenti un "patrimonio comune dell'umanità" che contribuisce alla piena realizzazione dei diritti umani e delle libertà fondamentali.

Parte della Convenzione medesima è, fra le altre, l'Unione europea, che ha rivestito un ruolo chiave ai fini della sua negoziazione³⁹. Non a caso dal 2007 la promozione della cultura assurge a elemento vitale nelle relazioni internazionali dell'UE⁴⁰ e costituisce uno dei principali obiettivi dell'Agenda europea per la cultura⁴¹, senza considerare

propria lingua madre; ogni persona ha il diritto ad una educazione e ad una formazione di qualità che rispettino pienamente la sua identità culturale; ogni persona deve poter partecipare alla vita culturale di sua scelta ed esercitare le sue attività culturali nei limiti imposti dal rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali". L. BERSANI, *La dimensione umana del patrimonio culturale nel diritto internazionale: identità e diritti culturali*, in *La comunità internazionale*, 2015, vol. 70, fasc. 1, p. 37 ss.

³⁸ Per approfondimenti sul sistema convenzionale sviluppatosi sotto l'egida dell'Unesco per la protezione del patrimonio culturale si rinvia a F. MUCCI, *La diversità del patrimonio e delle espressioni culturali nell'ordinamento internazionale - da ratio implicita a oggetto diretto di protezione*, Napoli, 2012, evidenziando come la Convenzione del 2005 esplicita il valore della diversità e ha ad oggetto gli ambienti creativi che originano e diffondono tutte le espressioni culturali, ponendo così l'accento sulla "vitalità" della cultura quale risorsa per lo sviluppo sostenibile.

³⁹ L'adesione dell'UE alla Convenzione dell'Unesco rispecchia l'impegno dell'Unione nel promuovere un ordine mondiale basato sulla pace, sullo Stato di diritto, sulla libertà di espressione, sulla comprensione reciproca e sul rispetto dei diritti fondamentali, quali i diritti umani, la parità di genere, la democrazia, la libertà di espressione e lo Stato di diritto, nonché la diversità culturale e linguistica.

⁴⁰ Comunicazione congiunta al Parlamento europeo e al Consiglio *Verso una strategia dell'UE per le relazioni culturali internazionali*, Bruxelles, 8 giugno 2016, presentata dalla Commissione e dal Servizio europeo per l'azione esterna (SEAE) con l'obiettivo di incoraggiare la cooperazione culturale tra l'UE e i suoi paesi partner. Sottolinea l'impegno dell'UE a promuovere le relazioni culturali internazionali attraverso il sostegno e l'assistenza ai paesi terzi e la promozione delle diverse culture degli Stati membri mediante la diplomazia culturale.

⁴¹ Comunicazione *Agenda europea per la cultura in un mondo in via di globalizzazione*, Bruxelles, 10.5.2007 COM/2007/0242 def. Impegno rinnovato nel 2018 per tenere conto dell'evoluzione del settore culturale: Comunicazione *Una nuova agenda europea per la cultura*, Bruxelles, 22.5.2018, COM(2018) 267 final con relativo docu-

che la diversità culturale “è parte integrante dei valori dell’Unione europea”⁴². Diversità culturale che è, altresì, tutelata nell’Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite⁴³ ove si riconosce che “tutte le culture e le civiltà possono contribuire a, e sono attori fondamentali per, lo sviluppo sostenibile” (par 36).

Per quanto concerne nello specifico il diritto europeo, un richiamo al dato culturale – sia pure con riferimento alla dimensione europea – è rinvenibile nell’articolo 3, par. 3, del Trattato sull’Unione europea, il quale sancisce che l’Unione “rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo”, il che è esplicitato, altresì, nell’articolo 167 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE)⁴⁴.

mento di accompagnamento (documento di lavoro dei servizi della Commissione-Inventario delle azioni comunitarie nel campo della cultura). Il 2018, tra l’altro, è stato l’Anno europeo del patrimonio culturale, con lo scopo di incoraggiare più persone a scoprire e interagire con il patrimonio culturale europeo e rafforzare il senso di appartenenza a uno spazio europeo comune. La nuova Agenda propone tre obiettivi strategici con una dimensione sociale, economica ed esterna: 1) sfruttare il potere della cultura per la coesione sociale e il benessere; 2) sostenere la creatività basata sulla cultura in materia di istruzione e innovazione, l’occupazione e la crescita; e 3) rafforzare le relazioni culturali internazionali. Finora è stata realizzata mediante il piano di lavoro per la cultura (2019-2022) adottato dal Consiglio il 27 novembre 2018 e modificato il 26 maggio 2020.

⁴² Così Comunicazione *Verso una strategia dell’UE per le relazioni culturali internazionali*, cit., la quale attesta che l’UE promuove la diversità culturale attraverso le relazioni culturali internazionali. In quanto partner fondamentale delle Nazioni Unite, l’UE coopera strettamente con l’UNESCO per salvaguardare il patrimonio culturale mondiale.

⁴³ Risoluzione adottata dall’Assemblea Generale il 25 settembre 2015 “*Trasformare il nostro mondo: l’Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile*”.

⁴⁴ Art. 167 TFUE: “1. L’Unione contribuisce al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, evidenziando nel contempo il retaggio culturale comune. 2. L’Azione dell’Unione è intesa ad incoraggiare la cooperazione tra Stati membri e, se necessario, ad appoggiare e ad integrare l’azione di questi ultimi nei seguenti settori: – miglioramento della conoscenza e della diffusione della cultura e della storia dei popoli europei, – conservazione e salvaguardia del patrimonio culturale di importanza europea, – scambi culturali non commerciali, – creazione artistica e letteraria, compreso il settore audiovisivo. 3. L’Unione e gli Stati membri favoriscono la cooperazione con i paesi terzi e le organizzazioni internazionali competenti in materia di cultura, in particolare con il Consiglio d’Europa. 4. L’Unione tiene conto degli aspetti culturali nell’azione che svolge a norma di al-

Una disposizione di tenore simile è rinvenibile, inoltre, nel preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ove si afferma che “L'Unione contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo di questi valori comuni nel rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli d'Europa”; e, parimenti, l'articolo 22 della sopracitata Carta, rubricato “Diversità culturale, religiosa e linguistica”, prevede che “L'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica”⁴⁵.

tre disposizioni dei trattati, in particolare ai fini di rispettare e promuovere la diversità delle sue culture. 5. Per contribuire alla realizzazione degli obiettivi previsti dal presente articolo: – il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato delle regioni, adottano azioni di incentivazione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri; – il Consiglio, su proposta della Commissione, adotta raccomandazioni”. Vedi, anche, art. 6 TFUE ai sensi del quale, nel settore della cultura, l'Unione ha competenza per svolgere azioni volte a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri e art. 207 TFUE ove si afferma che il Consiglio delibera all'unanimità anche per la negoziazione e la conclusione di accordi: a) nel settore degli scambi di servizi culturali e audiovisivi, qualora tali accordi rischino di arrecare pregiudizio alla diversità culturale e linguistica dell'Unione.

⁴⁵ Vedi, anche, l'art. 13 della Carta: “*le arti e la ricerca scientifica sono libere*”. Inoltre si segnala la Comunicazione 1° settembre 2005, “*Un'agenda comune per l'integrazione. Quadro per l'integrazione dei cittadini di paesi terzi nell'Unione europea*”, con la quale è stata individuata una serie di “*principi fondamentali comuni*” che si ispirano alla logica del modello multiculturalista: “*l'integrazione è un processo dinamico e bilaterale di adeguamento reciproco da parte di tutti gli immigrati e di tutti i residenti degli Stati membri*”; “*l'accesso degli immigrati alle istituzioni nonché a beni e servizi pubblici e privati, su un piede di parità con i cittadini nazionali e in modo non discriminatorio, costituisce la base essenziale di una migliore integrazione*”; “*l'interazione frequente di immigrati e cittadini degli Stati membri è un meccanismo fondamentale per l'integrazione. Forum comuni, il dialogo interculturale, l'educazione sugli immigrati e la loro cultura, nonché condizioni di vita stimolanti in ambiente urbano potenziano l'interazione tra immigrati e cittadini degli Stati membri*”; “*la pratica di culture e religioni diverse è garantita dalla Carta dei diritti fondamentali e deve essere salvaguardata, a meno che non sia in conflitto con altri diritti europei inviolabili o con le legislazioni nazionali*”.

Oltretutto il diritto del singolo alla propria identità culturale e religiosa discende dal regime di pluralismo confessionale e culturale delineato, altresì, dagli artt. 8, 9 e 14 della Convenzione europea⁴⁶ così come applicati dalla Corte di Strasburgo⁴⁷ e dagli artt. 9 e 117, co. 7, Cost.⁴⁸, oltre che dagli artt. 19-21 Cost.⁴⁹ relativi al diritto alla libertà religiosa, di pensiero e di coscienza e agli artt. 2 e 3 Cost.

È pur vero, però, come vedremo, che il riconoscimento di tale diritto, di rilievo primario, non può tradursi in una “illimitata” tutela a discapito di altrettante situazioni giuridiche fondamentali o costituzionalmente protette.

⁴⁶ G. RAIMONDI, *Il multiculturalismo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Questione giustizia*, 2017, n. 1, p. 159 ss. L'A. sottolinea che la Corte si trova spesso a doversi confrontare con consuetudini, tradizioni e sistemi di valori, e anche sistemi giuridici di Paesi extraeuropei. A questo livello, la Corte riconosce i limiti della sua competenza territoriale, che resta ovviamente regionale, ma allo stesso tempo è ferma sull'affermazione dei fondamentali diritti che essa è tenuta a proteggere. Quindi la Corte è chiamata a comporre tradizioni e approcci giuridici europei e non europei, che si confrontano in un mondo sempre più globalizzato.

⁴⁷ *Les droits culturels dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Consiglio d'Europa/Corte europea dei diritti dell'uomo, gennaio 2011, par. 1-2. La Convenzione europea non protegge esplicitamente i diritti culturali in quanto tali, tuttavia, la Corte, per mezzo di un'interpretazione dinamica di diversi articoli della Convenzione, ha progressivamente riconosciuto l'esistenza di alcuni diritti che possono rientrare nella nozione di diritti culturali in senso ampio. Tra questi vi sono il diritto all'accesso alla cultura, il diritto all'identità culturale e il diritto alla protezione del patrimonio culturale e naturale. La giurisprudenza della Corte europea attribuisce rilevanza fondamentale al dialogo interculturale e al rispetto delle minoranze quali condizioni necessarie per la difesa della società democratica e la conservazione del pluralismo. Vedi, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 dicembre 1976, ricorso n. 5493/72, *Handyside c. Regno Unito* che richiama “(...) le esigenze di quel pluralismo, di quella tolleranza e di quella apertura mentale senza i quali non vi è una 'società democratica'” e sentenza del 13 agosto 1981, *Young, James e Webster c. Regno Unito*, ricorsi nn. 7601/76 e 7806/77 che ha aggiunto il rispetto delle minoranze.

⁴⁸ Art. 9 Cost.: “La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione”. E l'art. 117 Cost. viene in rilievo nella parte in cui prevede che: “Le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica (...)”.

⁴⁹ Per approfondimenti si rinvia a G. AZZARITI, *Multiculturalismo e Costituzione*, in *Questione giustizia*, 2017, n. 1, p. 120 ss.

3. *La cultural defense: le origini e la sua rilevanza nei rapporti uomo-donna*

La *cultural defense* o difesa/eccezione culturale, la cui origine, come noto, si rinviene nei sistemi di *common law* per estendersi, da decenni, anche agli ordinamenti di *civil law*, viene ricondotta, appunto all'esercizio del diritto fondamentale alla cultura⁵⁰ e, in particolare, alla religione⁵¹ e alla tradizione, cui le minoranze culturali ancorano, di norma, la propria coesione identitaria in contrapposizione alla cultura ospitante⁵².

Nella prospettiva statunitense in cui si intersecano diritto penale sostanziale e processuale, la *cultural defense*⁵³ assume una duplice valenza: quale strategia difensiva dell'imputato, da un punto di vista processuale; quale causa di esclusione o di limitazione della responsabilità penale, sul piano sostanziale.

Il *leading case* in materia di *cultural defense* è il celebre caso *Kimura*, risalente al 1985⁵⁴, che vedeva imputata di duplice omicidio negli Stati Uniti una donna appartenente alla minoranza culturale giapponese, la quale, dopo aver scoperto il tradimento del marito, tentò di sui-

⁵⁰ A.D. RENTELN, *Cultural Defense in International Criminal Tribunals: A Preliminary Consideration of the Issue*, in *Southwestern Journal of International Law*, 2012, n. 18, p. 4 ss.

⁵¹ Art. 18 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici; art. 18 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

⁵² C. PINELLI, *Società Multiculturale e Stato Costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2009, n. 9, ha sostenuto che le minoranze si rifugino nella religione e nella tradizione ai fini di ri-definirsi di fronte alla percezione della propria cultura come contrastante con i valori fondanti dello Stato ospitante.

⁵³ A. DUNDES RENTE, *Come dare più spazio alle culture e alle differenze culturali nei giudizi davanti alle Corti (Making room for Culture in the Court)*, in *Questione giustizia*, 2017, n. 1, p. 171. L'A. sottolinea che l'utilizzo della difesa culturale o "*cultural defense*" è fondato non solo sulla necessità di garantire il principio di uguaglianza, ma anche sul diritto costituzionale alla difesa effettiva garantito dal VI emendamento della Costituzione americana. Inoltre si segnala che l'A., al fine di aiutare i giudici nell'*iter* valutativo delle rivendicazioni culturali, ha suggerito un test per la *cultural defense* che ciascun giudice potrebbe applicare. Il test consiste di queste domande: 1) L'imputato o il ricorrente appartiene ad un gruppo etnico? 2) L'usanza appartiene al gruppo etnico in questione? 3) La condotta dell'imputato o del ricorrente è stata influenzata da tale usanza?

⁵⁴ *People vs Kimura*, No. A-09113, LA Sup. Ct. 1985.

cidarsi e di uccidere (annegandoli) i propri figli, realizzando così la pratica dell'*oyaku-shinju* (suicidio cerimoniale del genitore e della prole) a seguito della quale solo i bambini persero la vita⁵⁵.

L'imputata scelse allora di sollevare un'eccezione culturale, enfatizzando l'importanza della natura culturalmente motivata della propria condotta. L'*oyaku-shinju*, infatti, è una pratica che, seppur illegale in Giappone, veniva punita assai più lievemente di un normale omicidio (addirittura in molti casi il genitore sopravvissuto non era neppure sottoposto ad azione penale), risalendo ad una antica convinzione secondo cui, per una madre, il peggior crimine possibile fosse quello di lasciare orfani i propri figli: mediante il doppio suicidio ella avrebbe risparmiato, pertanto, a questi ultimi la sofferenza di una vita senza genitrice, e al contempo avrebbe lavato l'onta subita con la propria morte⁵⁶.

In seguito all'esposizione mediatica ricevuta dal processo, la comunità giapponese statunitense raccolse oltre 25.000 firme per chiedere alla pubblica accusa di lasciar cadere il caso: Kimura venne alla fine condannata alla pena di un solo anno di reclusione, sulla base di una *cognitive insanity defense*.

E ancora, a titolo esemplificativo, giova richiamare il Caso *Chen*. Nel 1987 Dong Lu Chen, un cinese immigrato da un anno a New York, uccise con otto colpi di martello la moglie, Jian Wan Chen, qualche giorno dopo avergli confessato di avere una relazione extracongiugale. Imputato del reato di *murder*, durante il processo Chen sostenne che il proprio *background* culturale avrebbe influenzato in maniera determinante il suo comportamento in quanto, per la cultura cinese, l'adulterio è considerato un insulto gravissimo non solo nei confronti del marito, ma anche dei suoi antenati e di tutta la sua discendenza. A conferma di ciò, nel processo fu chiamato a testimoniare un antropologo esperto in sinologia, il quale evidenziò che le reazioni violente in seguito alla scoperta di adulterio sono comuni in Cina, sebbene sfocino di rado in omicidio giacché la comunità vicina alla coppia

⁵⁵ Caso analizzato in A.D. RENTELN, *The Cultural Defense*, Oxford, 2004, n. 25; C. SORIO, *I Reati Culturalmente Motivati: La Cultural Defense in Alcune Sentenze Statunitensi, in Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale*, 2008, p. 10 ss.

⁵⁶ T.L. BRYANT, *Oya-Ko Shinju: Death at the Center of the Heart*, in *Pacific Basin Law Journal*, 1990.

usualmente interviene per mediare il conflitto generato dal tradimento. Nel caso di specie, tuttavia, l'isolamento socio-culturale nel quale viveva la coppia e l'assenza di una comunità di connazionali che mediasse la reazione del marito, avrebbero agevolato il tragico epilogo. Il giudice, all'esito del processo, persuaso da siffatti argomenti difensivi, non ribattuti dal *prosecutor*, riconobbe a favore di Chen la *defense* dell'*extreme emotional disturbance*, condannandolo per il mero reato di *manslaughter* di secondo grado a cinque anni di *probation*. In particolare, il giudice affermò che "se il reato fosse stato commesso da un imputato nato e cresciuto in America, o nato altrove ma cresciuto principalmente in America, anche nella comunità dei Cinesi d'America, la Corte sarebbe stata costretta a riconoscerlo colpevole di *manslaughter* di primo grado (...). Ma alla luce dei fattori culturali va considerato l'effetto del comportamento della moglie su qualcuno che è essenzialmente nato in Cina, cresciuto in Cina e che si è portato dietro tutta la sua cultura cinese tranne la comunità che avrebbe moderato la sua reazione; la Corte (...), considerati i peculiari fatti e le particolari circostanze di questo caso (...) e la testimonianza dell'esperto (...), riconosce l'imputato colpevole di *manslaughter* di secondo grado (...). Chen era il prodotto della sua cultura (...). La cultura non è mai stata considerata una scusante (*excuse*), ma è qualcosa che lo ha fatto tracolare (*crack*) più facilmente".

La *cultural defense* è, peraltro, un istituto noto anche ad ordinamenti europei, ed in particolare a quello tedesco: in Germania, infatti, sin dagli anni '70 le difese culturali sono state ritenute idonee, seppur non a fondare una sostanziale assoluzione come nell'ordinamento statunitense, a far derubricare il reato di omicidio da *mord* (omicidio qualificato) a *totschlag* (omicidio semplice), reato per il quale è prevista una pena ben più mite. Il primo esempio di detto orientamento giurisprudenziale risale addirittura al 1966, in un caso deciso dal *Bundesgerichtshof*⁵⁷, nel quale veniva cassata una sentenza di merito, di condanna per *mord* di un immigrato che aveva ucciso la propria padrona di casa, ritenendola responsabile della violenza sessuale subita dalla mo-

⁵⁷ Bundesgerichtshof, 26.04.1966, caso pubblicato in F. BASILE, *Panorama di Giurisprudenza Europea sui c.d. Reati Culturalmente Motivati*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale*, 2008, n. 30.

glie; la Corte esclude che l'agente fosse spinto da motivi abietti, proprio in virtù della sua appartenenza ad una minoranza culturale⁵⁸.

4. Donne migranti e “difesa culturale” nell'ordinamento penale italiano

La “cultura” nell'ordinamento italiano assume, invece, sfumature diverse.

Come noto, gli usi non rappresentano né una scriminante né un'attenuante rispetto a delitti di cui sono vittime, in particolare, le donne; il c.d. delitto d'onore – che puniva con una pena più lieve chiunque avesse provocato la morte del coniuge, della figlia o della sorella, nell'atto di scoprire l'illegittima relazione carnale e nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onore suo o della famiglia – è già stato eliminato con l'abrogazione dell'art. 587 c.p. “Omicidio o lesione personale a causa di onore”⁵⁹ ad opera della legge L. 5 agosto 1981 n. 442 e le sentenze della Corte Costituzionale nn. 126/1968⁶⁰ e

⁵⁸ Emblematico, altresì, è il caso “*People v. Metallides*”: ipotesi di assoluzione d'un immigrato di origine greca imputato per l'omicidio d'un amico (avvenuto dopo la scoperta dello stupro della figlia). La difesa fondò le proprie argomentazioni sulla sussistenza di una sorta di vizio totale di mente (*temporary insanity defense*) quale causa di esclusione della colpevolezza, sottolineando come il concetto d'onore radicato nella cultura d'origine avesse giustificato l'omicidio. Metallides fu così assolto dalla Corte la quale affermò che la reazione fosse dipesa dal retaggio culturale della persona, inquadrando però l'argomento nel vizio di mente.

⁵⁹ Testo dell'abrogato art. 587 c.p.: “*Chiunque cagiona la morte del coniuge, della figlia o della sorella, nell'atto in cui ne scopre la illegittima relazione carnale e nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onore suo o della famiglia, è punito con la reclusione da tre a sette anni. Alla stessa pena soggiace chi, nelle dette circostanze, cagiona la morte della persona, che sia in illegittima relazione carnale col coniuge, con la figlia o con la sorella. Se il colpevole cagiona, nelle stesse circostanze, alle dette persone, una lesione personale, le pene stabilite negli articoli 582 e 583 sono ridotte a un terzo; se dalla lesione personale deriva la morte, la pena è della reclusione da due a cinque anni. Non è punibile chi, nelle stesse circostanze, commette contro le dette persone il fatto preveduto dall'articolo 581*”.

⁶⁰ Corte Cost., sentenza del 16 dicembre 1968, n. 126 dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 559 c.p. (adulterio) ex art. 29 Cost.: “*La Corte ritiene che la questione meriti di essere riesaminata. Il principio che il marito possa violare impunemente l'obbligo della fedeltà coniugale, mentre la moglie debba essere punita... rimonta ai tempi remoti nei quali la donna... si trovava in stato di soggezione alla potestà maritale. Da allora molto è mutato nella vita*

147/1969⁶¹ hanno rimosso la discriminatoria disciplina penale di adulterio e concubinato⁶².

Nella prassi giurisprudenziale il problema dell'incidenza del movente culturale si è posto principalmente in relazione a due tipologie di beni giuridici: da un lato, i reati posti a tutela di beni fondamentali della persona (libertà personale, libertà sessuale, incolumità fisica) come maltrattamenti in famiglia, abuso dei mezzi di correzione, riduzione e mantenimento in schiavitù, accattonaggio⁶³, violenza sessuale; dall'al-

sociale: la donna ha acquistato pienezza di diritti... fino a raggiungere piena parità con l'uomo... mentre il trattamento differenziato in tema di adulterio è rimasto immutato". "Ritiene la Corte, alla stregua dell'attuale realtà sociale, che la discriminazione, lungi dall'essere utile, è di grave nocimento alla concordia ed alla unità della famiglia. La legge, non attribuendo rilevanza all'adulterio del marito e punendo invece quello della moglie, pone in stato di inferiorità quest'ultima, la quale viene lesa nella sua dignità, è costretta a sopportare l'infedeltà e l'ingiuria, e non ha alcuna tutela in sede penale". Diversamente la sentenza della Corte Cost. n. 64/1961 non riscontrò nessuna illegittimità relativamente all'art. 559 c.p.: "Che la moglie conceda i suoi amplessi ad un estraneo è apparso al legislatore... offesa più grave che non quella derivante dalla isolata infedeltà del marito... Trattasi della constatazione di un fatto della vita sociale, di un dato della esperienza comune... Da solo esso è idoneo a costituire quella diversità di situazione che esclude ogni carattere arbitrario e illegittimo nella diversità di trattamento". "Il legislatore ha evidentemente ritenuto di avvertire una diversa e maggiore entità della illecita condotta della moglie". "L'azione disgregatrice che sulla intera famiglia e sulla sua coesione morale cagiona la sminuita reputazione nell'ambito sociale... il turbamento psichico... che... il pensiero della madre fra le braccia di un estraneo determina nei giovani figli; non ultimo il pericolo della introduzione nella famiglia di prole non appartenente al marito, e che a lui viene, tuttavia, attribuita per presunzione di legge".

⁶¹ Corte Cost., sentenza del 27 novembre 1969, n. 147.

⁶² Art. 560 c.p. La distinzione tra adulterio (della moglie) e concubinato (adulterio del marito) originava dal fatto che, mentre per quanto concerneva la possibilità dell'adulterio della moglie era considerato sufficiente il determinarsi di un solo rapporto sessuale illecito, diverso trattamento era stabilito per il marito. La punibilità dei rapporti sessuali extra matrimoniali di quest'ultimo veniva infatti a delinarsi solo nel momento in cui essi concretassero una vera e propria relazione stabile, sfociante nel cosiddetto concubinato.

⁶³ In tema di costrizione di minori all'accattonaggio, la giurisprudenza ha da tempo escluso ogni rilevanza scriminante alle tradizioni culturali dei popoli rom per le quali l'accattonaggio assume il valore di un vero e proprio sistema di vita. Segnatamente, è stato affermato che non è invocabile, da parte degli autori delle condotte di riduzione e mantenimento in servitù perpetrate in danno di minori ridotti in stato di soggezione continuativa e costretti all'accattonaggio, la causa di giustificazione dell'esercizio del diritto per richiamo alle consuetudini tipiche della cultura nomade, atteso che la consuetudine può avere effica-

tro, le fattispecie riconducibili alla tutela dell'ordine pubblico (come le contravvenzioni di porto abusivo d'armi e il divieto, *ex art. 5 l. 152/1975*, di uso di caschi protettivi o di altro mezzo idoneo a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona). Con riguardo a quest'ultima tipologia di reati, il diritto all'identità culturale e religiosa è stato però considerato recessivo⁶⁴ anche rispetto alla tutela della pacifica convivenza e della sicurezza pubblica⁶⁵.

cia scriminante solo in quanto richiamata da una legge (secondo il principio di gerarchia delle fonti di cui all'art. 8 disp. prel. c.c.). Così Cass. 15 giugno 2012, n. 37638.

⁶⁴ Cass., sentenza del 31 marzo 2017, n. 24084, secondo cui *“in una società multietnica, la convivenza tra soggetti di etnia diversa richiede necessariamente l'identificazione di un nucleo comune in cui immigrati e società di accoglienza si debbono riconoscere. Se l'integrazione non impone l'abbandono della cultura di origine, in consonanza con la previsione dell'art. 2 Cost. che valorizza il pluralismo sociale, il limite invalicabile è costituito dal rispetto dei diritti umani e della civiltà giuridica della società ospitante. È quindi essenziale l'obbligo per l'immigrato di conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale, in cui ha liberamente scelto di inserirsi, e di verificare preventivamente la compatibilità dei propri comportamenti con i principi che la regolano e quindi della liceità di essi in relazione all'ordinamento giuridico che la disciplina. La decisione di stabilirsi in una società in cui è noto, e si ha consapevolezza, che i valori di riferimento sono diversi da quella di provenienza ne impone il rispetto e non è tollerabile che l'attaccamento ai propri valori, seppure leciti secondo le leggi vigenti nel paese di provenienza, porti alla violazione cosciente di quelli della società ospitante”*. La vicenda riguarda il noto caso del soggetto trovato a circolare con un coltello alla cintura in violazione dell'art. 4, co. 2, l. 18 aprile 1975 n. 110 che punisce con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda colui che “senza giustificato motivo” porta fuori dalla propria abitazione strumenti da punta o da taglio atti ad offendere. Nel caso specifico, l'imputato si era difeso affermando che il porto del coltello era giustificato dal credo religioso per essere il Kirpan “uno dei simboli della religione monoteista Sikh” e aveva invocato la garanzia posta dall'art. 19 Cost. Sul tema si veda R. PERRONE, *Porto ingiustificato di arma da parte dei migranti e “conformazione ai valori del mondo occidentale”*, in *Consulta on line*, 2017, p. 394 ss.

⁶⁵ Cass., sentenza dell'1 marzo 2016, n. 24739; sentenza del 24 febbraio 2016, n. 25163; nonché Corte Cost., 24 marzo 2016, n. 63 laddove si legge: *“Nella Costituzione italiana ciascun diritto fondamentale, compresa la libertà di religione, è predicato unitamente al suo limite; sicché non v'è dubbio che le pratiche di culto, se contrarie al «buon costume», ricadano fuori dalla garanzia costituzionale di cui all'art. 19 Cost.; né si contesta che, qualora gli appartenenti a una confessione si organizzino in modo incompatibile «con l'ordinamento giuridico italiano», essi non possano appellarsi alla protezione di cui all'art. 8, comma 2, Cost. Tutti i diritti costituzionalmente protetti sono soggetti al bilanciamento necessario ad assicurare una tutela unitaria e non frammentata degli interessi costituzionali in gioco, di modo che nessuno di essi fruisca di una tutela assoluta e illimitata e possa, così, farsi ‘tiranno’ (sentenza*

Con riferimento alla prima tipologia, secondo l'orientamento consolidato della Corte di Cassazione in materia di maltrattamenti in famiglia, la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, nonché i principi costituzionali della pari dignità ed eguaglianza (artt. 2 e 3 Cost.), sono alla base dell'ordinamento giuridico italiano e costituiscono un limite invalicabile contro l'introduzione, di diritto e di fatto, nella società civile di consuetudini, prassi, costumi con essi assolutamente incompatibili. Pertanto, la configurabilità di una scriminante⁶⁶ deve escludersi in tutti i casi in cui l'esercizio del diritto alla propria identità culturale si traduca nella negazione dei diritti fondamentali⁶⁷ configurati dall'ordinamento costituzionale⁶⁸ e presidiati dalle norme penali violate.

n. 85 del 2013). Tra gli interessi costituzionali da tenere in adeguata considerazione nel modulare la tutela della libertà di culto – nel rigoroso rispetto dei canoni di stretta proporzionalità, per le ragioni spiegate sopra – sono senz'altro da annoverare quelli relativi alla sicurezza, all'ordine pubblico e alla pacifica convivenza”.

⁶⁶ Così Cass., 13 maggio 2021, n. 30538. Vedi nota di L. CARRELLI, *L'incerto rilievo del fattore culturale nella dogmatica del reato*, in *Cassazione penale*, 2022, fasc. 7-8, p. 2682 ss. Il fatto storico da cui trae origine la vicenda giuridica in esame ha visto la condanna definitiva di H.V. per il reato di riduzione in schiavitù commesso ai danni della figlia minore. Nello specifico, quest'ultima era stata “ceduta” senza il suo consenso alla famiglia del soggetto cui era stata promessa in sposa. Ad avviso del ricorrente, la cessione della figlia – peraltro realizzata verso il corrispettivo di un prezzo (cd. “prezzo della sposa”) – era avvenuta non già in base ad una mera tradizione, bensì in conformità alle norme vigenti nell'ordinamento giuridico della comunità Rom. La sentenza indaga la rilevanza della matrice asseritamente culturale della condotta dell'imputato. Conclusivamente, atteso che il bene giuridico tutelato dall'art. 600 c.p. è costituito dalla libertà intesa come *status libertatis* e, cioè, come “*il complesso delle manifestazioni che si riassumono in tale stato e la cui negazione comporta l'annientamento della stessa personalità dell'individuo*”, la Corte esclude qualsivoglia possibilità di attribuire valenza scriminante alla supposta volontà dell'imputato di aderire alle regole e alle consuetudini della comunità Rom.

⁶⁷ Cass., sentenza del 29 gennaio 2018, n. 29613 ove si precisa che nessuna forma di rispetto per dette tradizioni del cittadino straniero potrà mai comportare l'abdicazione del sistema penale alla punizione delle condotte aggressive dei diritti fondamentali, quali i diritti inviolabili dell'uomo e i beni ad essi collegati.

⁶⁸ Corte Cost., sentenza del 19 novembre 2012, n. 264, secondo cui tutti i diritti fondamentali si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è pertanto possibile individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri.

A titolo esemplificativo si richiama la sentenza della Cassazione n. 46300 del 2008 in materia di violenze e maltrattamenti nel contesto familiare (art. 572 c.p.)⁶⁹. Essa origina dal ricorso di un immigrato marocchino basato sull'assenza dell'elemento psicologico nella commissione delle violenze, in ragione della diversa concezione dei rapporti familiari propria della cultura islamica, e respinta dalla Cassazione. Il soggetto in questione lamentò di aver subito un pregiudizio etnocen-

⁶⁹ Cass., sentenza del 16 dicembre 2008, n. 46300, laddove si legge che *“l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti in famiglia, integrato dalla condotta dell'agente che sottopone la moglie ad atti di vessazione reiterata, non può essere escluso dalla circostanza che il reo sia di religione musulmana e rivendichi, particolari potestà in ordine al proprio nucleo familiare, in quanto si tratta di concezioni che si pongono in assoluto contrasto con le norme cardine che informano e stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano e della regolamentazione concreta nei rapporti interpersonali”*. In tema di maltrattamenti in famiglia, si veda, *ex multis*, Cass., sentenza del 26 aprile 2011, n. 26153, secondo cui *“atteggiamenti derivanti da subculture in cui sopravvivono autorappresentazioni di superiorità di genere e pretese da padre/marito-padrone non possono rilevare né ai fini dell'indagine sull'elemento soggettivo del reato né a quella concernente l'imputabilità dell'imputato”*. Nel caso di specie, secondo la Corte, il fatto che *“tali atteggiamenti fossero proseguiti per trent'anni – costituendo perciò il costume abituale di un anacronistico pater familias maschilista e intollerante, refrattario alla modificazione del costume e alla vigenza delle leggi della Repubblica che hanno progressivamente dato attuazione al principio costituzionale di uguaglianza tra i coniugi – lungi dal potersi considerare una scriminante o un'attenuante – è stata correttamente valutata dai giudici di merito ai fini dell'intensità del dolo e dell'entità della sofferenza e del danno patito dai famigliari conviventi”*. Ancora, sentenza del 26 marzo 2009, n. 32824 secondo la quale, accertata la responsabilità per il delitto di maltrattamenti, correttamente è esclusa la possibilità di concedere l'applicazione delle circostanze attenuanti generiche, invocate per essere le condotte punite giustificate dalla condivisione di tradizioni etico-sociali, di natura essenzialmente consuetudinaria benché nel complesso di indiscusso valore culturale prevale il principio di obbligatorietà della legge penale per cui tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato, soprattutto quando la tutela penale riguarda materie di rilevanza costituzionale, come la famiglia; sentenza del 10 maggio 2012, n. 36564; sentenza del 19 marzo 2014 n. 19674; sentenza del 7 ottobre 2009, n. 48272, secondo cui *“i valori fondamentali dell'ordinamento (consacrati nei principi di cui agli artt. 2, 3, 30, 32 della Costituzione) che fanno parte del visibile e consolidato patrimonio etico-culturale della nazione e del contesto sovranazionale in cui la stessa è inserita (...) non sono suscettibili di deroghe di carattere soggettivo e non possono essere oggetto, da parte di chi vive e opera nel nostro territorio ed è quindi soggetto alla legge penale italiana, di valida eccezione di ignoranza scusabile”*.

trico da parte del giudice di merito nell'applicare schemi valutativi tipici della cultura occidentale senza tener conto della diversità culturale e religiosa del soggetto agente: gli ermellini respinsero il ricorso motivando come l'assunto difensivo non fosse in alcun modo accoglibile in quanto "in contrasto con le norme cardine che informano e stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano e della regolamentazione concreta dei rapporti interpersonali". La Corte di Cassazione con la pronuncia in questione precisa, tra l'altro, come sia "del tutto evidente che entrambe le prospettive, nel nostro sistema penale, intanto possono attuarsi se e nella misura in cui non contrastino con i principi cardine del nostro ordinamento, anche di rango costituzionale [...] non possono essere oggetto di deroga neanche quando trovano un ostacolo in una concezione culturale o religiosa diversa da quella tradizionalmente presente".

La giurisprudenza, pertanto, condanna per il reato di maltrattamenti, art. 572 c.p., il marito che usa violenza, fisica o psichica nei confronti della moglie sulla base di un codice familiare culturale che autorizza tale comportamento in nome della posizione autoritaria riconosciuta al capo famiglia.

Alla medesima conclusione giunge la Cassazione in tema di scriminanti culturali putative ogni qual volta il diritto asseritamente riconosciuto dalla cultura di origine sia oggettivamente incompatibile con le regole dell'ordinamento italiano.

Nello specifico, ad esempio, l'applicazione della scriminante del consenso dell'avente diritto *ex art. 50 c.p.* ai fatti culturalmente orientati⁷⁰ solleva il problema relativo all'accertamento della sussistenza di una volontà autenticamente libera. Sul punto la dottrina discerne le

⁷⁰ In tema di cause di giustificazione si veda anche, sentenza del 29 gennaio 2015, n. 149602, secondo cui "lo straniero imputato di un delitto contro la persona o contro la famiglia (nella specie: maltrattamenti in famiglia, violenza sessuale, violazione degli obblighi di assistenza familiare) non può invocare, neppure in forma putativa la scriminante dell'esercizio di un diritto correlata a facoltà asseritamente riconosciute dall'ordinamento dello Stato di provenienza, qualora tale diritto debba ritenersi oggettivamente incompatibile con le regole dell'ordinamento italiano in cui l'agente ha scelto di vivere, attesa l'esigenza di valorizzare – in linea con l'art. 3 Cost. – la centralità della persona umana, quale principio in grado di armonizzare le culture individuali rispondenti a culture diverse e di consentire quindi l'instaurazione di una società civile multietnica".

ipotesi in cui la persona che presta il consenso sia stata meramente influenzata dalla cultura del gruppo di origine conservando intatta la propria capacità di autodeterminarsi, da quelle in cui la decisione sia stata, invece, coartata psicologicamente, nel qual caso giurisprudenza consolidata in tema di maltrattamenti in famiglia nega che la condotta dell'agente possa essere scriminata dal consenso dell'avente diritto⁷¹.

Esclusa, dunque, l'idoneità del fattore culturale a scriminare la rilevanza penale di condotte lesive di beni fondamentali⁷², si tende a ri-

⁷¹ Cfr., Cass., sentenza del 20 ottobre 1999, n. 3398, laddove si legge che *“il reato di maltrattamenti in famiglia non può essere scriminato dal consenso dell'avente diritto, sia pure affermato sulla base di opzioni sub-culturali relative ad ordinamenti diversi da quello italiano. Dette sub-culture, infatti, ove vigenti, si porrebbero in assoluto contrasto con i principi che stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano, in particolare con la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo sanciti dall'art. 2 Cost., i quali trovano specifica considerazione in materia di diritto di famiglia negli artt. 29-31 Cost.”*. Nel caso di specie, la scriminante del consenso dell'avente diritto era stata fondata sull'origine albanese dell'imputato e delle persone offese per le quali varrebbe un concetto di rapporti familiari diverso da quello vigente nel nostro ordinamento.

⁷² La variabile culturale è stata, invece, interpretata quale causa di esclusione della colpevolezza in talune ipotesi di ignoranza inevitabile della legge penale. Vedi Cass., sentenza del 22 giugno 2011, n. 43646, che ha escluso la colpevolezza di una donna di nazionalità nigeriana che aveva sottoposto il figlio di poche settimane ad un intervento di circoncisione praticato da soggetto non autorizzato all'esercizio di attività medica a seguito del quale era derivata una grave emorragia che aveva richiesto un ricovero d'urgenza in ospedale. Nel caso di specie, i giudici di legittimità hanno negato la sussistenza di una scriminante religiosa in funzione degli artt. 51 c.p. e 19 Cost. riconoscendo, tuttavia, valore esimente all'*error iuris* inevitabile ex art. 5 c.p.: *“è certamente dato oggettivo incontestabile il difettoso raccordo che si determina tra una persona di etnia africana, che, migrata in Italia, non è risultata essere ancora integrata nel relativo tessuto sociale, e l'ordinamento giuridico del nostro Paese; non può tale situazione risolversi semplicisticamente a danno della prima, che, in quanto portatrice di un bagaglio culturale estraneo alla civiltà occidentale, viene a trovarsi in una oggettiva condizione di difficoltà nel recepire, con immediatezza, valori e divieti a lei ignoti. Quanto all'aspetto soggettivo, non possono essere ignorati (...) il basso grado di cultura dell'imputata e il forte condizionamento derivatole dal mancato avvertimento di un conflitto interno, circostanze queste che sfumano molto il dovere di diligenza dell'imputata finalizzato alla conoscenza degli ambiti di liceità consentiti nel diverso contesto territoriale in cui era venuta a trovarsi”*. In tal caso la Corte ha distinto l'ipotesi della circoncisione rituale di matrice religiosa praticata dagli ebrei da quella motivata da tradizioni etniche. La prima trova la sua legittimazione nella legge 8 marzo 1989, n. 101 che contiene un impli-

conoscere a quest'ultimo, la capacità di incidere sulla determinazione del trattamento sanzionatorio⁷³, sia con riferimento alla commisurazione della pena all'interno della cornice edittale, che al riconoscimento di attenuanti generiche di cui all'art. 62 *bis* c.p.⁷⁴ o dell'attenuante dei motivi di particolare valore morale o sociale di cui all'art. 62, n. 1 c.p.⁷⁵.

cito riconoscimento della conformità della pratica circoncisoria ebraica ai principi dell'ordinamento giuridico italiano.

⁷³ A. BIGIARINI, *La prova culturale nel processo penale*, cit., pp. 411- 419. Ai fini della configurabilità di un reato culturalmente orientato risulta dirimente fornire in sede processuale la "prova culturale". Tale prova si articola in due distinte fasi di accertamento: la prima attiene all'indagine sui motivi che hanno spinto il soggetto a commettere il reato ed è volta a stabilire se la causa psichica che ha determinato l'agente possa trovare una spiegazione nei valori della cultura di cui è portatore; nella seconda fase, occorre dimostrare la "dimensione oggettiva" della motivazione che conferma come la causa psichica, che ha portato l'agente a commettere il reato, non è solo espressione di una sua aspirazione individuale, ma è piuttosto riconducibile a pratiche, riti o tradizioni ben sedimentate in un determinato gruppo etnico (cd. "coincidenza di reazione"). L'A., nel sottolineare la centralità della perizia culturale – che, ai sensi dell'art. 220 c.p.p., consente di acquisire le conoscenze specialistiche dell'antropologo, in veste di esperto culturale – evidenzia che, nella prassi giudiziaria, solo di rado il giudice vi fa ricorso. Stando così le cose, è onere del bravo avvocato evidenziare l'incidenza del fattore culturale sul comportamento penalmente rilevante dell'assistito, mercé la nomina di un esperto culturale in qualità di consulente tecnico di parte.

⁷⁴ Trib. Milano, sentenza del 19 settembre 2014, con riferimento all'imputato, proveniente da un Paese dell'Estremo Oriente (Filippine) resosi colpevole, in danno della moglie e delle figlie minorenni, di maltrattamenti fisici e psicologici afferma che nella dosimetria della pena va, invero, tenuto conto delle componenti culturali di origine del reo, proporzionandola in misura inferiore rispetto al medio edittale.

⁷⁵ Vedi, anche, Cass. pen., sentenza del 26 giugno 2007, n. 34909, che riguardava due giovani immigrati marocchini sposati secondo l'uso marocchino, con un matrimonio combinato dai genitori della sposa, senza tuttavia andare a convivere. Iniziata la convivenza il marito costringe la moglie ad avere un rapporto sessuale, dopo averla trascinata sul letto e averle tenuto la bocca tappata con un cuscino. Lo stesso comportamento si ripete nei giorni successivi. Il marito – condannato per il reato di violenza sessuale – ricorre in Cassazione, deducendo tra l'altro, ignoranza inevitabile della legge penale violata e mancanza di dolo: egli, infatti, non solo avrebbe ignorato che in Italia la violenza sessuale intraconiugale costituisce reato (non avendo essa rilevanza penale nel suo ordinamento di origine) ma, sul piano fattuale, avrebbe altresì ignorato che la ragazza era stata costretta al matrimonio dai di lei genitori; in ogni caso, poi, i fatti si sarebbero verificati nella prima settimana di matrimonio tra due persone vergini e ses-

Tuttavia, da tempo, la giurisprudenza prevalente tende ad escludere pure l'applicazione delle attenuanti⁷⁶, inasprendo, fra l'altro, le sanzioni penali con l'aggravante dei futili motivi⁷⁷. E al riguardo il GREVIO mostra apprezzamento, rilevando, però, che taluni tribunali di fatto continuano ad applicare le attenuanti citate, appellandosi a motivi come i "sentimenti feriti" e la "delusione" del perpretatore. Esso, pertanto, esorta le autorità italiane ad adottare misure ulteriori per superare il concetto tradizionale secondo cui l'onore e il prestigio di un uomo o della famiglia possano essere lesi dal comportamento delle donne, alla stregua di una impostazione patriarcale; e impone di garantire, anche attraverso la formazione degli operatori ed il monitoraggio delle prassi giudiziarie, che per nessun motivo la trasgressione di nor-

sualmente inesperte. La Cassazione, tuttavia, respinge il ricorso e conferma la condanna per il delitto di violenza sessuale. Decisiva, ai fini della conferma della condanna, risulta indubbiamente la considerazione del livello di offensività del fatto commesso: la violenza sessuale, infatti, è un reato di danno, posto a tutela di un fondamentale bene giuridico (la libertà di autodeterminazione in ambito sessuale). Ad ogni modo la Cassazione nel respingere il ricorso del marito-imputato, dà atto anche del riconoscimento, a suo favore, dell'attenuante della minore gravità di cui all'art. 609 *bis* co. 3 c.p., rilevando che si tratta di "*fatti commessi nell'ambito di un rapporto di coniugio appena iniziato*" tra giovani, nella cui "*comune cultura d'origine la violenza sessuale tra coniugi non è configurabile come illecito*".

⁷⁶ Cass., sentenza del 2 luglio 1971, n. 595 già escludeva la vendetta del disonore dai valori etici riconosciuti preminenti dalla coscienza della collettività.

⁷⁷ Diversamente, circa l'insussistenza dell'aggravante dei futili motivi v. Cass., sentenza del 18 dicembre 2013, n. 51059. Nel caso di specie un uomo musulmano tentò di strangolare la figlia con un sacchetto di plastica, dopo avere scoperto che la stessa intratteneva una relazione con un ragazzo non musulmano: la Corte ha ritenuto insussistente l'aggravante dei futili motivi. Secondo la Corte non possono reputarsi futili i motivi che derivano dalla radicata concezione religiosa di appartenenza, pur se distanti da quelli della moderna società occidentale, in quanto, pur sussistendo una sproporzione tra il movente e l'evento cagionato, non può dirsi né lieve né banale la spinta che ha portato il soggetto ad agire. Vedi, anche, Cass., sentenza del 10 aprile 2018, n. 25535, relativamente ad un caso di tentato omicidio, posto in essere da appartenenti a bande giovanili sudamericane nei confronti di soggetto appartenente ad altra banda. Il Supremo Collegio ha affermato che la futilità del motivo non è esclusa dall'appartenenza o dalla vicinanza dell'autore del reato a gruppi o comunità, quali le bande giovanili sudamericane, che riconoscono come valori positivi la violenza e l'uso della forza quale forma di affermazione della personalità individuale e di manifestazione di appartenenza al gruppo.

me culturali, religiose, sociali o tradizionali, gli usi o l'“onore” possa tradursi in riduzioni di pena.

Ad ogni modo, nell'ordinamento italiano, l'incidenza del dato culturale si è maggiormente manifestata nella creazione di singole disposizioni⁷⁸ quale, ad esempio, l'art. 583 *bis* c.p. introdotta dalla l. n. 7/2006⁷⁹ per quanto concerne il reato di “mutilazioni genitali femminili”⁸⁰ o l'art. 558 *bis* c.p. “costrizione o induzione al matrimonio”⁸¹ in-

⁷⁸ Cfr. M. GAMBARDELLA, *Norme culturali e diritto penale*, in *Diritto e Religioni*, 2016, n. 2, p. 405, secondo cui “[...] non abbiamo nel catalogo degli illeciti penali una pluralità di reati culturali, ma abbiamo in realtà una molteplicità di norme culturali che possono entrare nel dibattito penalistico, in forma di scriminanti o di esimenti in senso ampio. Le scriminanti e le esimenti in senso lato non sono inoltre soggette alla riserva di legge nel diritto penale. Non possiamo parlare di reati culturali, ma giustamente come ne parlano anche gli anglosassoni, di esimenti culturali. Pertanto, il problema non consiste nell'avere dei reati culturalmente orientati, bensì di vedere come dare rilevanza e se bisogna dare rilevanza a norme estranee alle norme incriminatrici, le quali hanno un impatto siccome norme (di cultura) che autorizzano o scriminano in senso lato comportamenti che normalmente costituiscono reato”.

⁷⁹ Prima del 2006, la repressione penale della pratica era possibile ricorrendo alle fattispecie di lesioni (artt. 582 e 583 c.p.) e di abusi e maltrattamenti nei confronti dei minori. La giurisprudenza registra due casi, in quel periodo, portati all'attenzione dei Tribunali italiani. Nel 1997, il Tribunale di Torino ha archiviato la posizione di due genitori nigeriani (che avevano fatto sottoporre, in un ospedale in Nigeria, la propria figlia di sei mesi a intervento di asportazione parziale delle piccole labbra e del clitoride), in quanto avrebbero voluto sottoporre la figlia a una pratica pienamente accettata dalle tradizioni locali e dalle leggi del loro Paese. Il secondo caso è del 1999 e riguarda un genitore egiziano che, durante una vacanza in Egitto, ha fatto sottoporre la figlia di dieci anni a intervento di infibulazione. Il Tribunale di Milano (Trib. Milano, sentenza del 25 novembre 1999) lo ha condannato alla pena patteggiata di due anni (con sospensione condizionale) per il reato di lesioni personali.

⁸⁰ Contro pratiche di tal genere si è apertamente pronunciato il legislatore italiano con la l. 9 gennaio 2006, n. 7, che ha introdotto nel codice penale il reato di “Pratiche di mutilazioni degli organi genitali femminili”. Tale figura delittuosa è disciplinata dall'art. 583 *bis* c.p. come ipotesi speciale e autonoma rispetto alla figura generale del delitto di lesioni volontarie di cui all'art. 582 c.p.. Questa scelta, che preferisce la fattispecie autonoma di reato a quella aggravata, risponde all'esigenza di trasmettere un messaggio forte e dal significato simbolico, ricco di implicazioni ideologiche contro tali pratiche. Così M. BERTOLINO, *Violenza e famiglia: attualità di un fenomeno antico*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2015, n. 4, p. 1710.

⁸¹ Nonostante il matrimonio forzato sia una violenza di genere, l'art. 558 *bis* c.p.

trodotto ad opera della l. 19 luglio 2019, n. 69 (noto come “Codice rosso”). Al riguardo, il “disvalore aggiunto” ascrivibile alla motivazione culturale si traduce in un trattamento sanzionatorio più afflittivo rispetto a quello contemplato per i soggetti che volontariamente realizzano altro tipo di lesioni di analoga gravità⁸². Il significato della fattispecie si apprezza, quindi, sul terreno dell’aggravamento della risposta sanzionatoria: da un lato, infatti, a prescindere dal tipo di mutilazione inferta alla vittima, il trattamento sanzionatorio è parametrato a quello previsto per le lesioni gravissime; dall’altro, l’aver elevato le pratiche di mutilazioni genitali a fattispecie autonoma permette di sottrarle al giudizio di bilanciamento (art. 69 c.p.) cui sarebbero state assoggettate se fossero state ricondotte all’ipotesi di lesioni aggravate⁸³.

non è stato inserito tra i reati di violenza domestica per i quali, dopo la notizia di reato, si attiva la procedura accelerata introdotta dalla legge n. 69/2019 (che, sul punto, ha modificato l’art. 347, co. 3, c.p.p.). Da ciò un vuoto di tutela, nei confronti del reato di mutilazioni genitali *ex art. 583 bis c.p.* Inoltre, posto che la norma è stata formulata nel senso di sanzionare chi costringe o induce a contrarre “matrimonio o unione civile”, vi è un vuoto di tutela per le vittime di costrizione ad altre forme di vincolo personale (es. unioni valide per un ordinamento straniero; convivenze *more uxorio*; riti matrimoniali secondo la cultura della comunità di appartenenza). Altra mancanza è stata quella di non aver inserito il reato nell’elenco di cui all’art. 18 *bis*, d.lgs. 286/1998 (T.U. immigrazione) relativo al permesso di soggiorno per le vittime di violenza domestica. Allo stato, non è possibile per la vittima di matrimonio forzato richiedere il relativo permesso di soggiorno per casi speciali. A. SBARRO, *Il delitto di “costrizione o induzione al matrimonio” ex art. 558-bis cp: alcune riflessioni critiche*, in *La legislazione penale*, 22 febbraio 2022, p. 10.

⁸² Il primo caso di MGF, dopo l’introduzione dell’art. 583 *bis* c.p., è stato sollevato innanzi al Tribunale di Verona che, con sentenza del 14 aprile 2010, n. 979, ha condannato tre cittadini nigeriani (i due genitori e l’esecutrice materiale) per il reato di lesioni genitali, riconoscendo loro l’attenuante speciale della lesione di lieve entità (prevalente sull’aggravante del danno cagionato a minore di età e del fine di lucro). La condanna è stata poi riformata da Corte d’appello di Venezia (sentenza del 23 novembre 2012, n. 1626) con assoluzione degli imputati per difetto del dolo specifico, in quanto gli stessi non avevano agito con il fine di menomare le funzioni sessuali.

⁸³ In senso critico C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, Pisa, 2010, pp. 41- 42 e M. PELISSERO, *Il ruolo incerto del fattore culturale-religioso nel sistema penale. Il caso Islam*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2019, n. 1, p. 155 ss. secondo cui “con l’introduzione di questo reato, il legislatore si è chiaramente mosso in direzione opposta al possibile riconoscimento dell’incidenza in favorem rei del fattore culturale, in quanto il conseguente aggravamento della disciplina sanzionatoria riflette la squalifica-

5. *Considerazioni finali su diritto all'identità culturale e principi fondanti dello Stato ospitante: bilanciamento e "controlimite" del rispetto dei diritti fondamentali*

In sostanza, dunque, coloro che giungono in Occidente attraverso i flussi migratori "importano" una "cultura" diversa da quella storicamente propria dell'Europa, generando momenti di tensione specie ai danni delle donne migranti, vittime sia in quanto "donne", sia in quanto "straniere", posto che razza e genere sono due sistemi di potere e di oppressione interconnessi⁸⁴.

Emerge, così, in tutta la sua problematicità la difficoltà di conciliare da un lato il diritto delle comunità immigrate al rispetto della propria identità culturale con il rischio, però, di pregiudicare il diritto di donne provenienti da società patriarcali e maschiliste ad una uguale protezione da parte delle autorità, il che mina, fra l'altro, la relativa speranza di vivere in condizioni più dignitose rispetto a quelle del Paese d'origine; dall'altro, il diritto dello Stato ospitante di condannare ad una pena, in taluni casi anche più elevata, condotte illecite, ma ritenute lecite per la cultura della minoranza, con il rischio di far apparire la pena come ingiusta, e, quindi di inficiare il percorso di rieducazione e di appropriazione dei valori, finendo per aumentare il divario tra migrante e comunità di accoglienza.

Vero è che il diritto alla cultura, i diritti culturali, la libertà religiosa, di pensiero e di coscienza sono ampiamente riconosciuti dalle Co-

zione del fattore culturale che quelle pratiche esprimono". Le aporie della normativa vengono evidenziate pure da P. SCEVI, *Riflessioni su reati culturalmente motivati e sistema penale italiano*, in *Archivio Penale*, 2016, n. 3, p. 11, secondo cui "la criminalizzazione di pratiche così profondamente radicate nelle culture di cui sono espressione, in particolare se con pene draconiane come quelle previste dalla disciplina in oggetto, può comportare effetti controproducenti, come la clandestinizzazione delle pratiche e il loro incremento in difesa dell'identità culturale che si avverte minacciata".

⁸⁴ Con riguardo al sistema interamericano cfr. la Convenzione interamericana per prevenire, sanzionare e sradicare la violenza contro la donna (Convenzione di Belem do Pará) adottata il 9 giugno 1994, a Belem do Pará- Brasil, nel 24^{mo} periodo ordinario di sessioni dell'Organizzazione degli Stati Americani. All'art. 9 prevede che gli Stati tengano conto della situazione di vulnerabilità alla violenza che possa soffrire la donna in ragione, tra l'altro, della sua razza o della sua condizione etnica, di migrante, di rifugiata.

stituzioni occidentali e dalle fonti internazionali ed europee – tant'è che gli appartenenti alle minoranze, come visto, li invocano per ragioni difensive – ma pur sempre nei dovuti limiti.

Come, infatti, rilevato nel nostro ordinamento dalla Consulta, i diritti costituzionalmente protetti sono soggetti al bilanciamento necessario ad assicurare una tutela unitaria e non frammentata degli interessi costituzionali in gioco e, tra questi, da tenere in debita considerazione nel modulare la tutela delle donne vi sono senza dubbio i diritti umani fondamentali quali la libertà di autodeterminazione, l'integrità psico-fisica, l'ordine pubblico e la sicurezza, che prevalgono sul diritto all'identità culturale⁸⁵.

E per quanto qui rileva, come pure affermano i giudici di legittimità, il reato di maltrattamenti in famiglia non può essere scriminato dal consenso dell'avente diritto, sia pure affermato sulla base di opzioni sub-culturali relative a ordinamenti diversi da quello italiano, dietro cui si cela una sorta di "etica dell'uomo". Dette subculture, infatti, ove vigenti, si pongono in assoluto contrasto con i principi alla base dell'ordinamento giuridico italiano, in particolare con i diritti inviolabili dell'uomo sanciti dall'art. 2 Cost., poi declinati in materia di diritto di famiglia negli artt. 29-31 Cost., oltre che tutelati a livello internazionale ed europeo.

Non si può, infatti, tollerare che, sul territorio nazionale, le donne, soggetti deboli nelle relazioni familiari prestino acquiescenza a regole e pratiche delle loro comunità e famiglie in grado di violare i diritti della persona.

Sicché, nell'ordinamento italiano, dinanzi alla tutela di siffatti diritti, la variabile culturale finisce per "regredire", sia come scriminante, sia ai fini dell'esclusione dell'elemento soggettivo del reato o come

⁸⁵ F. DI PIETRO, *Le donne e le bambine vittime di reati culturalmente motivati*, cit., p. 268. La sanzione penale applicata all'agente uomo, anche se volta a tutelare il bene giuridico della libertà di autodeterminazione della donna persona offesa, è pur sempre una forma di imposizione di un valore da parte della comunità di accoglienza nei confronti del migrante. L'intervento del legislatore limitato a tale imposizione (all'introduzione di una sanzione penale) difficilmente riuscirà a raggiungere le finalità di emancipazione e di integrazione. Diversamente, occorrono misure volte alla prevenzione, all'informazione, all'emersione e alla tutela delle vittime. E, ovviamente, norme che finanzino tali attività.

causa di esclusione della colpevolezza. Tutt'al più il fattore culturale sembra assumere rilievo in sede di determinazione del *quantum* di pena da applicare al soggetto agente ai sensi dell'art. 133 c.p.

In ogni caso finisce per ricadere sul giudice – il quale, tra l'altro, non sempre ha gli strumenti, né la sensibilità adeguati al riguardo – la responsabilità di una complessa e non controllabile operazione di identificazione della valenza e della natura dei motivi culturali, etnici, religiosi sottesi al reato commesso – tenendo conto, *inter alia*, del livello di integrazione del soggetto nel contesto sociale e culturale di riferimento – e, a seguire, il bilanciamento con i valori offesi o posti in pericolo dalla condotta, nel dovuto rispetto dei principi fondanti dello Stato ospitante⁸⁶.

Si tenga contro, tra l'altro, che il diritto penale, lungi dall'essere culturalmente neutro, è piuttosto il portato della cultura del popolo da cui promana. Non a caso molte sono le norme penali italiane che si servono di concetti normativi culturali, come il comune sentimento del pudore, i motivi di particolare valore morale e sociale, i motivi abietti e futili, gli atti sessuali.

È pur vero, però, che gli ordinamenti occidentali si avvicinano alla “diversità” culturale degli immigrati in modo estremamente eterogeneo tra loro, ponendosi in linea di massima lungo due prospettive: da un lato, il modello assimilazionista, rappresentato dall'ordinamento francese, il quale storicamente tende a incentivare la francesizzazione dei migranti, al fine di creare un unico sistema statale di diritti e valori⁸⁷; dall'altro, il polo del multiculturalismo e del pluralismo⁸⁸, rappre-

⁸⁶ I. RUGGIU, *Il giudice antropologo e il test culturale*, in *Questione giustizia*, 2017, n. 1, p. 216 ss.

⁸⁷ Con riferimento alla risposta sanzionatoria data dall'ordinamento francese all'escissione cfr. L. BELLUCCI, *I reati culturalmente motivati tra conflitti normativi e dimensione geopolitica: l'escissione come crime nella giurisprudenza francese*, in *Questione giustizia*, 2017, n. 1, p. 136 ss.

⁸⁸ Alla radice della contrapposizione tra questi due modelli vi è, fondamentalmente, una differente concezione del principio di eguaglianza: mentre la politica francese si ispira a una concezione “formale” dell'eguaglianza che prescinde dalle differenze, la politica britannica si sviluppa, invece, su di un concetto “sostanziale” di eguaglianza, che parte dal riconoscimento dell'esistenza di differenze e, quindi, dalla necessità di ammettere trattamenti differenziati al fine di gestire equamente tali differenze. Ad

sentato dall'ordinamento inglese⁸⁹, e improntato al riconoscimento delle diversità culturali⁹⁰, in ossequio al retaggio etnico degli immigrati, nella speranza di favorire la graduale integrazione nel lungo periodo e la pacifica convivenza nel breve periodo⁹¹.

Non mancano i Paesi europei come, l'Italia, che perseguono una politica "ibrida", rispetto alla quale i due modelli citati, lungi dall'essere adottati integralmente, "dialogano" tra loro in un rapporto di continua contaminazione.

Dal canto suo l'Unione europea – in cui il dialogo interculturale costituisce priorità costante – eleva significativamente la diversità a fondamento dell'unità, quale parte integrante dei valori dell'UE, intendendo, dunque, le differenze non quale fonte di divisione, bensì di arricchimento della cultura medesima. Essa, pertanto, si impegna fermamente a promuovere e a tutelare la diversità culturale⁹², a patto pe-

esempio la legge francese del 15 marzo 2004, n. 228, che vieta l'ostensione di simboli religiosi all'interno della scuola impone a tutti, al di là dell'origine culturale, etnica, religiosa, di essere formalmente uguali nello spazio pubblico.

⁸⁹ Il Regno Unito ha da tempo adottato un manuale giudiziario sulle tradizioni delle minoranze etniche – il *Judicial Handbook on Ethnic Minority Traditions* del 1994 riedito nel 1999 come *Equal Treatment Bench Book* – i cui capitoli illustrano vari modi di far prestare giuramento e danno informazioni su diversi sistemi di attribuzione dei nomi, sul linguaggio corporeo, sulle religioni e i modelli familiari interculturali.

⁹⁰ Per approfondimenti cfr. D. LAPEYRONNE, *L'individu et les minorités. La France et la Grande-Bretagne face à leurs immigrés*, Paris, 1993; A. FACCHI, *Immigrazione, libertà e uguaglianza: due modelli politico-giuridici*, in *Teoria politica*, 1996, n. 2, p. 111 ss.

⁹¹ F. BASILE, *Società Multiculturali, Immigrazione e Reati Culturalmente Motivati (Comprese le Mutilazioni Genitali Femminili)*, in *Rivista Italiana di Diritto Processuale Penale*, 2007, p. 17 ss.; P. BILANCIA, *Società Multiculturale: i Diritti delle Donne nella Vita Familiare*, in *Astrid Rassegna*, 2010, n. 2, p. 3 ss., in part. pp. 23-24, ove l'A. sottolinea l'esigenza di aggregare le tradizioni e le identità culturali verso un modello quale quello nordamericano basato sul principio "E Pluribus Unum" – nell'esigenza di perseguire l'unità nella diversità, attraverso un costante equilibrio tra la prevalenza della cultura dei diritti e le regole di compatibilità tra culture. E – aggiunge – "si potrebbero, al limite, prevedere anche trattamenti giuridici differenziati nel rispetto delle diverse culture, in un percorso di integrazione con la realizzazione dell'eguaglianza nel rispetto delle differenze, purché però, ciò avvenga sempre nel rispetto dei diritti della persona".

⁹² Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 19 gennaio 2016 *sul ruolo del dialogo interculturale, della diversità culturale e dell'istruzione nella promozione dei valori*

rò – come dichiara – che i diritti umani e le libertà fondamentali siano garantiti⁹³.

Per di più, la collocazione dei diritti culturali in seno al più ampio sistema dei diritti dell'uomo impedisce che gli stessi siano utilizzati in favore di un relativismo culturale che giustifichi atti penalmente rilevanti⁹⁴.

In conclusione, dunque, al di là della diversa rilevanza del fattore culturale all'interno di un qualsiasi ordinamento nazionale, dato comune e incontrovertibile è senza dubbio il rispetto dei diritti fondamentali della persona in generale, e della donna in particolare, che finisce per fungere in ogni caso da “controlimita” alla rivendicazione di qualsivoglia identità culturale.

fondamentali dell'UE, in GU C 11 del 12 gennaio 2018, pp. 16-23.

⁹³ Comunicazione *Verso una strategia dell'UE per le relazioni culturali internazionali*, cit., punto 2. *Principi guida per l'azione dell'UE*, lett. a *Promuovere la diversità culturale e il rispetto dei diritti umani*.

⁹⁴ F. LENZERINI, *The Safeguarding of Collective Cultural Rights through the Evolutionary Interpretation of Human Rights Treaties and Their Translation into Principles of Customary International Law*, in A. JAKUBOWSKI (ed.), *Cultural Right as Collective Rights- An International Law Perspective*, Leiden-Boston, 2016, p. 133 ss., in particolare pp. 34-35, ove l'A. evidenzia che “*the natural source of collective rights is culture*” e che “*a cultural relativity should not reach the point of completely denying the universality of human rights*”. E ancora, F. LENZERINI, *The Culturalization of Human Rights Law*, Oxford, 2014, ove l'A. sottolinea che anche se “*by using elements of cultural identity and cultural diversity as parameters for the interpretation, adjudication, and enforcement of such standards, human rights are evolving from the traditional 'universal' idea, to a 'multi-cultural' one, whereby rights are interpreted in a dynamic manner, which respond to the particular needs of the communities and individuals directly concerned*”, tuttavia “*the notions of 'universalism' remain necessary to defend the very idea of human dignity*”.

Abstract

La ricerca in oggetto intende esaminare la rilevanza del fattore culturale nell'ambito di condotte penalmente rilevanti in danno di donne migranti. Come è noto, i migranti, una volta giunti nello Stato ospitante, finiscono per fare i conti con una pluralità di norme di condotta e fonti del diritto eterogenee, afferenti sia all'ordinamento medesimo che a quello d'origine, unitamente ad imperativi di matrice culturale, religiosa e filosofica. Da qui l'attenzione della dottrina penalistica alla "cultura", potendo accadere, infatti, che un soggetto "culturalmente diverso" realizzi comportamenti in contrasto con le norme dello Stato ospitante, che siano, però, tollerati o addirittura imposti nel contesto culturale d'origine. Segue, dunque, una riflessione sulla necessità di individuare il delicato punto di equilibrio tra la tutela del diritto alla cultura e la salvaguardia di valori incompressibili.

KEYWORDS: Donne migranti – violenza – *cultural defense* – rilevanza penale – identità culturale

MIGRANT WOMEN AND CRIMINAL
RELEVANCE OF THE CULTURAL FACTOR ACCORDING TO
INTERNATIONAL AND EUROPEAN SOURCES OF LAW:
THE OBLIGATION TO RESPECT HUMAN RIGHTS
AS A "COUNTERLIMIT"

The present research is focused on the relevance of cultural factors in the case of crimes committed against migrant women. As a matter of fact, once in a foreign Country, migrants are subject to many different laws and regulations belonging to the legal systems of both the host Nation and their Country of origin. In addition to these sets of rules, they are also subject to cultural, religious and philosophical constraints. Hence the relevance, for the criminal justice, of the notion of the cultural context of the potential culprit. In fact, it must be considered a possibility that a person with an alien cultural background might carry out a conduct considered illegal in the host Nation, but that at the same time is tolerated or even considered mandatory in the cultural context of origin of the migrant. It is therefore necessary to identify and to further analyze the very point of

balance between the need to ensure the right to culture to migrants and the safeguarding of all other fundamental values.

KEYWORDS: Migrant women – violence – cultural defense – criminal relevance – cultural identity

LE VIOLAZIONI DELLA CONVENZIONE EUROPEA
DEI DIRITTI UMANI RISCONTRATE NELLA PIÙ RECENTE
GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU
IN CASI DI VIOLENZA DOMESTICA

*Anton Giulio Lana**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La competenza della Corte EDU a giudicare casi di violenza domestica: gli obblighi positivi dello Stato. – 2.1. La giurisprudenza della Corte EDU in materia di violenza domestica: il caso Kontrova c. Slovenia e il caso Opuz c. Turchia. – 3. Il caso Kurt c. Austria e il test di *due diligence*. – 3.1. I casi italiani: da Talpis ai più recenti arresti. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

La Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata, nel corso di un anno solare, su ben tre casi in materia di violenza domestica che hanno visto protagonista l'Italia, giudicata responsabile di non aver adempiuto ai suoi obblighi positivi nei confronti delle ricorrenti e dei loro figli relativamente alla tutela del diritto alla vita (art. 2 CEDU) e al divieto di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU).

Il riferimento è ai casi *Landi c. Italia*¹, *De Giorgi c. Italia*² e *M.S. c. Italia*³, decisi tutti nel 2022 e ai quali, nel corso della trattazione, si dedicherà un'approfondita analisi. Le suddette pronunce rese nei con-

* Avvocato e Professore a contratto di Diritto Internazionale, Università degli Studi di Salerno. Presidente dell'Unione forense per la tutela dei diritti umani. Indirizzo e-mail: ag.lana@llbrlex.com

¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 aprile 2022, ricorso n. 10929/19, *Landi c. Italia*. Per un commento si veda E.A.A. DEI-CAS, *La Corte europea condanna ancora l'Italia per violazione degli obblighi positivi derivanti dall'art. 2 nei confronti di vittime di violenze domestiche*, in *Archivio Penale*, 2022, n. 2, pp. 1-19.

² Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 16 giugno 2022, ricorso n. 23735/19, *De Giorgi c. Italia*.

³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 luglio 2022, ricorso n. 32715/19, *M.S. c. Italia*.

fronti dell'Italia, forniscono l'occasione per approfondire la materia della violenza domestica dalla prospettiva convenzionale e per analizzarne i più recenti sviluppi.

Nel presente scritto, a seguito di una breve disamina della competenza della Corte di Strasburgo a giudicare, *ratione materiae*, doglianze di violazione in materia di diritto alla vita e di divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti che sono la diretta conseguenza di azioni poste in essere da privati, ci si soffermerà sui più importanti precedenti della giurisprudenza convenzionale in materia di violenza domestica (*Kontrova c. Slovacchia* del 2007⁴, *Opuz c. Turchia* del 2009⁵, *Talpis c. Italia*, del 2017⁶, sino alla sentenza resa dalla Grande Camera nel caso *Kurt c. Austria* del 2021⁷).

Grazie all'anticipato *excursus*, si evidenzierà come la Corte EDU, basandosi sui suoi virtuosi precedenti, abbia configurato nel tempo un vero e proprio test di *due diligence* per accertare la responsabilità dello Stato in casi di violenza domestica commessa da privati⁸.

⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 31 maggio 2007, ricorso n. 7510/04, *Kontrova c. Slovacchia*.

⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 9 giugno 2009, ricorso n. 33401/02, *Opuz c. Turchia*.

⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 2 marzo 2017, ricorso n. 41237/14, *Talpis c. Italia*. Tra i vari commenti, si richiama qui M. CASTELLANETA, *I ritardi e le misure inadeguate per combattere il fenomeno della violenza contro le donne rappresentano delle violazioni*, in *Guida al diritto*, 2017, n. 14, pp. 102-106; R. CONTI, *Violenze in danno di soggetti vulnerabili tra obblighi (secondari) di protezione e divieto di discriminazione di genere. Corte EDU, 2 marzo 2017, Talpis c. Italia, ric n. 41237/14 (non definitiva)*, in *Questione Giustizia*, 23 marzo 2017; A. DI STASI, *Il diritto alla vita e all'integrità della persona con particolare riferimento alla violenza domestica (artt. 2 e 3 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2016-2020)*, Padova, 2020, pp. 1-32.

⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 15 giugno 2021, ricorso n. 62903/15, *Kurt c. Austria*.

⁸ Sul punto si veda S. DE VIDO, *Verso un test di dovuta diligenza sensibile al genere nei casi di violenza domestica? Sulla recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, vol. 16, n. 3, pp. 613-635. Tale test, osserva l'autrice, pur in assenza di precisi riferimenti nel merito delle sentenze, è basato sulla Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa del 2011 per la prevenzione e la lotta alla violenza domestica nei confronti delle donne, che costituisce un

Dalla rassegna proposta emerge come la violenza domestica sia stata per lo più ricondotta nel campo di applicazione degli artt. 2 e 3 CEDU⁹, ossia quegli articoli del catalogo convenzionale che tutelano rispettivamente il diritto alla vita e il divieto di tortura, ma talvolta anche dell'art. 14 CEDU (che statuisce il divieto di discriminazione).

Dopo tutto, gli episodi di violenza contro le donne, ben classificabili come episodi di violenza di genere, costituiscono atti di discriminazione¹⁰ nei confronti di queste ultime. Sul punto, i giudici di Strasburgo, nel far rientrare la violenza domestica nell'alveo dell'art. 14 CEDU, hanno sottolineato, in diverse fattispecie, come tali episodi costituiscano il frutto di una sistematica discriminazione di genere che trova la sua origine nelle legislazioni nazionali.

Pur tuttavia, la Corte ad oggi non ha ancora utilizzato la procedura

importante strumento interpretativo della Convenzione europea dei diritti umani e dovrebbe essere utilizzato in maniera rispettosa del genere.

⁹ E ciò a testimonianza di come tali fenomeni si perpetrino con modalità invero violente e gravi. In proposito si veda A. DI STASI, *Il diritto alla vita e all'integrità della persona con particolare riferimento alla violenza domestica (artt. 2 e 3 CEDU)*, cit., pp. 1-32; A. IERMANO, *Violenza domestica e diritto all'informazione della vittima (art. 3 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, 2016, pp. 147-166.

¹⁰ Così si legge al paragrafo 5 del rapporto esplicativo della Convenzione di Istanbul: *“La violenza contro le donne è un fenomeno mondiale. Il Comitato per l'eliminazione delle discriminazioni nei confronti delle donne (Comitato CEDAW) della Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne (in prosieguo CEDAW) con la sua raccomandazione generale n. 19 (1992) sulla violenza contro le donne ha favorito il riconoscimento della violenza di genere contro le donne come forma di discriminazione nei loro confronti. L'Assemblea generale delle Nazioni Unite, nel 1993, ha adottato una dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne che ha posto le fondamenta dell'azione internazionale relativa alla violenza contro le donne. Nel 1995 la dichiarazione e piattaforma d'azione di Pechino ha individuato nel debellamento della violenza contro le donne un obiettivo strategico tra gli altri requisiti dell'uguaglianza di genere. Nel 2006 il Segretario generale delle Nazioni Unite ha pubblicato uno Studio approfondito su tutte le forme di violenza contro le donne in cui ha indicato le manifestazioni e i quadri giuridici internazionali relativi alla violenza contro le donne e ha anche riepilogato i dettagli delle «prassi promettenti» che hanno dimostrato una certa efficacia nell'affrontare tale problema”*.

pilota¹¹ per questo tipo di controversie, non ritenendone evidentemente necessaria l'applicazione per la risoluzione di quello che appare in più ordinamenti, e nello specifico in quello italiano, un problema strutturale.

Alla fine dello scritto, ci si interrogherà pertanto se, alla luce della giurisprudenza citata in materia di violenza domestica e considerato "il caso italiano", la violenza domestica costituisca un esempio di violazione strutturale, che necessiti un più energico intervento della Corte EDU.

2. *La competenza della Corte EDU a giudicare casi di violenza domestica: gli obblighi positivi dello Stato*

Come noto, le Alte parti contraenti della CEDU, accanto ai più tradizionali obblighi di astenersi dalla violazione dei diritti e delle libertà ivi tutelati, hanno altresì l'obbligo di proteggere attivamente tali diritti e libertà e di attivarsi per renderli concreti ed effettivi, e non già meramente teorici e illusori¹². Si tratta di un'interpretazione evolutiva della Convenzione che è stata portata avanti dalla Corte EDU sin dalla sua giurisprudenza più risalente¹³, e che ha permesso nel tempo

¹¹ Sulla procedura pilota, cfr. M. BOCCHI, *Le sentenze pilota nella prassi della Corte Europea dei Diritti Umani e la loro efficacia negli ordinamenti interni*, in *La comunità internazionale*, 2016, n. 71, pp. 71-100; P. LEACH, H. HARDMAN, S. STEVENSON, B. BLITZ (eds.), *Responding to Systemic Human Rights Violations: An Analysis of Pilot Judgments of the European Court of Human Rights and Their Impact at National Level*, Anversa, 2010.

¹² Come chiarito dalla Corte stessa a partire dal caso Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 23 luglio 1968, ricorsi nn. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 e 2126/64, *Belgian Linguistic case (n. 2) c. Belgio*, e poi anche Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Airey c. Irlanda*, sentenza del 9 ottobre 1979, ricorso n. 6289/73; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 28 novembre 1978, ricorsi nn. 6210/73, 6877/75 e 7132/75, *Luedicke, Belkacem e Koç c. Germania*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 13 giugno 1979, ricorso n. 6833/74, *Marckx c. Belgio*, ove si legge che «[l]a Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs».

¹³ Si vedano, tra tutti, i notissimi casi Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 febbraio 1975, ricorso n. 4451/70, *Golder c. Regno Unito*; Corte europea dei

l'applicazione della c.d. teoria degli obblighi positivi ai più disparati settori della vita e del reale¹⁴.

Da par suo, la Corte ha interpretato e applicato la suddetta teoria in modo casistico, senza pretesa di elaborare una nozione generale, limitandosi piuttosto ad elaborare caso per caso la portata specifica di un singolo diritto garantito. Nella sua opera di interpretazione ed applicazione della Convenzione, la Corte è tra l'altro giunta a statuire che in talune ipotesi tali obblighi positivi operino altresì quando la responsabilità della condotta violativa di un diritto o di una libertà convenzionale non ricada direttamente sullo Stato, essendo piuttosto opera di un privato. In taluni casi, pur se l'autore di una condotta (o anche di un'omissione) che metta in pericolo o danneggi il diritto tutelato di un individuo è un privato, le autorità statali che siano al corrente della situazione di danno o di pericolo, hanno il dovere di intervenire per prevenirne la violazione¹⁵.

Principio di primaria importanza stabilito della giurisprudenza convenzionale in materia di obblighi positivi dello Stato è quello per cui la responsabilità a titolo omissivo per violazioni dell'art. 2 CEDU

diritti dell'uomo, sentenza del 7 dicembre 1976, ricorso n. 5493/72, *Handyside c. Regno Unito*, e Corte europea dei diritti dell'uomo, *Airey c. Irlanda*, cit.

¹⁴ Sulla teoria degli obblighi positivi e la sua interpretazione da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, si veda D. XENOS, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Londra, 2011; A. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, 2004; L-A. SICILIANOS, *Out of harm's way: positive obligations under Article 2 of the European Convention on Human Rights*, in L. EARLY, A. AUSTIN (eds.), *The right to life under Article 2 of the European convention on human rights. Twenty years of legal development since McCann v. the United Kingdom. In honour of Michael O'Boyle*, 2016, pp. 29-45.

¹⁵ È questo un caso tipico di applicazione orizzontale o indiretta della Convenzione, noto nella dottrina tedesca con il termine di *Drittwirkung*. Sul punto, tra i tanti scritti, si rimanda a G. ALPA, *Diritti fondamentali e diritto europeo*, in F. CAGGIA e G. RESTA (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, Roma, 2019, pp. 9-41; E.A. ALKEMA, *The third-party applicability or "Drittwirkung" of the European Convention on Human Rights*, in F. MATSCHER, H. PETZOLD (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Colonia, 1988, p. 33-45; A. CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, 1993, pp. 163-164.

(diritto alla vita) sorge qualora “the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk”¹⁶.

Ma non basta: un obbligo positivo è emerso anche nell’ambito dell’art. 3 CEDU, e ricomprende tutte le misure di natura normativa, regolamentare e amministrativa deputate a prevenire e, se del caso, sanzionare, torture e maltrattamenti posti in essere da privati, dei quali le autorità competenti sono, o avrebbero dovuto essere, a conoscenza¹⁷.

Dalla giurisprudenza emerge che gli obblighi positivi che gravano sulle autorità in virtù dell’art. 3 della Convenzione comportano, in primo luogo, l’obbligo di mettere in atto un quadro legislativo e regolamentare di protezione; in secondo luogo, in alcune circostanze ben definite, l’obbligo di adottare delle misure operative per proteggere delle persone ben precise da un rischio di trattamenti contrari a tale disposizione; e, in terzo luogo, l’obbligo di condurre un’indagine effettiva su delle accuse difendibili relative all’inflizione di tali trattamenti.

Insomma, si tratta di obblighi a carico dello Stato che hanno natura tanto sostanziale quanto procedurale e, in particolare, sotto quest’ultimo profilo, riguarda la necessità di effettuare indagini che mirino a sanzionare i comportamenti violativi posti in essere nel caso di specie.

Tali obblighi di prevenzione hanno natura differenziata e possono espandersi o essere più circoscritti sulla base della particolare vulnerabilità¹⁸ della vittima, oltre che in ragione della gravità dei rischi o delle lesioni al proprio diritto¹⁹. La Corte è altresì ben attenta ad evitare che

¹⁶ Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, sentenza del 28 ottobre 1998, ricorso n. 23452/94, *Osman c. Regno Unito*, par. 116.

¹⁷ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 23 settembre 1998, ricorso n. 25599/94, *A. c. Regno Unito*, par. 22.

¹⁸ Sulla nozione di vulnerabilità, si veda L. PERONI, A. TIMMER, *Vulnerable Groups: the Promise of an Emergent Concept in European Human Rights Convention Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2013, pp. 1056- 1085.

¹⁹ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 15 settembre 2009, ricorso n.

la portata di tali obblighi positivi comporti un eccessivo e sproporzionato onere in capo allo Stato²⁰.

Appare una normale conseguenza che tale fondamentale impianto protettivo delle vittime sia stato dunque applicato anche alle ipotesi di violenza domestica contro le donne, ossia una categoria di persone particolarmente vulnerabili, come riconosciuto da un apposito strumento normativo internazionale, la Convenzione di Istanbul del 2011 sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica²¹.

D'altronde, la necessità della tutela delle vittime di reato è stata tratta dal raggio d'azione di un'altra organizzazione internazionale regionale: come noto, con la direttiva 2012/29/UE²², il diritto eurounita-

8227/04, *E.S. e altri c. Slovacchia*, par. 43. Sul punto, A. IERMANO, *Violenza domestica e diritto all'informazione della vittima*, cit., pp. 150-151.

²⁰ Non a caso, ai sensi di una giurisprudenza consolidata, si deve tener conto *i)* delle difficoltà incontrate dagli Stati nella gestione delle società moderne; *ii)* dell'imprevedibilità della condotta umana; e *iii)* delle scelte che uno Stato deve operare in termini di priorità e risorse. Cfr. L-A. SICILIANOS, *Out of harm's way: positive obligations under Article 2*, cit., p. 33.

²¹ Adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa in data 7 aprile 2011, la Convenzione di Istanbul è stata aperta alla firma l'11 maggio 2011, in occasione della 121^a Sessione del Comitato dei Ministri tenuto proprio nella città simbolo turca. È successivamente entrata in vigore in data 1° agosto 2014, a seguito della ratifica del decimo stato firmatario. Attualmente l'hanno ratificata 37 Stati, tra cui l'Italia (con legge di ratifica ed esecuzione n. 77 del 27 giugno 2013). Scalpore ha suscitato la denuncia della Convenzione da parte della Turchia, posta in essere in data 22 marzo 2021 ed effettiva dal 1° luglio 2021. Pur essendo aperta alla firma, alla ratifica e all'adesione anche di Stati non membri del Consiglio d'Europa, attualmente nessuno Stato non membro del Consiglio d'Europa è firmatario o ha aderito alla Convenzione. Sulla Convenzione di Istanbul, tra gli altri, vedi S. DE VIDO, *Donne, Violenza e diritto internazionale: la Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa del 2011*, Milano, 2016; T. MANENTE (a cura di), *La violenza nei confronti delle donne dalla Convenzione di Istanbul al Codice Rosso: fattispecie, strumenti di protezione, accesso alla giustizia, risarcimento del danno*, Milano, 2019.

²² Cfr. Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*, del 25 ottobre 2012, in GUUE L 315/57, del 14 novembre 2012. In dottrina, v. L. LUPARIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, San Giuliano Milanese, 2015.

rio ha inteso approntare strumenti specifici per l'assistenza e la protezione delle vittime di reato, ossia di un'altra categoria particolarmente vulnerabile, all'interno della quale chiaramente rientrano le vittime di violenza domestica.

2.1. *La giurisprudenza della Corte EDU in materia di violenza domestica: il caso Kontrova c. Slovenia e il caso Opuz c. Turchia*

La Corte di Strasburgo ha avuto modo di occuparsi di ricorsi in materia di violenza domestica in svariate occasioni nel corso degli ultimi lustri, delineando un orientamento giurisprudenziale sempre più solido a tutela delle vittime di tali ignobili reati.

Nel delineare una mappatura della giurisprudenza convenzionale in materia, non si può non partire dall'analisi della sentenza *Kontrova*. Nel suddetto caso, la ricorrente – vittima di violenza fisica e psicologica da parte del marito, nei confronti del quale più volte aveva sporto denuncia – lamentava che la polizia non avesse preso provvedimenti adeguati al fine di proteggere la vita dei suoi figli e la sua vita privata e familiare. E ciò nonostante le autorità pubbliche fossero state più volte edotte del comportamento abusivo e delle minacce mortali del suo defunto marito, con conseguenze fatali: invero, l'uomo aveva in ultimo ucciso i due figli della coppia e si era poi suicidato.

Per tali ragioni la vittima si rivolgeva alla Corte di Strasburgo, lamentando che lo Stato, e in particolare gli organi di polizia, non avevano protetto la vita dei suoi due figli come imposto dagli obblighi positivi di cui all'art. 2 CEDU.

Nel dichiarare la violazione del diritto alla vita della ricorrente, la Corte EDU ha ricordato anzitutto che l'art. 2 par. 1 CEDU impone allo Stato non solo di astenersi dal privare intenzionalmente e illegittimamente la vita, ma anche di adottare misure adeguate per salvaguardare la vita di coloro che rientrano nella sua giurisdizione²³.

Come anticipato nel paragrafo precedente, la portata di tale obbligo positivo deve comunque essere interpretata in modo da non imporre un onere eccessivo o sproporzionato alle autorità. In particolare, se-

²³ Cfr., *mutatis mutandis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 9 giugno 1998, ricorso n. 23413/94, *L.C.B. c. Regno Unito*, par. 36.

condo i giudici della Quarta Sezione “Not every claimed risk to life, therefore, can entail for the authorities a Convention requirement to take operational measures to prevent that risk from materialising. For a positive obligation to arise, it must be established that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk”²⁴.

Nel merito, la Corte europea ha osservato poi che, ai sensi della normativa slovacca, uno dei compiti principali della polizia consiste nella protezione di diritti fondamentali, quali la vita e la salute dei cittadini. La situazione della famiglia del ricorrente era nota al dipartimento di polizia locale, tenuto conto delle varie denunce e delle telefonate di emergenza effettuate. In risposta alla situazione della ricorrente, la polizia era dunque obbligata, tra l'altro, a: registrare la denuncia penale della ricorrente; avviare immediatamente un'indagine penale e un procedimento penale contro il marito della ricorrente; tenere un registro adeguato delle chiamate di emergenza e avvisare il turno successivo della situazione; e, infine, prendere provvedimenti in merito all'accusa che il marito della ricorrente avesse un fucile da caccia e avesse minacciato di usarlo.

Purtroppo, come stabilito dai giudici interni, la polizia non ha garantito il rispetto di questi obblighi. Al contrario, uno degli agenti coinvolti ha assistito la ricorrente e il marito nel modificare la sua denuncia penale del 2 novembre 2002 in modo che potesse essere trattata come un reato minore che non richiedeva ulteriori azioni. Come accertato dai tribunali nazionali, la conseguenza diretta di tali mancanze è stata la morte dei figli della ricorrente.

Come naturale conseguenza dell'accertamento di quanto sopra, e alla luce del riconoscimento stesso da parte del governo slovacco del fatto che le autorità nazionali non avevano preso provvedimenti adeguati per proteggere la vita dei figli della ricorrente, la Corte EDU ha dunque riscontrato la violazione dell'art. 2 CEDU. È stato altresì rilevato che la ricorrente avrebbe dovuto chiedere un risarcimento per i

²⁴ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Kontrova*, cit., par. 50.

danni non patrimoniali subiti da lei stessa e dai suoi figli in relazione alla loro morte, ma che non ha avuto a disposizione tale rimedio nell'ordinamento slovacco, in violazione dell'art. 13 CEDU (che garantisce – come noto – il diritto a un ricorso effettivo).

Le argomentazioni proposte dalla Corte di Strasburgo nel caso *Kontrova* sono state poi meglio specificate nei casi successivi relativi a episodi di violenza domestica.

Nel *leading case Opuz c. Turchia*, del 9 giugno 2009, la Corte – in un caso di gravi e persistenti violenze inflitte alla ricorrente e alla madre da suo marito, che avevano condotto alla morte della di lei madre – ha fatto rientrare la violenza domestica nell'ambito di applicazione degli artt. 2, 3 e 14 CEDU.

In particolare, la Corte EDU ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 2 CEDU per l'omicidio della madre della ricorrente e la violazione dell'art. 3 CEDU per la mancata protezione della ricorrente da parte dello Stato.

In particolare, i giudici di Strasburgo hanno rilevato che la Turchia non aveva approntato un sistema adeguato per punire la violenza domestica e proteggerne le vittime. Le autorità non avevano nemmeno utilizzato le misure di protezione²⁵ disponibili e avevano qualificato il procedimento come “questione familiare”, ignorando il motivo per cui le denunce erano state ritirate.

La Corte stabiliva, infine – per la prima volta in un caso di violenza domestica – che vi fosse stata una violazione dell'art. 14 CEDU (che come noto sancisce il divieto di discriminazione), in combinato disposto con gli articoli 2 e 3 CEDU: si osservava in proposito che la violenza domestica colpisce soprattutto le donne e che la passività giudiziaria generale e discriminatoria in Turchia creava un clima favorevole a tale odioso fenomeno.

La violenza subita dalla ricorrente e da sua madre poteva quindi essere considerata fondata sul genere e discriminatoria nei confronti delle donne. Nonostante le riforme attuate dal governo turco negli ultimi anni, la scarsa reattività generale del sistema giudiziario e

²⁵ Sulle misure di protezione mi sia consentito richiamare il mio scritto A.G. LANA, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, in *I diritti dell'uomo*, 2009, n. 1, pp. 29-35.

l'impunità di cui godono gli aggressori, come nel caso della ricorrente, indicavano un impegno insufficiente da parte delle autorità nell'intraprendere azioni adeguate per affrontare la violenza domestica.

Inoltre, la pronuncia in commento risulta di particolare interesse, in quanto, nell'esaminare il caso dalla prospettiva dell'art. 14 CEDU, la Corte ha preso in considerazione, oltre la sua giurisprudenza in materia, strumenti giuridici più specializzati, nonché le decisioni degli organi giuridici internazionali in materia di violenza contro le donne.

In questo contesto, veniva citata la CEDAW²⁶, che definisce la discriminazione nei confronti delle donne, ai sensi dell'art. 1, come "... qualsiasi distinzione, esclusione o restrizione fatta sulla base del sesso che abbia l'effetto o lo scopo di compromettere o annullare il riconoscimento, il godimento o l'esercizio da parte delle donne, indipendentemente dal loro stato civile, su una base di uguaglianza tra uomini e donne, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale, civile o in qualsiasi altro campo".

La Commissione delle Nazioni Unite per i diritti umani invece, ha riconosciuto espressamente il nesso tra violenza di genere e discriminazione, sottolineando nella risoluzione 2003/45²⁷ che "tutte le forme di violenza contro le donne si verificano nel contesto della discriminazione *de jure* e *de facto* contro le donne e dello status inferiore accordato alle donne nella società e sono esacerbate dagli ostacoli che le donne spesso incontrano nel cercare rimedi dallo Stato"²⁸.

In estrema sintesi, i casi citati, l'uno relativamente all'applicazione degli artt. 2 e 13 CEDU e l'altro con riferimento all'applicabilità degli artt. 2, 3 e 14 CEDU ai casi di violenza domestica, costituiscono degli importanti *leading cases*, nonché, come si vedrà, la base della giurisprudenza della Corte in materia.

²⁶ Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna (CEDAW), adottata nel 1979 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite ed entrata in vigore il 3 settembre 1981. Sulla Convenzione, *ex multis*, P. FELICIONI, A. SANNA (a cura di), *Contrasto a violenza e discriminazione di genere: tutela della vittima e repressione dei reati*, Milano, 2019.

²⁷ Commissione delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, *Commission on Human Rights Resolution 2003/45: Elimination of Violence against Women*, 23 aprile 2003, doc. E/CN.4/RES/2003/45.

²⁸ Cfr. *ibidem*, par. 187.

3. *Il caso Kurt c. Austria e il test di due diligence*

Il caso *Kurt c. Austria* ricopre una particolare importanza nell'ambito della giurisprudenza della Corte in materia di violenza domestica. Infatti, la Corte, pur statuendo per la non violazione della Convenzione nel caso di specie, ha colto l'occasione per configurare, elaborando il proprio orientamento giurisprudenziale basato sul caso *Osman*, un vero e proprio test di *due diligence* nell'accertamento della responsabilità dello stato per violenza domestica commessa dai privati.

Il caso, deciso definitivamente dalla Grande Camera nel 2021, originava dalle doglianze sollevate dalla ricorrente – vittima di ripetute violenze da parte del marito che avevano condotto all'omicidio di uno dei figli – relativamente alla violazione, da parte del governo austriaco, dell'art. 2 CEDU.

In particolare, secondo la ricorrente le autorità austriache non avevano protetto lei e i suoi figli dal marito violento, che aveva ucciso il loro figlio.

In questa sentenza la Grande Camera ha chiarito per la prima volta in maniera compiuta i principi generali applicabili nei casi di violenza domestica ai sensi dell'art. 2 della Convenzione sulla base del “test Osman”²⁹. La Corte di Strasburgo ha in particolare chiarito che le autorità devono fornire una risposta immediata alle accuse di violenza domestica e che è richiesta loro una particolare diligenza nel trattare tali casi.

In base al test menzionato, le autorità, nei casi di violenza domestica, sono chiamate a stabilire se esista un rischio reale e immediato per la vita di una o più vittime identificate. A tal fine, i) dovrebbero effettuare una valutazione del rischio autonoma, proattiva e completa; ii) dovrebbero quindi valutare l'effettività e l'immediatezza del rischio tenendo in debito conto il contesto particolare dei casi di violenza domestica; iii) se il risultato della valutazione del rischio propende per la sussistenza di un rischio reale e immediato per la vita, scatta l'obbligo per le autorità di adottare misure operative preventive; iv) tali misure dovrebbero essere adeguate e proporzionate al livello di rischio valutato.

²⁹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Osman c. Regno Unito*, cit., parr. 115-121.

Nel caso di specie, i giudici della *Grande Chambre* hanno affermato che le autorità austriache avevano dimostrato la particolare diligenza dovuta nel rispondere rapidamente alle accuse di violenza domestica della ricorrente e che avevano tenuto debitamente conto dello specifico contesto di violenza domestica del caso.

Secondo la Corte di Strasburgo, le autorità di quel Paese hanno condotto una valutazione del rischio autonoma, proattiva e completa, il cui risultato ha portato all'emissione di un ordine di interdizione e protezione. Tuttavia, la valutazione del rischio non ha indicato un rischio reale e immediato di letalità per il figlio della ricorrente, pertanto, non è scattato l'obbligo di adottare misure operative preventive al riguardo.

Di conseguenza, nel caso in esame e in applicazione del menzionato *test*, non risultava esservi stata, a parere della Corte, alcuna violazione dell'art. 2 CEDU nella sua parte sostanziale.

3.1. *I casi italiani: da Talpis ai più recenti arresti*

Come rilevato in premessa, nell'ultimo anno sono state emesse nei confronti dell'Italia ben tre pronunce in cui si è accertata la violazione della Convenzione in materia di violenza domestica. Tali sentenze andranno necessariamente lette alla luce dei precedenti della Corte in materia, con particolare riferimento alla sentenza resa nel 2017 sul caso *Talpis c. Italia*.

Di quest'ultima pronuncia ora si dirà al fine di rimarcare le differenze con le successive tre, soprattutto con riferimento al caso *Landi c. Italia* e all'applicabilità dell'art. 14 CEDU.

Il caso *Talpis* trae origine dai persistenti episodi di violenza domestica subiti dalla ricorrente e sfociati nell'omicidio del figlio e nel suo stesso tentato omicidio.

La Corte, nel caso di specie, ha ritenuto che vi fosse stata una violazione degli artt. 2, 3 e 14 CEDU, quest'ultimo letto in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 CEDU.

In particolare, i giudici europei hanno rilevato che le autorità italiane, non avendo dato seguito tempestivamente alla denuncia presentata dalla ricorrente, l'avevano di fatto privata di qualsiasi effetto, creando un clima di impunità favorevole al ripetersi degli atti di vio-

lenza, che avevano poi portato al tentato omicidio della ricorrente e all'omicidio del figlio. Le autorità italiane, secondo la Corte, erano dunque venute meno ai loro obblighi positivi in materia di protezione del diritto alla vita.

La Corte, inoltre, nell'accertare l'ulteriore violazione dell'art. 3 CEDU, ha osservato che la ricorrente aveva vissuto con i suoi figli in un clima di violenza, e che il modo in cui le autorità avevano condotto il procedimento penale indicava una passività giudiziaria incompatibile con la tutela fornita dall'art. 3 CEDU.

Infine, la Corte ha ritenuto che vi fosse stata, altresì, la violazione dell'art. 14 CEDU (divieto di discriminazione) in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 CEDU, constatando che la ricorrente fosse stata vittima di una discriminazione di genere causata dalla persistente inerzia delle autorità, che avevano sottovalutato le violenze in questione e quindi le avevano sostanzialmente avallate.

Di particolare rilievo, risultano le argomentazioni della Corte relativamente alla dedotta violazione del divieto di discriminazione.

A tal proposito, si è rammentato che l'inadempimento – anche involontario – di uno Stato al suo obbligo di proteggere le donne dalla violenza domestica costituisce una violazione del diritto di queste ultime ad una pari tutela da parte della legge³⁰. Tanto è vero che la “passività generalizzata e discriminatoria della polizia” tale da creare un clima di impunità, comporta una violazione dell'art. 14 CEDU³¹.

Di fatto, secondo il giudice europeo, si è in presenza di un trattamento discriminatorio in tutti i casi in cui sia possibile stabilire che l'inerzia delle autorità costituisca una tolleranza reiterata nei confronti degli atti di violenza domestica, riflettendo, in questo modo, un atteggiamento discriminatorio verso l'interessata in quanto donna³².

La pronuncia resa sul caso *Talpis*, nel riconoscere che “la ricorrente abbia fornito un inizio di prova, suffragato da dati statistici non con-

³⁰ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Opuz*, cit., par. 191.

³¹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Talpis*, cit., par. 141. Sul punto, A. DI STASI, *Il diritto alla vita e all'integrità della persona con particolare riferimento alla violenza domestica*, cit., p. 20.

³² Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 28 maggio 2013, ricorso n. 3564/11, *Eremia c. Repubblica di Moldavia*, par. 89.

testati che dimostrano, da una parte, che la violenza domestica colpisce soprattutto le donne e che, nonostante le riforme intraprese, un considerevole numero di donne muoiono uccise dai loro compagni o ex compagni (femminicidi) e, dall'altro, che gli atteggiamenti socioculturali di tolleranza nei confronti della violenza domestica persistono", ha avuto il pregevole effetto di dare propulsione a un intervento legislativo italiano volto ad aumentare la tutela delle donne vittime di violenza domestica.

In particolare, con il c.d. Codice rosso³³, si segnalano l'introduzione di misure di protezione contro gli abusi familiari, l'introduzione del reato di molestie, di circostanze aggravanti per i reati contro le persone e i minori, della misura dell'allontanamento d'urgenza dal domicilio familiare.

Ciononostante, come anticipato *supra*, la Corte EDU, nel corso del 2022, si è più volte pronunciata nei confronti dell'Italia per non aver garantito un'adeguata protezione alle vittime di violenza domestica, nei termini di cui agli artt. 2 e 3 CEDU.

In particolare, con sentenza del 7 aprile 2022, la Corte, nel caso *Landi* ha accertato la violazione dell'art. 2 CEDU.

Il caso riguardava l'inerzia delle autorità italiane – nella fattispecie dell'autorità giudiziaria – nel proteggere una donna, la sig.ra Landi, e i suoi figli dalle violenze e i maltrattamenti ripetutamente inflitti loro dal compagno, che avevano in ultimo condotto all'omicidio del figlio di un anno e al tentato omicidio della ricorrente.

Sotto il profilo relativo alla violazione dell'art. 2 CEDU, la sig.ra Landi affermava di aver presentato diverse denunce penali che l'autorità giudiziaria non aveva preso in seria considerazione, creando così un contesto di impunità favorevole alla ripetizione degli atti di violenza perpetrati dal suo partner.

In particolare, le autorità, seppur avvertite, non avevano posto in essere le misure necessarie e appropriate per proteggere la vita della ricorrente e dei suoi figli. Il PM aveva avviato un'indagine solo nel

³³ Cfr. L. 19 luglio 2019, n. 69, recante modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere. In dottrina, V. CASALNUOVO, S. COLELLA (a cura di), *Il codice rosso: guida operativa alla L. n. 69 del 2019*, Piacenza, 2019.

2018, rubricando la fattispecie come violenze domestiche e sottovalutando il pericolo per la vita della ricorrente e dei suoi figli.

La ricorrente invocava altresì la violazione dell'art. 14 della Convenzione in combinato disposto con l'art. 2 CEDU, sostenendo che la mancanza di protezione legislativa e di una risposta adeguata da parte delle autorità alle sue denunce nei confronti del partner costituivano un trattamento discriminatorio fondato sul sesso (così come riscontrato nel caso *Talpis*).

Il governo, dal canto suo, affermava preliminarmente, sotto il profilo della ricevibilità del ricorso, il mancato esaurimento dei rimedi interni. Secondo il governo la ricorrente non aveva fatto valere la violazione dei suoi diritti dinanzi ai tribunali interni e aveva ritirato le denunce presentate contro l'ex convivente, senza chiedere nelle sedi a opportune misure di protezione nei confronti suoi e dei suoi figli.

Nel merito il governo sosteneva che comunque le autorità non avrebbero potuto prevedere il gesto dell'ex compagno, soprattutto perché la stessa ricorrente aveva deciso di continuare a vivere con lui e aveva ritirato le denunce precedentemente presentate. In relazione alla violazione dell'art. 14 CEDU, dopo aver illustrato le leggi esistenti in Italia a tutela delle donne vittime di violenza domestica, sottolineava che, secondo dati statistici precisi e affidabili, l'Italia risulta essere uno dei paesi europei con il minor numero di casi di femminicidio, nonché il più avanzato nella lotta contro la violenza sulle donne.

Nella sentenza in commento, la Corte di Strasburgo ha ritenuto ricevibile il ricorso, respingendo così le eccezioni relative al mancato previo esaurimento dei rimedi interni³⁴. Secondo i giudici europei l'eccezione andava letta alla luce della sentenza di Grande Camera *Kurt c. Austria*, distinguendo quindi tra rimedi destinati a porre ripara-zione a violazioni già commesse e quelli destinati a prevenire violazioni future³⁵. Sotto questo secondo profilo è stata constatata la mancanza in Italia di rimedi effettivi idonei a far valere l'inerzia

³⁴ Si veda su questo punto l'opinione concorrente del giudice Sabato, commentata anche da S. DE VIDO, *Verso un test di dovuta diligenza sensibile al genere nei casi di violenza domestica?*, cit., pp. 613-635.

³⁵ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Kurt*, cit., par. 109.

dell'autorità pubblica nel porre in essere le necessarie misure preventive o protettive nei confronti di vittime di violenza domestica.

Superata l'eccezione di irricevibilità, la Corte EDU ha riconosciuto la violazione dell'obbligo positivo dello stato – nella fattispecie del PM – di adottare le misure preventive necessarie a proteggere un individuo la cui vita è minacciata da azioni criminali altrui ai sensi dell'art. 2 CEDU.

La Corte ha dichiarato viceversa non sussistente nel caso di specie la violazione dell'art. 14 CEDU, letto congiuntamente all'art. 2 CEDU. A tal proposito, si dava atto del fatto che, a partire dal 2017, l'Italia aveva adottato delle misure volte ad attuare la Convenzione di Istanbul, dimostrando in tal modo la sua reale volontà politica di prevenire e combattere la violenza nei confronti delle donne.

Una serie di riforme legislative già adottate a partire dal 2008 (in particolare l'introduzione di misure di protezione contro gli abusi familiari, del reato di molestie, di circostanze aggravanti per i reati contro le persone e i minori, della misura dell'allontanamento d'urgenza dal domicilio familiare)³⁶ avrebbe creato un insieme importante di regole e di meccanismi che rafforzano la capacità delle autorità di far corrispondere le loro intenzioni ad azioni concrete per porre fine alla violenza³⁷.

Nonostante l'apparente adeguatezza del quadro legislativo italiano alla luce delle garanzie di cui all'art. 14 CEDU, a pochi mesi di distanza dal caso Landi, la Corte si è pronunciata, relativamente alla mede-

³⁶ Sul punto mi permetto di richiamare un mio precedente intervento, A.G. LANA, *In memoria di Tina Lagostena Bassi*, in *I diritti dell'uomo*, n. 3, 2012, pp. 37-38, dove già segnalavo che “il fenomeno della violenza nei confronti delle donne è talmente diffuso e grave nel nostro Paese che non può, dunque, essere affrontato sul piano normativo e tanto meno solo con strumenti repressivi. Occorre offrire misure specifiche e azioni positive in risposta al panorama attuale e che operino soprattutto sul piano della prevenzione”.

³⁷ Come, tra l'altro, testimoniato dal rapporto del 2020 del GREVIO (acronimo di “*Group of Experts on action against Violence against Women and Domestic Violence*”), ossia il Gruppo di esperti indipendenti che ha il compito di vigilare e valutare, attraverso rapporti periodici forniti dagli Stati, le misure adottate dalle parti contraenti ai fini dell'applicazione della Convenzione di Istanbul.

sima materia, su altri due casi: il caso *De Giorgi c. Italia* e il caso *M.S. c. Italia*.

Il caso *De Giorgi* riguardava gli obblighi positivi dello Stato in materia di violenza domestica, derivanti dagli artt. 3 e 8 CEDU.

La ricorrente lamentava, in particolare, una mancanza di protezione e di assistenza da parte dello Stato convenuto per le violenze inflitte dal marito e tali da violare i principi convenzionali menzionati.

Invero, la sig.ra De Giorgi, a partire dal momento della separazione con il marito aveva iniziato a subire minacce da parte di quest'ultimo. In particolare, sin dal 2015 la ricorrente presentava una denuncia ai carabinieri di Padova spiegando loro che, da diversi mesi, l'ex marito la seguiva, la minacciava con un coltello, controllava il suo telefono, minacciava di suicidarsi, era violento con i figli e affermava di voler uccidere tutta la famiglia. A tale denuncia, davano prontamente seguito le forze dell'ordine, trasmettendone notizia al Pm.

Alla menzionata denuncia ne seguivano ulteriori, in cui la ricorrente riportava episodi violenti e minacciosi nei confronti suoi e dei figli, tra cui un episodio durante il quale ella era stata aggredita dal marito che l'aveva afferrata per il collo, minacciandola di morte e percuotendola con il casco della sua moto.

Nonostante ciò, il tribunale civile riteneva di non poter emettere un ordine di restrizione, considerando che la condotta dell'ex marito "non appare di vessazione dell'altro coniuge, ma espressione di una elevata conflittualità, solo occasionalmente travalicata in un atto grave".

Le denunce, invece, venivano sostanzialmente tutte archiviate con le stesse motivazioni.

Sulla base di tali premesse, la Corte di Strasburgo ha ricordato che, ai sensi della propria giurisprudenza in materia di violenza domestica, per rientrare nel campo di applicazione dell'art. 3 CEDU, un maltrattamento deve raggiungere un livello minimo di gravità. Un maltrattamento che raggiunge tale soglia minima di gravità implica, in generale, lesioni al corpo o forti sofferenze fisiche o psicologiche.

Tuttavia, qualsiasi trattamento che umili o svisciva un individuo, dando prova di mancanza di rispetto per la sua dignità umana o sminuendola, o suscita nell'interessato sentimenti di paura, angoscia o inferiorità tali da annientare la sua resistenza morale e fisica, può essere

qualificato degradante e rientrare così nel divieto di cui all'art. 3 CEDU³⁸.

Dunque, l'art. 3 CEDU non si riferisce esclusivamente all'inflizione di dolore fisico, ma anche "alla sofferenza morale che è causata dalla creazione di uno stato di angoscia e di stress con dei mezzi diversi dalle vie di fatto"³⁹.

Per questi motivi, applicando i principi espressi nel caso *Kurt*, la Corte ha dichiarato la violazione dell'art. 3 CEDU.

Giungendo al termine della nostra rassegna, da ultimo, con la sentenza resa nel caso *M.S. c. Italia* del 7 luglio 2022, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato lo Stato italiano per la violazione, sostanziale e procedurale, dell'art. 3 CEDU, in ragione dell'incapacità delle autorità italiane di proteggere una donna dalle ripetute minacce e violenze inflittegli dal marito.

Nella fattispecie, la ricorrente, vittima di violenza domestica, a partire dal 2004, sporgeva più volte denuncia nei confronti del marito. Nel 2007, la ricorrente veniva aggredita con un coltello dal marito durante un incontro svoltosi alla presenza del suo avvocato e finalizzato a discutere della separazione in corso. L'aggressore mancava la ricorrente, colpendo invece il suo avvocato. M.S. sporgeva, quindi, nuovamente denuncia. Il marito veniva condannato dal tribunale di primo grado per le lesioni inflitte all'avvocato e i maltrattamenti perpetrati nei confronti della ricorrente, ma veniva successivamente assolto nel 2014 dalla Corte d'appello per l'intervenuta prescrizione dei reati ascrittigli.

Tra il 2007 e il 2013 la ricorrente presentava diverse denunce asserendo di essere stata più volte aggredita, sia fisicamente che verbalmente, dal marito che la seguiva e la chiamava ripetutamente manifestando un comportamento persecutorio. Solo nel 2008 veniva disposta una misura cautelare nei confronti del marito della ricorrente.

³⁸ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 28 settembre 2015, ricorso n. 23380/09, *Bouyid c. Belgio*, par. 86-87.

³⁹ Per giurisprudenza costante della Corte di Strasburgo, il timore di nuove aggressioni può essere sufficientemente grave da indurre le vittime di violenza domestica a provare una sofferenza e un'angoscia che possono raggiungere la soglia minima prevista per l'applicazione dell'art. 3 CEDU. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Eremia*, cit., par. 54; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 28 gennaio 2014, ricorso n. 26608/11, *T.M. e C.M. c. Repubblica di Moldavia*, par. 41.

I procedimenti penali iniziati nei confronti del marito si concludevano quasi tutti con l'assoluzione dell'imputato per intervenuta prescrizione dei reati ascrittigli. Solo nel 2020, quindi sedici anni dopo la prima denuncia sporta dalla ricorrente, il tribunale condannava il marito a tre anni di carcere per molestie.

In virtù dei fatti sopra esposti, la ricorrente adiva la Corte europea dei diritti dell'uomo facendo valere la violazione degli artt. 2, 3 e 13 CEDU. La ricorrente lamentava, in particolare, la mancanza di protezione e assistenza da parte dello Stato convenuto a seguito della violenza domestica inflittale dal marito e il mancato rispetto delle garanzie procedurali di cui all'art. 3 CEDU, in quanto, essendo stati dichiarati prescritti diversi reati, appariva evidente che le autorità non avevano agito con la necessaria tempestività e diligenza.

La Corte di Strasburgo ha osservato che, nonostante l'adeguatezza in astratto della legislazione italiana nell'offrire protezione alle vittime di violenza, in questo caso si riscontrava chiaramente una violazione dell'art. 3 CEDU tanto nel suo aspetto sostanziale, tanto in quello procedurale.

In particolare, la Corte EDU ha distinto due periodi. Il primo, dal 2007 al 2008, in cui le autorità italiane non avevano disposto alcuna misura nei confronti del marito della ricorrente, incorrendo perciò nella violazione sostanziale dell'art. 3 CEDU; il secondo, dal 2008 al 2017, in cui, secondo i giudici di Strasburgo, le autorità italiane avevano compiuto un'adeguata valutazione del rischio di violenza cui era sottoposta la ricorrente, dando inizio a ben tre procedimenti penali. Tali procedimenti – come indicato *supra* – si concludevano con l'assoluzione per intervenuta prescrizione. Quest'ultima circostanza, a parere dei giudici europei, dimostrava che le autorità italiane non si erano attivate prontamente ed efficacemente per proteggere la ricorrente, incorrendo, così, nella violazione dell'aspetto procedurale dell'art. 3 CEDU.

La Corte ha così statuito che non può dirsi sussistente una protezione efficace contro i maltrattamenti, compresa la violenza domestica, nel momento in cui il procedimento penale si conclude a causa dello spirare del termine di prescrizione per l'inattività giudiziaria.

In conclusione, l'Italia è stata ammonita affermando il principio per cui "*De ce point de vue, elle estime que les infractions liées aux vio-*

lences domestiques, doivent figurer, même si elles sont commises par des particuliers, parmi les plus graves pour lesquelles la jurisprudence de la Cour considère qu'il est incompatible avec les obligations procédurales découlant de l'article 3 que les enquêtes sur ces délits prennent fin par l'effet de la prescription en raison de l'inactivité des autorités".

Di fatto, l'Italia è stata invitata a ripensare il sistema della prescrizione così come operante nei reati di violenza domestica, reati che spesso restano impuniti a causa dei ritardi dei tribunali.

Nonostante non sia stata dichiarata la violazione ulteriore dell'art. 14 CEDU, come già si è osservato, le pronunce rese nei confronti dell'Italia successive al caso *Talpis*, a nostro avviso, non possono che essere lette unitamente alla decisione del Comitato CEDAW (Comitato ONU garante dell'applicazione della Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne) del 18 luglio 2022, che, in un caso di violenza domestica e di stupro (perpetrato dall'agente incaricato a svolgere le indagini relative alla violenza domestica), ha condannato l'Italia per la violazione degli artt. 2 (b)-(d) e (f), 3, 5 e 15 della CEDAW⁴⁰.

4. Considerazioni conclusive

Se nel caso *Talpis* la Corte di Strasburgo aveva constatato la sussistenza di una discriminazione di genere in un caso di violenza domestica, questo approdo severo nei confronti del sistema paese è stato rimosso nella giurisprudenza successiva.

Nella prima sentenza, infatti, si affermava che, sottovalutando, con la loro inerzia, la gravità della violenza in questione, le autorità italiane l'avevano sostanzialmente causata e che "la ricorrente di conseguenza è stata vittima, in quanto donna, di una discriminazione contraria all'art. 14 della Convenzione".

⁴⁰ Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne, *A.F. c. Italia*, opinioni adottate in data 20 giugno 2022 e pubblicate in data 18 luglio 2022, doc. CEDAW/C/82/D/148/2019.

Pertanto, l'Italia veniva invitata dal Comitato dei Ministri a modificare la disciplina in materia, rendendola più compatibile con gli obiettivi di protezione delle donne vittime di violenza domestica.

A distanza di cinque anni dalla sentenza citata la Corte, pronunciandosi, sempre nei confronti dell'Italia, in tre ulteriori casi di violenza domestica, definiva apprezzabili gli sforzi dell'Italia volti ad integrare la normativa in materia alla luce della Convenzione di Istanbul, affermando, nel caso *Landi c. Italia*, che una serie di riforme legislative già adottate a partire dal 2008 aveva creato un *corpus* importante di regole e di meccanismi che rafforzano la capacità delle autorità di far corrispondere le loro intenzioni ad azioni concrete per porre fine alla violenza, non intravedendosi nell'episodio posto alla sua attenzione un caso di violazione dell'art. 14 CEDU.

Tuttavia, come anticipato, le sentenze contro l'Italia del 2022 non possono che essere lette unitamente alla decisione, di poco successiva, del Comitato ONU garante dell'applicazione della Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne (Comitato CEDAW) del 18 luglio 2022, che, in un caso di violenza domestica e di stupro (perpetrato dall'agente incaricato a svolgere le indagini relative alla violenza domestica), condannava l'Italia per la violazione degli artt. 2 (b)-(d)⁴¹ e (f), 3⁴²,

⁴¹ Ai sensi dell'art. 2 della Convenzione CEDAW: “*Gli Stati parti condannano la discriminazione nei confronti della donna in ogni sua forma, convengono di perseguire con ogni mezzo appropriato e senza indugio, una politica tendente ad eliminare la discriminazione nei confronti della donna, e, a questo scopo, si impegnano a: [...] b) adottare le misure legislative e ogni altro mezzo adeguato, comprese, se necessario, le sanzioni tendenti a proibire ogni discriminazione nei confronti delle donne; [...] d) astenersi da qualsiasi atto o pratica discriminatoria nei confronti della donna ed agire in maniera da indurre autorità ed enti pubblici a conformarsi a tale obbligo; [...] f) prendere ogni misura adeguata, comprese le disposizioni di legge, per modificare o abrogare ogni legge, disposizione, regolamento, consuetudine o pratica che costituisca discriminazione nei confronti della donna [...]*”.

⁴² Ai sensi dell'art. 3 della Convenzione CEDAW, “*Gli Stati parti prendono in ogni campo, ed in particolare nei campi politico, sociale, economico e culturale, ogni misura adeguata, incluse le disposizioni legislative, al fine di assicurare il pieno sviluppo ed il progresso delle donne, e di garantire loro su una base di piena parità con gli uomini, l'esercizio e il godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali*”.

5⁴³ e 15⁴⁴ della CEDAW, in sostanza evidenziando la sussistenza di stereotipi sessisti financo nei provvedimenti giurisdizionali.

Quanto considerato va calato nel contesto delle preoccupanti statistiche in materia, da cui si evince come la violenza contro le donne rappresenti “un problema di salute di proporzioni globali enormi”⁴⁵ e che, in Italia, il 31,5% delle donne tra 16 e 70 anni ha subito nel corso della propria vita una qualche forma di violenza fisica o sessuale⁴⁶.

Ciò suggerisce che, forse, ogni episodio di violenza domestica, se realizzato in un contesto in cui la cultura patriarcale è istituzionalizzata, debba ritenersi una discriminazione di genere cui lo Stato, mediante una legislazione adeguata e la promozione di una formazione speci-

⁴³ “*Gli Stati prendono ogni misura adeguata: a) al fine di modificare gli schemi ed i modelli di comportamento socioculturale degli uomini e delle donne e di giungere ad una eliminazione dei pregiudizi e delle pratiche consuetudinarie o di altro genere, che siano basate sulla convinzione dell’inferiorità o della superiorità dell’uno o dell’altro sesso o sull’idea di ruoli stereotipati degli uomini e delle donne b) al fine di far sì che l’educazione familiare contribuisca alla comprensione che la maternità è una funzione sociale e che uomini e donne hanno responsabilità comuni nella cura di allevare i figli e di assicurare il loro sviluppo, restando inteso che l’interesse dei figli è in ogni caso la considerazione principale*”.

⁴⁴ “*Gli Stati parti riconoscono alla donna la parità con l’uomo di fronte alla legge. 2. Gli Stati parti riconoscono alla donna, in materia civile, una capacità giuridica identica a quella dell’uomo e le medesime possibilità di esercitare tale capacità. Le riconoscono in particolare diritti eguali per quanto concerne la conclusione di contratti e l’amministrazione dei beni, accordandole il medesimo trattamento in tutti gli stadi del procedimento giudiziario. 3. Gli Stati parti convengono che ogni contratto e ogni altro strumento privato, di qualunque tipo esso sia, avente un effetto giuridico diretto a limitare la capacità giuridica della donna, deve essere considerato nullo. 4. Gli Stati parti riconoscono all’uomo e alla donna i medesimi diritti nel campo della legislazione relativa al diritto che ogni individuo ha di circolare liberamente e di scegliere la propria residenza o domicilio*”.

⁴⁵ Organizzazione Mondiale della Sanità, *Valutazione globale e regionale della violenza contro le donne: diffusione e conseguenze sulla salute degli abusi sessuali da parte di un partner intimo o da sconosciuti*, Report del 2013, <https://www.who.int/publications/i/item/9789240022256>.

⁴⁶ Secondo dati ISTAT, le forme più gravi di violenza in Italia sono esercitate da partner, parenti o amici. Gli stupri sono stati commessi nel 62,7% dei casi da partner. Per un approfondimento, vedi A.G. LANA, *In memoria di Tina Lagostena Bassi*, cit., pp. 37-38.

fica indirizzata alle forze di polizia e agli operatori del diritto, dovrebbe far fronte⁴⁷.

Come testimoniato dalle numerose pronunce che ultimamente hanno coinvolto l'Italia in vicende di violenza domestica, non sembra che il sistema giudiziario stia facendo i progressi auspicati in esito alla sentenza *Talpis* nel proteggere le donne vittime di violenza domestica o di stupro per la presenza di una discriminazione di genere ormai istituzionalizzata.

Tale situazione porta, da un lato, a sottovalutare (come nei casi *Talpis c. Italia*, *Landi c. Italia*, *De Giorgi c. Italia*, *M.S. c. Italia*) i rischi emotivi e fisici della violenza domestica e, dall'altro, guida troppi tribunali nella stesura delle proprie sentenze realizzando una vera e propria vittimizzazione secondaria delle parti offese (si veda il caso *J.L. c. Italia* del 27 maggio 2021⁴⁸, o il caso sottoposto all'attenzione del comitato CEDAW a cui si è sopra fatto riferimento).

A parere di chi scrive, ogni episodio di violenza domestica in riferimento al quale “le autorità sapevano o avrebbero dovuto sapere dell'esistenza di un rischio reale e immediato alla vita di un individuo determinato e le autorità non hanno fatto quello che potevano fare e quello che si può ragionevolmente aspettarsi da loro per eliminare tale rischio”, racchiude in sé una conseguente violazione del divieto di discriminazione protetto dall'art. 14 CEDU.

Ciò, in quanto, nonostante il quadro normativo di riferimento sia, a partire dal 2019 e sino alla recente riforma Cartabia, sensibilmente migliorato, comunque si riscontra nelle istituzioni l'uso di continui stereotipi e pregiudizi sessisti, avallati dalle forze dell'ordine e finanche dalle decisioni giudiziarie.

Di questo, non ha caso, si è accorto il comitato CEDAW, che, nel condannare l'Italia per il mancato rispetto della Convenzione

⁴⁷ La Commissione delle Nazioni Unite per i Diritti Umani ha riconosciuto espressamente il nesso tra violenza di genere e discriminazione, sottolineando nella risoluzione 2003/45 che “*tutte le forme di violenza contro le donne si verificano nel contesto della discriminazione de jure e de facto contro le donne e dello status inferiore accordato alle donne nella società e sono esacerbate dagli ostacoli che le donne spesso incontrano nel cercare rimedi dallo Stato*”.

⁴⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 maggio 2021, ricorso n. 5671/16, *J.L. c. Italia*.

sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne, ha espresso le seguenti raccomandazioni:

- promuovere una formazione puntuale e capillare di magistratura, avvocatura e forze di polizia, sugli stereotipi sessisti che impediscono alle donne di accedere, in condizione paritaria, alle aule di giustizia; sulla CEDAW e sulle Raccomandazioni generali del Comitato, in particolare quelle numero 19, 33 e 35;
- promuovere programmi specifici sulla dimensione giuridica, culturale e sociale della violenza contro le donne e sulle discriminazioni di genere, specificamente indirizzati a “magistrati, avvocati, personale addetto all'applicazione della legge e personale medico”;
- monitorare strategie per eliminare gli stereotipi di genere nei casi di violenza contro le donne anche analizzando le sentenze con strumenti di denuncia e controllo dei casi di stereotipizzazione giudiziaria;
- varare misure legislative che introducano il consenso come elemento determinante per accertare la violenza sessuale e quando questo viene invocato dalla difesa porre l'onere della prova a carico dell'imputato; eliminare dalla disposizione penale il requisito della violenza.

Anche la Corte EDU, di fronte al proliferare di casi in materia di violenza domestica, potrebbe far proprio tale decalogo, e nel pervenire alla prossima condanna, approfittarne per intervenire più incisivamente con una sentenza pilota⁴⁹ che richiami l'Italia al rispetto dei propri obblighi convenzionali positivi, tanto sostanziali quanto procedurali.

Quel che si auspica è dunque un intervento della Corte di Strasburgo secondo una duplice linea di azione: si potrebbe – da un lato – riconoscere nei casi di violenza domestica la violazione dell'art. 14 CEDU come opportunamente fatto nel caso *Talpis* e – dall'altro – in presenza di un evidente deficit sistemico e strutturale del nostro ordinamento, adottare la tecnica della sentenza pilota, invitando lo Stato

⁴⁹ Sulla scorta dell'art. 61 del Regolamento di procedura della Corte. Per la dottrina, vedi *sub* nota n. 11.

italiano a mettere in campo tutte le misure suggerite dal Comitato CEDAW.

Insomma, una tutela più compiuta che elida quella discriminazione di genere strutturale di cui è vittima il nostro sistema paese, e per tale strada, si adoperi a costruire un sistema preventivo e rimediale efficiente ed effettivo per la tutela delle donne, affinché tutti noi possiamo sentire sempre di meno nel nostro quotidiano, sulle pagine dei giornali e nelle parole dei giudici interni e internazionali la locuzione violenza domestica.

Abstract

Il presente scritto ha lo scopo di analizzare la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di violenza di genere e, in particolare, di episodi occorsi all'interno delle mura domestiche. Dopo una disamina della competenza della Corte a giudicare, *ratione materiae*, doglianze di violazione dei diritti tutelati dalla Convenzione poste in essere da privati, l'esame proseguirà con una succinta analisi dall'orientamento consolidato della Corte di Strasburgo in materia a partire dai suoi *leading cases* (*Kontrova c. Slovacchia* del 2007, *Opuz c. Turchia* del 2009 e *Kurt c. Austria* del 2021). Il *focus* principale dell'analisi verte sui casi italiani (*Talpis c. Italia* del 2017, *Landi c. Italia*, *De Giorgi c. Italia* e *M.S. c. Italia*, tutte rese nel 2022). Nel tirare le somme della suddetta giurisprudenza, si esaminerà se quello dell'ordinamento italiano costituisca un esempio di violazione strutturale, necessitante un più energico intervento attraverso la tecnica delle sentenze pilota.

KEYWORDS: Violenza domestica – sentenza pilota – CEDU – Corte di Strasburgo – violazione strutturale

VIOLATIONS OF THE EUROPEAN CONVENTION
ON HUMAN RIGHTS IN THE MOST RECENT CASE LAW
OF THE COURT OF STRASBOURG CONCERNING
DOMESTIC VIOLENCE

The purpose of this paper is to analyse the case law of the European Court of Human Rights on gender-based violence and, in particular, on domestic violence. After an examination of the Court's competence to adjudicate, *ratione materiae*, claims of violation of rights protected by the Convention made by private individuals, the article will continue with a succinct analysis of the Strasbourg Court's well-established jurisprudence on the matter starting from its leading cases (*Kontrova v. Slovakia* of 2007, *Opuz v. Turkey* of 2009 and *Kurt v. Austria* of 2021). The main focus of the analysis is on the Italian cases (*Talpis v. Italy* of 2017, *Landi v. Italy*, *De Giorgi v. Italy* and *M.S. v. Italy*, all decided in 2022). In assessing the aforementioned cases, it will be examined whether the Italian system constitutes an example of a struc-

tural violation, necessitating a more vigorous intervention through a pilot judgment by the Court of Strasbourg.

KEYWORDS: Domestic violence – pilot judgment – Echr – Strasbourg Court – structural violation

DISCRIMINAZIONE INTERSEZIONALE E CONTRASTO
AI REATI GENERATI DALL'ODIO
CONTRO LE DONNE MIGRANTI:
TUTELE ATTUALI E PROSPETTIVE EVOLUTIVE
IN SENO ALL'UE

*Claudia Morini**

SOMMARIO: 1. Discriminazione intersezionale: una definizione introduttiva. – 2. La rilevanza dell'intersezionalità nell'ordinamento sovranazionale – 3. Il contrasto ai reati generati dall'odio nel contesto europeo. – 4. *Segue*. L'azione dell'Unione europea. – 5. Prospettive future: l'armonizzazione del contrasto ai reati generati dall'odio.

1. Discriminazione intersezionale: una definizione introduttiva

Il razzismo “strutturale” o “istituzionalizzato” in Europa è profondamente radicato in tutti i settori della società così come in tutte le strutture e mette a repentaglio la promozione, la tutela e la realizzazione dei diritti umani di ogni persona¹. Il razzismo può associarsi a una discriminazione o a un odio fondati, oltre che sulla religione e sulle convinzioni personali, anche su altri motivi, tra cui il genere, l'orientamento sessuale, l'età e la disabilità o la provenienza da un contesto migratorio. Questo “razzismo strutturale”, purtroppo, oltre a essere un fenomeno odioso in sé, costituisce “un ostacolo al conseguimento

* Associata di Diritto dell'Unione europea, Università del Salento. Indirizzo e-mail: claudia.morini@unisalento.it

¹ “*Institutional racism can be defined as the racial attitudes found in a ethnic group's traditions, beliefs, opinions, and myths that are firmly ingrained in the very fiber of the ethnic group's cultural paradigm, where such traditions, beliefs, opinions, and myths have been practiced and sustained for so long, that they are accepted as common facts, understood to be normal behavioral practices whereas, such practices in effect marginalize, and demonize the human worth of another ethnic group*”. Vedi le definizioni fornite da OCHCR, dove si evidenzia la differenza tra ‘razzismo sistemico’ e ‘razzismo istituzionale’. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Racism/WGEAPD/Session27/submissions-statements/mdshahid-systemicracism.pdf>.

mento, da parte di gruppi o individui, degli stessi diritti e opportunità che sono disponibili alla maggior parte della popolazione”².

In riferimento a questi gruppi, da un recente studio di *UN Women* è emersa la drammaticità della condizione delle donne migranti nel contesto attuale³. Le donne migranti razzialmente emarginate, infatti, sperimentano forme multiple e intersecanti di discriminazione radicate in manifestazioni sistemiche di razzismo, sessismo e altri sistemi di disuguaglianza. La discriminazione si verifica in tutte le fasi della migrazione – nel Paese d’origine, in quello di transito e in quello di destinazione – e può includere abusi razziali, violenza sessuale e di genere, stigmatizzazione, accesso limitato ai servizi sanitari e sociali, condizioni di lavoro inique, criminalizzazione e detenzione. Percorsi migratori di esclusione basati su razza e genere, dati disaggregati limitati, leggi statali discriminatorie e protezioni internazionali inadeguate, sono alcuni dei fattori che contribuiscono a cancellare e oscurare le esperienze delle donne migranti razzialmente emarginate.

Per arginare questa complessa situazione, è ormai improcrastinabile un’azione di Stati, attori internazionali e organizzazioni della società civile volta a cercare di ampliare la loro comprensione dell’intersezione di razza e genere nella *governance* della migrazione e ad attuare riforme urgenti per migliorare l’accesso ai servizi e la protezione dei diritti umani per le donne emarginate sulla base della loro razza, genere e *sta-*

² Vedi Parlamento Europeo, *Risoluzione sulla giustizia razziale, la non discriminazione e la lotta al razzismo nell’UE*, (2022/2005(INI)), del 10 novembre 2022, lett. D, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0389_IT.pdf. Dallo stesso documento emerge che stando all’*Agenzia europea per i diritti fondamentali* (FRA), persistono “livelli elevati di discriminazione e razzismo nei confronti di gruppi razzializzati sulla base del loro contesto etnico o migratorio, come le persone romani e le persone di origine nordafricana o subsahariana, come pure nei confronti dei musulmani e degli ebrei [;e] che i movimenti razzisti, xenofobi e omo/transfobici e le ideologie estremiste, in particolare i sentimenti di estrema destra, sono in aumento e continuano a rappresentare gravi minacce per le società democratiche dell’UE e per la sicurezza dei gruppi razzializzati” (lett. F). Inoltre, si evidenzia come, purtroppo, uno strumento vitale per il contrasto alle discriminazioni, ovvero la proposta di direttiva orizzontale antidiscriminazione, sia bloccata in seno al Consiglio dal 2008 (lett. G).

³ UN Women, *Racially Marginalized Migrant Women: Human Rights Abuses at the Intersection of Race, Gender and Migration, Policy Brief*, novembre 2022, [Racially-marginalized-migrant-women-en.pdf](https://www.unwomen.org/en/stories/2022/11/racially-marginalized-migrant-women-en.pdf) (unwomen.org).

tus migratorio. A tal fine, va sempre più affermandosi la consapevolezza che sia necessario adottare un c.d. approccio intersezionale, ovvero uno strumento analitico per studiare, comprendere e rispondere ai modi in cui un elemento discriminatorio che potremmo definire “base”, quale ad esempio il sesso o il genere, si interseca con altre caratteristiche e/o identità personali e ai modi in cui tali intersezioni contribuiscono a determinare esperienze di discriminazione specifiche.

Quanto alla nozione di “intersezionalità”, essa si riferisce ai modi in cui razza, classe sociale, sesso, etnia, orientamento sessuale, capacità, *status* e altri “marcatori di differenze” possono intersecarsi per permeare le realtà individuali e le esperienze vissute da un essere umano. L’intersezionalità, pertanto, riconosce che gli individui e i gruppi sono modellati da identità multiple e intersecantisi: queste identità spesso pervadono la visione del mondo, la prospettiva e il rapporto di un individuo verso gli altri presenti nella società. Si tratta, invero, di una nozione che si è sviluppata a partire da riflessioni iniziate nell’ambito di diversi movimenti femministi. Originariamente, infatti, la parola “intersezionalità” è stata coniata nel 1989 da Kimberlé Crenshaw, una studiosa statunitense, per descrivere i modi in cui i sistemi di disuguaglianza basati su genere, razza, etnia, orientamento sessuale, identità di genere, disabilità, classe e altre forme di discriminazione si intersecano per creare dinamiche ed effetti unici⁴.

In questo testo fondamentale, l’Autrice esprime in modo molto efficace l’analogia tra la discriminazione intersezionale e l’incrocio stradale: “Considerate un’analogia con un incrocio stradale dove il traffico scorre nelle quattro direzioni. La discriminazione, come il traffico a un incrocio, può scorrere in una direzione o in un’altra. Un incidente che si verifica a un incrocio può essere causato da auto provenienti dall’una o dall’altra direzione e, talvolta, da tutte le direzioni. Parimenti, se una donna di colore subisce un pregiudizio perché si trova a

⁴ K. CRENSHAW, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *University of Chicago Legal Forum*, vol. 1989, n. 1, pp. 139-167. Il concetto di intersezionalità, invero, è profondamente radicato nella storia femminista e antirazzista; è stato, infatti e almeno implicitamente, al centro del discorso del femminismo nero e del movimento antischiaivista del diciannovesimo secolo ed è probabile fosse già presente anche molto prima.

un'intersezione, l'incidente potrebbe essere dovuto a discriminazione sessuale o discriminazione razziale"⁵. Alla luce di ciò, il posizionamento delle donne di colore all'intersezione tra razza e genere, renderebbe la loro esperienza strutturalmente e qualitativamente diversa da quella delle donne bianche, ma queste esperienze tendono a non essere adeguatamente rappresentate nell'ambito dei dibattiti di femminismo o di antirazzismo.

Quando si parla di "discriminazioni intersezionali", dunque, le forme di disuguaglianza si stratificano e si rafforzano a vicenda e, molto spesso, hanno come vittime privilegiate proprio le donne migranti, cui questo volume è dedicato.

2. La rilevanza dell'intersezionalità nell'ordinamento sovranazionale

Se osserviamo lo scenario globale, l'impatto contestuale di razzismo e discriminazione di genere, con particolare riguardo alle donne migranti, immigrate, indigene e appartenenti a minoranze o a gruppi emarginati, ha avuto conseguenze devastanti sulla possibilità per queste donne di esercitare pienamente i propri diritti umani fondamentali, *in primis* il diritto all'uguaglianza, sia nella sfera pubblica che in quella privata⁶.

Sebbene per molte donne appartenenti a gruppi emarginati la discriminazione intersezionale rappresenti un rilevante ostacolo per la

⁵ Traduzione nostra. Il testo originale è, invece, il seguente: "*Consider an analogy to traffic in an intersection, coming and going in all four directions. Discrimination, like traffic through an intersection, may flow in one direction, and it may flow in another. If an accident happens in an intersection, it can be caused by cars traveling from any number of directions and, sometimes, from all of them. Similarly, if a Black woman is harmed because she is in the intersection, her injury could result from sex discrimination or race discrimination*" (p. 149).

⁶ In alcuni contesti, purtroppo, non si tratta solo di essere private dell'esercizio di alcuni diritti, ma di essere anche vittime di crimini efferati. Si pensi agli stupri e agli abusi sessuali contro le donne di alcune minoranze in contesti di conflitti quali quello in Ruanda o in Bosnia: là, gli abusi erano mirati in modo specifico contro donne che avevano una determinata identità etnica. Il fine più ampio, essendo quei conflitti motivati prevalentemente dall'odio etnico e razziale, era quello di umiliare e disumanizzare l'intero gruppo etnico di appartenenza delle donne violate.

conquista dell'uguaglianza, ciò nonostante, a livello sovranazionale tale consapevolezza ha trovato un riscontro solo di recente. Invero, storicamente nell'elaborazione e pianificazione delle politiche ufficiali nazionali e sovranazionali, il contrasto al razzismo e alla discriminazione razziale da un lato, e alla discriminazione di genere dall'altro, ha sempre seguito percorsi autonomi e non interconnessi.

Un riconoscimento dell'esistenza di una forma di discriminazione c.d. intersezionale si è avuto però, ad esempio, nel 1995 nel corso della IV Conferenza mondiale delle Nazioni Unite sulle donne, dalla quale è poi scaturita la nota Piattaforma d'azione di Pechino⁷. In quell'occasione, invero, si è sottolineata l'esigenza di provare a comprendere la coesistenza nei confronti di un unico soggetto di forme multiple di discriminazione e, in modo più specifico, il suo impatto sulle donne. Purtroppo, oltre a ciò, non vi è poi stato un approfondimento con riguardo ai modi complessi in cui tali forme di discriminazione definiscono, nelle società di riferimento, "strutturalmente" la posizione svantaggiata in cui si trovano le donne vittime di questa tipologia di discriminazione rispetto alle altre.

Alcuni anni dopo, ovvero nel 2000, il Comitato sull'eliminazione della discriminazione razziale (Comitato EDAW)⁸ ha però adottato la *Raccomandazione generale XXV sulle dimensioni della discriminazione razziale legate alla differenza di genere*. In questo importante documento si è affermato, tra le altre cose, che "alcune forme di discriminazione razziale hanno sulle donne un impatto specifico e non assimilabile ad altri, [e che] il Comitato si impegna a prendere in considerazione nell'ambito del proprio lavoro i fattori o i problemi legati alla differenza di genere che possono *intrecciarsi* con la discriminazione razziale" (par. 3, corsivo nostro)⁹.

⁷ UN Women, *Beijing Declaration and Platform for Action*, settembre 1995, PFA_E_Final_WEB.pdf (unwomen.org).

⁸ Si veda, <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/cedaw>.

⁹ Il par. 3 prosegue poi affermando che "[i]l Comitato ritiene che la propria prassi in tale ambito potrà risultare più incisiva se, di concerto con gli Stati membri, verrà elaborato un approccio più sistematico e coerente per valutare e monitorare la discriminazione razziale contro le donne, nonché gli svantaggi, gli ostacoli e le difficoltà che incontrano le donne nel pieno esercizio e godimento dei propri diritti civili, politici, economici, sociali e culturali, per motivi di razza, colore della pelle, ascendenza, o ori-

Ultimamente, alcuni ambiti entro i quali è stata riconosciuta a livello sovranazionale la rilevanza del genere quale uno degli elementi della discriminazione intersezionale, sono quelli relativi all'accesso delle donne alle nuove tecnologie e al contrasto alle violenze di cui le donne possono essere vittime proprio a causa delle nuove tecnologie.

In proposito, nel *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences on online violence against women and girls from a human rights perspective* del 2018, si è invero messo in rilievo l'impatto della intersezionalità affermando che “[w]omen are both disproportionately targeted by online violence and suffer disproportionately serious consequences as a result. Their access to technology is also affected by intersectional forms of discrimination based on a number of other factors, such as race, ethnicity, caste, sexual orientation, gender identity and expression, abilities, age, class, income, culture, religion, and urban or rural setting. These forms of discrimination are intersectional in that they are not only the result of a single particular individual characteristic but the result of the interplay between them, which can result in more severe consequences. Women who have multiple identities are often targeted online on the basis of a combination of these factors, including racial discrimination and hate speech. Some groups of women, such as women human rights defenders, women in politics, including parliamentarians, journalists, young women, women belonging to ethnic minorities and indigenous women, lesbian, bisexual and transgender women, women with disabilities and women from marginalized groups are particularly targeted by ICT facilitated violence (see A/HRC/35/9)”¹⁰.

gine nazionale o etnica”. Il testo inglese è disponibile al seguente link [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CERD+General+recom.+25.En?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CERD+General+recom.+25.En?Opendocument).

¹⁰ Vedi Human Rights Committee, *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences on online violence against women and girls from a human rights perspective*, A/HRC/38/47, del 18 giugno 2018. Gli *Special Rapporteurs* sono esperti individuali in materia di diritti umani – il cui mandato può essere sia tematico come nel caso in esame, che riferibile a una specifica area geografia – e rientrano tra le c.d. *Special Procedures* dello *Human Rights Council*, <https://www.ohchr.org/en/special-procedures-human-rights-council>. Sulla figura del Relatore speciale vedi, tra gli altri, S.P. SUBEDY, *Protection of Human Rights Through*

Ultimamente, la questione dell'intersezionalità pare affermarsi con sempre maggiore intensità anche nello spazio giuridico dell'Unione europea.

Un'importante riprova di quanto affermato è, infatti, da rinvenire nell'adozione della *Risoluzione del Parlamento europeo sulla discriminazione intersezionale nell'Unione europea: la situazione socioeconomica delle donne di origine africana, mediorientale, latino-americana e asiatica*¹¹. Qui, invero, l'Assemblea ha affermato che “l'applicazione di un'analisi intersezionale consente di affrontare e comprendere le disuguaglianze sociali, l'esclusione e la discriminazione da una prospettiva globale, sistemica e strutturale, superando al contempo un approccio monoasse alla discriminazione; che le politiche dell'UE finora non hanno comportato un *approccio intersezionale*; che si sono concentrate solo sulle dimensioni individuali della discriminazione, il che ne sminuisce gli aspetti istituzionali, strutturali e storici” (lett. C, corsivi nostri) e che “l'impatto del razzismo e del processo di razzializzazione spesso non viene preso in considerazione come un fenomeno importante che ostacola l'uguaglianza in Europa; che le *politiche intersezionali* non possono essere attuate senza porre le persone vittime di discriminazione razziale al centro della discriminazione” (lett. D, corsivo nostro).

Il Parlamento, inoltre, ha evidenziato chiaramente come il valore aggiunto dell'approccio intersezionale sia quello di permettere di analizzare le intersezioni tra razzismo e colonialismo, disuguaglianza eco-

the Mechanism of UN Special Rapporteurs, in *Human Rights Quarterly*, 2011, pp. 201-228; ID., *The Role of the Special Rapporteurs of the United Nations Human Rights Council in the Development and Promotion of International Human Rights Norms*, in *International Journal of Human Rights*, 2011, pp. 155-161; A.C. BERGER, *Special Rapporteurs of Human Rights*, in *Max Plank Encyclopedia of Public International Law*, 2013. In generale, sulle procedure speciali delle Nazioni Unite vedi, tra gli altri, I. NIFOSI, *The UN Special Procedures in the Field of Human Rights*, Antwerpen, Oxford, 2005 e, piú recentemente, A. NOLAN, R. FREEDMAN, T. MURPHY, *The United Nations Special Procedures System*, Leiden, 2017.

¹¹ Vedi Parlamento europeo, *Risoluzione sulla discriminazione intersezionale nell'Unione europea: la situazione socioeconomica delle donne di origine africana, mediorientale, latino-americana e asiatica*, (2021/2243(INI), del 6 luglio 2022, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0289_IT.pdf.

nomica e patriarcato e che, purtroppo, la vigente legislazione europea di contrasto alle discriminazioni non sempre è funzionale a combattere tutte le forme di discriminazione e i loro effetti negativi combinati sulle donne migranti. Infine, esso ha rilevato che non tutti gli Stati membri contemplano esplicitamente la discriminazione intersezionale nella loro legislazione nazionale.

3. *Il contrasto ai reati generati dall'odio nel contesto europeo*

Come menzionato, la discriminazione intersezionale di cui sono vittime le donne migranti non solo limita il godimento di diritti fondamentali, ma può porsi anche come “premesse” e pretesto per commettere diversi reati, tra cui rilevano appunto quelli generati dall'odio. Invero, la pandemia da Covid 19 ha fatto ulteriormente acuire alcune forme di razzismo latenti: l'incitamento all'odio e i reati generati dall'odio nei confronti di persone di origine asiatica, in particolare membri di comunità cinesi o persone percepite come aventi origine asiatica, sono ad esempio aumentati drammaticamente, concretizzandosi spesso in odiosi attacchi di stampo razzista, minacce, abusi e violenze *offline* e *online*.

A livello normativo, dunque, continua a permanere una forte esigenza di contrastare tali pratiche criminose.

Un brevissimo cenno all'impegno degli Stati a livello internazionale in tal senso, ci porta a ricordare come essi già con il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966 si erano assunti la responsabilità di impegnarsi a stigmatizzare i reati generati dall'odio¹². In questo atto, accanto al riconoscimento di un generale e ampio divieto di discriminazione nel godimento dei diritti (art. 2), è invero rinve-

¹² Vedi United Nations, General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, UN Doc. 2200 (XXI), New York, 16 dicembre 1966. In generale, sui Patti vedi, per tutti, F. CAPOTORTI, *Studio introduttivo*, in *Patti internazionali sui diritti dell'uomo*, Padova, 1967; G. GAJA, *I Patti internazionali sui diritti economici, sociali e culturali e sui diritti civili e politici*, in E. VITTA, V. GREMENTIERI (a cura di), *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, Milano, 1981, pp. 47-63; U. VILLANI, *I Patti internazionali sui diritti dell'uomo a venticinque anni dalla loro adozione*, in U. VILLANI, *La protezione internazionale dei diritti umani*, Roma, 2005, pp. 37-57.

nibile un'espressa interdizione dell'incitamento all'odio: l'art. 20, infatti, impone agli Stati di vietare nell'ordinamento interno "qualsiasi appello all'odio nazionale, razziale o religioso che costituisca incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza"¹³.

Concentrandoci ora sul contesto europeo, che è quello che rileva ai fini del nostro contributo, evidenziamo in proposito l'importantissima azione di sensibilizzazione e di stigmatizzazione portata avanti innanzitutto dal Consiglio d'Europa. Qui, infatti, rilevano alcuni fondamentali atti di *soft law* adottati dal Comitato dei Ministri e dall'Assemblea parlamentare¹⁴.

Si pensi, *in primis*, alla *Raccomandazione 97/20 del Comitato dei Ministri*, adottata nel 1997, nella quale rinveniamo, ad esempio, una prima definizione di *hate speech*: si tratta di quelle espressioni che "[...] diffondono, incitano, promuovono o giustificano l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme di minaccia basate sull'intolleranza, inclusa l'intolleranza espressa dal nazionalismo aggressivo e dall'etnocentrismo, sulla discriminazione e sull'ostilità verso i minori, i migranti e le persone di origine straniera".

¹³ Con riferimento a quest'ultima norma, sul piano applicativo, nel bilanciamento degli interessi il Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite non ha accordato protezione della libertà di espressione *ex art. 19* dello stesso Patto, quando questa è stata invocata quale giustificazione per poter liberamente pronunciare discorsi discriminatori. Vedi HRC, *General Comment No. 34, Article 19: Freedoms of opinion and expression*, CCPR/C/GC/34, 12 settembre 2011, parr. 50-52, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/453/31/PDF/G1145331.pdf?OpenElement>. In generale, sull'art. 20 vedi, tra gli altri, M. O'FLAHERTY, *Freedom of Expression: Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights and the Human Rights Committee General Comment No. 34*, in *Human Rights Law Review*, 2012, pp. 627-654; ID., *International Covenant on Civil and Political Rights: Interpreting Freedom of Expression and Information Standards for the Present and the Future*, in T. MCGONAGLE, Y. DONDEERS (eds.), *The United Nations and Freedom of Expression and Information. Critical Perspectives*, Cambridge, 2015, pp. 55-88.

¹⁴ Esula dallo scopo di questo contributo l'analisi della pur fondamentale giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia, alla quale in ogni caso rinviamo. Vedi, ad esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention*, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_14_Art_1_Protocolo_12_ENG.pdf.

Grazie al costante lavoro di approfondimento e di monitoraggio della *European Commission against Racism and Intolerance* (ECRI), questa prima definizione è stata poi arricchita mediante l'adozione della *Raccomandazione di politica generale n. 15 sul contrasto all'hate speech*, avvenuta l'8 dicembre del 2015¹⁵. In essa si specifica che, ai sensi della raccomandazione, per discorso d'odio deve intendersi “il fatto di fomentare, promuovere o incoraggiare, sotto qualsiasi forma, la denigrazione, l'odio o la diffamazione nei confronti di una persona o di un gruppo, nonché il fatto di sottoporre a soprusi, insulti, *stereotipi negativi*, stigmatizzazione o minacce una persona o un gruppo e la giustificazione di tutte queste forme o espressioni di odio testé citate, sulla base della “razza”, del colore della pelle, dell'ascendenza, dell'origine nazionale o etnica, dell'età, dell'handicap, della lingua, della religione o delle convinzioni, *del sesso, del genere, dell'identità di genere, dell'orientamento sessuale* e di altre caratteristiche o stato personale” (corsivi nostri). Come emerge chiaramente dal testo, la nuova definizione è molto più ampia della precedente e include anche i discorsi d'odio di matrice sessista; ciò, è senz'altro dovuto alla maggiore consapevolezza e sensibilità acquisita in seno al Consiglio d'Europa nei quasi vent'anni intercorsi tra le due raccomandazioni.

Sempre in ambito di Consiglio d'Europa, nel 2020 era stato istituito un *Comitato di Esperti sulla lotta all'incitamento all'odio, denominato ADI/MSI-DIS*, al fine di preparare una bozza di raccomandazione per affrontare e regolamentare il discorso d'odio nel quadro dei diritti umani. L'esito di tale attività è stata la recente ed estremamente interessante *Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on Combating Hate Speech*, che costituisce oggi un documento di fondamentale importanza in quanto propone una strategia complessiva per prevenire e combattere i discorsi d'odio¹⁶.

¹⁵ Vedi ECRI, *General Policy Recommendation No. 15 On Combating Hate Speech*, 8 dicembre 2015, <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-15-on-combating-hate-speech/16808b5b01>.

¹⁶ Vedi *Recommendation CM/Rec(2022)16 of the Committee of Ministers to Member States on Combating Hate Speech*, adottata il 20 maggio 2022 nel corso della 132esima sessione del Comitato dei Ministri. Ai sensi della Raccomandazione “*hate speech is understood as all types of expression that incite, promote, spread or justify violence, hatred or discrimination against a person or group of persons, or that denigrates*”

Particolare attenzione è stata qui riservata al tema dell'*hate speech online*. A tal proposito, il Comitato ha richiesto agli Stati di identificare chiaramente i doveri e le responsabilità degli attori statali e non statali nell'affrontare questo deplorabile fenomeno¹⁷.

In relazione ai reati d'odio, invece, è stato istituito un altro Comitato di esperti, ovvero il *Committee of Experts on Hate Crime – PC/ADI-CH*. In seno a quest'ultimo è in fase di approvazione la *Recommendation on combating Hate Crime*. Nell'ultimo *draft*, pubblicato lo scorso anno, emerge che tra gli elementi che dovranno essere presi in considerazione nella redazione della raccomandazione dovrà esserci il riconoscimento dell'esigenza di sviluppare “*a robust but flexible framework for protected characteristics which reflects the multiplicity and intersectionality of hate crime and the harm it causes, aware of the need to take the local context and relevant socio-political factors into account*” (p. 2)¹⁸. Ritorna, dunque, la nozione di intersezionalità, qui collegata espressamente proprio ai reati d'odio.

4. Segue. *L'azione dell'Unione europea*

In seno all'Unione europea, il livello insufficiente di denuncia e di registrazione dei reati generati dall'odio, delle violenze e degli abusi

them, by reason of their real or attributed personal characteristics or status such as “race”, colour, language, religion, nationality, national or ethnic origin, age, disability, sex, gender identity and sexual orientation” (par. 1.2), https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a67955.

¹⁷ In proposito, gli Stati membri sono chiamati ad attivarsi per creare regole e procedure chiare per una cooperazione efficace con e tra tali attori per quanto riguarda la valutazione e le indagini sull'incitamento all'odio *online*. In relazione agli *internet providers*, il Comitato chiede inoltre agli Stati di imporre a quelli che operano nella loro giurisdizione di rispettare i diritti umani, compresa la legislazione sul contrasto all'*hate speech*, di applicare i principi della *due diligence* in materia di diritti umani in tutte le loro operazioni e politiche e, infine, di adottare misure conformi al quadro normativo e alle procedure esistenti per contrastare l'incitamento all'odio sulle loro piattaforme.

¹⁸ Vedi Committee of experts on hate crime - PC/ADI-CH, *Preliminary outline of the draft Recommendation on combating Hate Crime*, 21 febbraio 2022, 1680a686bb (coe.int).

verbali, continua a rappresentare una sfida, ed è spesso causato dalla mancanza di fiducia nelle autorità pubbliche e da ostacoli strutturali. Di conseguenza, vi è il concreto rischio che i governi dei Paesi membri non ne vedano o ne sottovalutino la diffusione e che, quindi, non qualificino il problema come strutturale, non adottando pertanto le misure più opportune ed efficaci.

Ai sensi dell'art. 10 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), "nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale".

L'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, inoltre, vieta qualsiasi forma di discriminazione basata sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. Inoltre, come stabilito all'art. 67 TFUE, l'UE deve realizzare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali e, attraverso le misure adottate, deve garantire un livello elevato di sicurezza per prevenire e combattere la criminalità, il razzismo e la xenofobia. L'Unione, dunque, che in base all'art. 2 del Trattato sull'Unione europea (TUE) promuove i suoi valori in una società caratterizzata, tra l'altro, dalla non discriminazione e dalla tolleranza, ha negli anni già assunto precisi impegni in materia di contrasto al razzismo, a tutto ciò che può fomentarlo e a pratiche criminose che possano assumerlo a pretesto. Ulteriori azioni sono però ancora necessarie.

Quanto allo *status quo* normativo, nel 2008 era stata innanzitutto adottata la *Decisione quadro sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale*, nella quale è stato richiesto agli Stati membri di configurare come reato, tra le altre cose, "l'istigazione pubblica alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone, o di un suo membro, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza, all'origine nazionale o etnica" (art. 1, lett. a)¹⁹.

¹⁹ Con questa Decisione l'UE ha chiesto agli Stati membri di criminalizzare anche la perpetrazione di uno degli atti di cui sopra, qualora avvenga mediante la diffusione e la distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale (art. 1, lett. b). Inoltre,

Il vigente strumento normativo è inteso a garantire che le manifestazioni gravi di razzismo e xenofobia siano punibili con sanzioni penali proporzionate, effettive e dissuasive in tutta l'Unione, e che le pene detentive siano della durata massima di almeno un anno. Analoghe sanzioni devono poi riguardare le persone giuridiche e comprendere ammende penali e non penali. Un aspetto molto interessante in relazione alla tutela delle vittime di questi reati è la previsione relativa all'avvio delle indagini o dell'azione legale per reati di razzismo e xenofobia: esse non devono essere subordinate a una denuncia da parte della vittima ma sono procedibili d'ufficio.

Nonostante questo importante strumento giuridico, la necessità di contrastare efficacemente l'incitamento all'odio e i reati generati dall'odio per mezzo di un nuovo atto – che possa fondarsi come vedremo sull'art. 83, par. 1 TFUE – permane in relazione a tutti quei motivi che non rientrano *ratione materiae* nella Decisione quadro: si pensi, in particolare, a motivi legati al sesso, all'orientamento sessuale, all'età o alla disabilità.

Rimanendo ancora in ambito di normativa già vigente, non possiamo non ricordare un altro importante atto di diritto derivato applicabile anche in relazione alle conseguenze dei reati generati dall'odio, ovvero la *Direttiva 2012/29/UE sui diritti delle vittime di reato*. Essa mira, tra l'altro, proprio a garantire giustizia, protezione e sostegno alle vittime di reati basati sull'odio e sull'incitamento all'odio, partendo dal presupposto che le vittime di tali reati siano più vulnerabili e, pertanto, meritevoli di particolare attenzione²⁰.

le legislazioni nazionali devono garantire, per reati diversi dall'incitamento all'odio, che la motivazione razzista e xenofoba sia considerata una circostanza aggravante o, in alternativa, che possa essere presa in considerazione all'atto della determinazione della pena. Vedi Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, in GUUE L 328 del 6 dicembre 2008, pp. 55-58.

²⁰ Vedi Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, in GUUE L 315 del 14 novembre 2012, pp. 57-73. Sulla particolare vulnerabilità delle donne ci sia consentito rinviare a C. MORINI, *La vulnerabilità declinata al femminile: la risposta*

Questa direttiva ha imposto e impone agli Stati membri di garantire che le vittime di reato siano trattate in modo equo e non discriminatorio, accordando particolare attenzione alle vittime di reati motivati da pregiudizi o discriminazioni²¹.

Invero, uno dei problemi che rileva maggiormente in relazione alle vittime di questi reati, è la loro ritrosia e scarsa attitudine a denunciare, vuoi per timore di ripercussioni vuoi per la mancanza di conoscenza degli strumenti di tutela a disposizione. Su questo aspetto si è soffermato un interessante rapporto dell'agenzia europea dei diritti fondamentali (FRA), pubblicato nel 2021, al quale in questa sede rinviamo: *Encouraging hate crime reporting – The role of law enforcement and other authorities*²².

Più di recente, l'attenzione dell'Unione si è molto focalizzata sulla dimensione digitale del razzismo, con particolare riferimento all'inci-

dell'ordinamento europeo, in G. GIOFFREDI, V. LORUBBIO, A. PISANÒ (a cura di), *Diritti umani in crisi? Emergenze, disuguaglianze, esclusioni*, Pisa, 2021, pp. 177-190.

²¹ In base all'art. 22, rubricato "Valutazione individuale delle vittime per individuare le specifiche esigenze di protezione" al par. 3, si chiede che nell'ambito della valutazione individuale sia "rivolta particolare attenzione alle vittime [...] alle vittime di reati motivati da pregiudizio o discriminazione che potrebbero essere correlati in particolare alle loro caratteristiche personali [...] In tal senso, sono oggetto di debita considerazione le vittime [...] dei reati basati sull'odio [...]" (art. 3). Inoltre, in questa Direttiva si evidenzia come, come queste vittime possano essere esposte alla c.d. 'doppia vittimizzazione': "[l]e vittime [...] di reati basati sull'odio [...] tendono a presentare un elevato tasso di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni. Occorre prestare particolare attenzione quando si valuta se tali vittime corrono il rischio di tale vittimizzazione, intimidazione o di ritorsioni e presumere che trarranno vantaggio da misure speciali di protezione" (considerando 57).

²² FRA, *Encouraging hate crime reporting - The role of law enforcement and other authorities*, 7 luglio 2021, <https://fra.europa.eu/en/publication/2021/hate-crime-reporting>. Un passaggio molto interessante dell'introduzione di questo rapporto evidenzia con chiarezza la gravità dei reati di cui ci stiamo occupando, rilevando quanto segue: "Le vittime di un crimine d'odio sono vittimizzate per quello che sono o per la percezione che si ha di esse. Eppure i reati d'odio non danneggiano solo le singole vittime. Il messaggio di intimidazione e di esclusione sociale dell'autore del reato raggiunge tutti coloro che condividono le stesse caratteristiche, e la società intesa in maniera più ampia, indebolendo la coesione sociale. In questo modo, i reati d'odio causano danni incalcolabili alle vittime, alle famiglie e complessivamente alla società" (p. 5).

tamento illegale all'odio e alla violenza *online*. A tal proposito, alla fine del 2020 la Commissione europea aveva, invero, proposto una riforma orizzontale della disciplina europea in materia di responsabilità delle piattaforme per diffusione di contenuti illeciti, il c.d. *Digital Services Act*, consistente in una serie di norme sugli obblighi e la responsabilità degli intermediari digitali all'interno del mercato unico: queste, invero, sono graduate in funzione della dimensione degli operatori e della conseguente capacità di conoscenza dei contenuti che vengono caricati dagli utenti²³.

Questo importante Regolamento, entrato in vigore pochissimi mesi fa, prevede oggi nuove procedure per conseguire una più rapida rimozione dei contenuti illegali e una protezione globale dei diritti fondamentali degli utenti *online*.

In particolare, ai fini del nostro contributo, rilevano alcuni considerando (12; 40; 62; 80; 87; 106) e l'art. 35, rubricato "Attenuazione dei rischi" in base al quale "[i] fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi adottano misure di attenuazione ragionevoli, proporzionate ed

²³ Vedi Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali), in GUUE L 277 del 27 ottobre 2022, pp. 1-102. In dottrina vedi, B. DUIVENVOORDE, *The Liability of Online Marketplaces under the Unfair Commercial Practices Directive, the E-commerce Directive and the Digital Services Act*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2022, vol. 11, n. 2; G. CAGGIANO, *La proposta di Digital Service Act per la regolazione dei servizi e delle piattaforme online nel diritto dell'Unione europea*, in G. CAGGIANO, G. CONTALDI, P. MANZINI (a cura di), *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, Bari, 2021, pp. 3-30; G. MORGESE, *Proposta di Digital Services Act e rimozione dei contenuti illegali online*, in G. CAGGIANO, G. CONTALDI, P. MANZINI (a cura di), *Verso una legislazione europea...*, cit., pp. 31-58; M. PEGUERA, *The Platform Neutrality Conundrum and the Digital Services Act*, in *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2022, pp. 681-684; B. PETKOVA, T. OJANEN (eds.), *Fundamental Rights Protection Online, The Future Regulation of Intermediaries*, Cheltenham; Northampton, 2020; G.M. RUOTOLO, *Digital Services Act e Digital Markets Act tra responsabilità dei fornitori e rischi di bis in idem*, in *SIDIBlog*, 29 marzo 2021; A. TURILLAZZI, F. CASOLARI, M. TADDEO, L. FLORIDI, *The Digital Services Act: an analysis of its ethical, legal, and social implications*, in *SSRN Electronic Journal*, 12 gennaio 2022.

efficaci, [...] prestando particolare attenzione agli effetti di tali misure sui diritti fondamentali. Tali misure possono comprendere, ove opportuno: [...] c) l'adeguamento delle procedure di moderazione dei contenuti, compresa la velocità e la qualità del trattamento delle segnalazioni concernenti tipi specifici di contenuti illegali e, se del caso, la rapida rimozione dei contenuti oggetto della notifica o la disabilitazione dell'accesso agli stessi, in particolare in relazione *all'incitamento illegale all'odio e alla violenza online*, nonché l'adeguamento di tutti i processi decisionali pertinenti e delle risorse dedicate alla moderazione dei contenuti” (corsivi nostri).

Il ruolo di agenti di contrasto ai discorsi d'odio e ai reati di odio riservato a questi nuovi attori della scena giuridica globale, ovvero le piattaforme digitali, potrà dunque essere di primaria importanza nello spazio giuridico europeo, proprio grazie ad una puntuale attuazione di questa norma. In particolare, anche le donne migranti – sempre più vittime di attacchi anche *online* oltre che *offline* – potranno vedere maggiormente tutelata la loro condizione di potenziali vittime di discriminazioni intersezionali.

Agli strumenti normativi sopra richiamati si sono nel tempo affiancate una serie di iniziative che testimoniano la costante e crescente attenzione dell'Unione europea rispetto al tema del contrasto al razzismo in tutte le sue forme e alle gravi conseguenze da esso derivanti, quali appunto i reati motivati dall'odio.

Ad esempio, spesso tra le donne migranti vittime dei reati di cui ci stiamo occupando, un triste primato appartiene a quelle che professano la religione musulmana: in questi casi, la coesistenza di tre fattori discriminatori intersezionali rende particolarmente complessa e drammatica la situazione.

In seno all'Unione europea, per rafforzare l'azione in materia di contrasto all'odio nei confronti delle persone di religione musulmana, nel 2015 la Commissione ha istituito una figura *ad hoc*, ovvero quella del *Coordinator on combating anti-Muslim hatred*²⁴. Il coordinatore è il

²⁴ Questa figura si adopera per garantire una risposta solida e olistica in tutti i servizi della Commissione: combattere l'odio contro i musulmani, infatti, richiede sforzi e fondi nel settore dell'insegnamento e dell'istruzione, nel settore delle politiche di inte-

principale punto di contatto per tutte quelle organizzazioni che nell'Unione lavorano per favorire il contrasto al razzismo e all'odio contro i musulmani.

Lo scorso primo febbraio la Commissione europea ha nominato Marion Lalisse quale nuova coordinatrice.

Ancora, nel 2016 era stato istituito un *High Level Group on combating racism, xenophobia and other forms of intolerance*, oggi divenuto *High Level Group on combating hate speech and hate crime*²⁵. Il suo importante mandato include la promozione di discussioni approfondite tra esperti su questioni trasversali comuni alla lotta su tutti i fronti contro l'incitamento all'odio e i crimini ispirati dall'odio, finalizzate allo sviluppo di orientamenti pratici, *standard* e strumenti e la promozione della capacità di migliorare le risposte a livello nazionale e locale; la facilitazione dello scambio e della diffusione di *best practice* attuate a livello locale, nazionale o internazionale; l'inclusione in tutte le attività della prospettiva sia delle rilevanti organizzazioni internazionali che di quella componente della società civile particolarmente attiva in materia.

A fronte di un approccio europeo al fenomeno discriminatorio caratterizzato sino a poco tempo fa da settorialità, nel 2020 la Commissione ha adottato due importanti Piani d'azione in materia di contrasto alle discriminazioni e di promozione dell'uguaglianza, che riflettono la presa di coscienza della "limitatezza" dello stesso, in favore di uno orientato invece proprio all'intersezionalità.

Rileva, innanzitutto, il Piano d'azione "Un'Unione dell'uguaglianza: il piano d'azione dell'UE contro il razzismo 2020-2025"²⁶. Adottato il

grazione e inclusione sociale, nei settori dell'occupazione e non discriminazione. Vedi Commissione europea, *Combating anti-Muslim hatred*, 7 ottobre 2019.

<https://ec.europa.eu/newsroom/just/items/50085/en>.

²⁵ Vedi Commissione europea, *A EU High Level Group on combating racism, xenophobia and other forms of intolerance*, 18 marzo 2019, <https://ec.europa.eu/newsroom/just/items/51025/en#:~:text=The%20High%20Level%20Group%20is%20intended%20as%20a,prevent%20and%20combat%20hate%20crime%20and%20hate%20speech>.

²⁶ Vedi Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – *Un'Unione dell'uguaglianza: il piano d'azione dell'UE contro il razzismo 2020-2025*, COM(2020)

13 settembre del 2020, dal testo emerge – tra le altre cose – un dato molto importante ai fini del nostro lavoro, ovvero che è sempre più diffusa la commissione di reati generati dall’odio attraverso le nuove tecnologie che hanno spesso come vittime donne e migranti e, non di rado, proprio le donne migranti. Anche la dimensione *online* di queste condotte, dunque, necessita e sta avendo la dovuta attenzione da parte delle Istituzioni europee²⁷.

In particolare, nel documento si ricorda come la Commissione già nel 2016 avesse varato insieme a *Facebook*, *Twitter*, *YouTube* e altre grandi imprese di *internet* – hanno aderito in seguito *Instagram*, *Google+*, *Snapchat*, *Dailymotion* e *Jeuxvideo.com* – un Codice di condotta che prevede una serie di impegni per combattere la diffusione del linguaggio dell’odio su *internet*²⁸.

Questo codice è uno strumento di *soft law* molto importante in quanto esso non sembra limitarsi a una mera dichiarazione di intenti, ma promuove regole specifiche imponendo alle aziende di attivare procedure chiare ed efficaci per esaminare le segnalazioni riguardanti forme illegali di incitamento all’odio nei servizi da loro offerti, in modo da poter rimuovere tali contenuti o disabilitarne l’accesso.

565 *final*, adottato il 18 settembre 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0565>.

²⁷ In proposito ci sia consentito di rinviare a C. MORINI, *Libertà di espressione e tutela della dignità delle giornaliste: il contrasto all’online sexist hate speech nello spazio digitale europeo*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, n. 3, pp. 67-104.

²⁸ Nel 2020 ha aderito al codice di condotta anche *Tik Tok*. Vedi Commissione europea, *The EU Code of conduct on countering illegal hate speech online*, https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en. In dottrina si veda G. CALIMÀ, *Il Codice di Condotta dell’Unione Europea contro l’incitamento all’odio online*, in *Ius in itinere*, 21 settembre 2020; M. MONTI, *Il “Code of Practice on Disinformation” dell’UE: tentativi “in fieri” di contrasto alle “fake news”*, in *Rivista MediaLaws*, 2019, n. 1, pp. 320-324; K. PODSTAWA, *Hybrid Governance or... Nothing? The EU Code of Conduct on Combating Illegal Hate Speech On-line*, in E. CARPANELLI, N. LAZZERINI (eds.), *Use and Misuse of New Technologies*, Cham, 2019, pp. 167-184.

Si tratta di un'azione molto virtuosa che sta vedendo la piena collaborazione delle aziende coinvolte che si stanno dimostrando puntuali e precise nella loro attività di *reporting* alla Commissione²⁹.

Quanto alla dimensione “intersezionale” del razzismo, essa trova finalmente una sua esplicita collocazione in questo documento, posto che la Commissione la menziona in diversi passaggi.

Dapprima, ad esempio, quando parlando dell'esistenza di diverse forme di razzismo essa ricorda che quest'odioso fenomeno “può associarsi a una discriminazione o a un odio fondati, oltre che sulla religione e sulle convinzioni personali, anche su altri motivi, tra cui il genere, l'orientamento sessuale, l'età e la disabilità o la provenienza da un contesto migratorio” e che “[s]i tratta di un aspetto che occorre prendere in considerazione adottando un *approccio intersezionale*” (p. 2, corsivo nostro).

Ancora, nel soffermarsi sul fenomeno del c.d. razzismo strutturale, essa evidenzia come l'adozione di una prospettiva intersezionale ne migliori la comprensione e renda più efficaci e puntuali le risposte (p. 16).

Inoltre, nel ricordare come dati accurati e comparabili siano essenziali al fine di consentire ai *policy-makers* e ai cittadini di valutare la portata e la natura delle discriminazioni subite e per programmare, monitorare, adattare e valutare le politiche di contrasto più efficaci, la Commissione propugna l'individuazione di “percorsi verso un approccio più armonizzato, anche relativamente ai *dati intersezionali* riguardanti, ad esempio, la religione o le convinzioni personali e il genere” (p. 18, corsivo nostro).

Infine, essa rammenta come l'obiettivo perseguito anche con il Piano d'azione sia quello di “far sì che la lotta contro la discriminazione per motivi specifici – e la loro *intersezione* con altri motivi di discriminazione, quali il sesso, la disabilità, l'età, la religione o l'orientamento

²⁹ Il 24 novembre 2022 sono stati pubblicati i risultati della settima valutazione del Codice di condotta per contrastare l'incitamento illecito all'odio *online*. Vedi Commissione europea, *Factsheet - 7th monitoring round of the Code of Conduct*, https://commission.europa.eu/document/5dcc2a40-785d-43f0-b806-f065386395de_en.

sessuale – sia integrata in tutte le politiche, in tutti gli atti legislativi e in tutti i programmi di finanziamento dell’UE” (p. 21, corsivo nostro).

Come già menzionato, un altro importante tassello nel riconoscimento della rilevanza dell’approccio intersezionale alle discriminazioni, soprattutto quando le vittime sono le donne, è stato posto con l’adozione anche del Piano d’azione “Un’Unione dell’uguaglianza: la strategia per la parità di genere 2020-2025”, avvenuta il 5 marzo 2020³⁰. In esso la Commissione ha affermato innanzitutto che l’attuazione della strategia sarebbe avvenuta “utilizzando, come principio trasversale, *l’intersezionalità*, vale a dire la combinazione del genere con altre caratteristiche o identità personali e il modo in cui tali *intersezioni* contribuiscono a determinare esperienze di discriminazione specifiche” (p. 2, corsivi nostri)³¹.

Andando più nello specifico, poi, l’esecutivo europeo si è impegnato ad affrontare in tutte le politiche dell’Unione “l’aspetto dell’*intersezionalità* tra il genere e le altre cause di discriminazione”, muovendo dalla consapevolezza che “[l]e donne sono un gruppo eterogeneo e possono essere oggetto di una *discriminazione intersezionale* basata su più caratteristiche personali. Ad esempio, una *donna migrante* con di-

³⁰ Vedi Commissione, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – ‘Un’Unione dell’uguaglianza: la strategia per la parità di genere 2020-2025’*, COM(2020) 152 *final*, del 5 marzo 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0152>. In realtà, occorre poi anche menzionare la *Strategia dell’UE sui diritti delle vittime* (2020-2025), COM (2020) 258 *final*, del 24 giugno 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0258>. In essa si evidenzia, ad esempio, come il confinamento durante la pandemia da Covid-19 abbia, tra le altre conseguenze, “fatto registrare un aumento della violenza domestica, degli abusi sessuali su minori, dei reati informatici e *dei reati basati sull’odio xenofobo e legati al razzismo*” (p. 1, corsivo nostro).

³¹ La Commissione ricorda che, stando all’Istituto europeo per l’uguaglianza di genere (EIGE), l’intersezionalità è da definirsi uno “strumento analitico per studiare, comprendere e rispondere ai modi in cui sesso e genere si intersecano con altre caratteristiche/identità personali e i modi in cui tali intersezioni contribuiscono a determinare esperienze di discriminazione specifiche”, vedi <https://eige.europa.eu/thesaurus/terms/1263>.

sabilità può essere vittima di una discriminazione fondata su tre o più motivi” (p. 17, corsivi nostri).

Ciò stante, l'impegno principale assunto dalla Commissione in questo documento è stato quello di fare in modo che la legislazione, le politiche dell'UE e la loro attuazione possano sempre più rispondere alle esigenze e alle situazioni specifiche di donne e ragazze nella loro eterogeneità.

Lo stesso approccio è stato poi adottato anche nella redazione del Piano d'azione per l'integrazione e l'inclusione, documento al quale in questa sede ci limitiamo a rinviare³².

Infine, la necessità di proteggere le donne migranti da discriminazioni che possano assurgere a pretesto per la commissione di reati motivati dall'odio ha trovato un suo riconoscimento anche nella recente *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica*, presentata dalla Commissione l'8 marzo 2022³³.

Un elemento molto interessante ai fini del nostro contributo è, innanzitutto, che con questa proposta l'intersezionalità viene per la prima volta espressamente menzionata in un atto giuridico che si spera divenga il prima possibile vincolante per tutti gli Stati membri dell'Unione europea.

In essa, infatti, al considerando 11 si stabilisce che “[l]a violenza contro le donne e la violenza domestica possono essere ancor più gravi quando si *intersecano* con la discriminazione fondata sul sesso e con altri motivi di discriminazione vietati dal diritto dell'Unione, in particolare la nazionalità, la razza, il colore della pelle, l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni

³² Vedi Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – *Piano d'azione per l'integrazione e l'inclusione 2021-2027*, COM/2020/758 *final*, adottato il 24 novembre 2020, EUR-Lex - 52020DC0758 - IT - EUR-Lex (europa.eu).

³³ Vedi *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica*, COM/2022/105 *final* dell'8 marzo 2022. In dottrina vedi, S. DE VIDO, *A First Insight into the EU Proposal for a Directive on Countering Violence against Women and Domestic Violence*, in *EJIL:Talk!*, 7 aprile 2022, <https://www.ejiltalk.org/a-first-insight-into-the-eu-proposal-for-a-directive-on-countering-violence-against-women-and-domestic-violence/>.

personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza a una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. È pertanto opportuno che gli Stati membri prestino la dovuta attenzione alle vittime colpite da questa *discriminazione intersezionale*, prevedendo misure specifiche laddove siano presenti *forme intersezionali di discriminazione*. In particolare, il rischio di subire violenza di genere è ancor maggiore per le donne lesbiche, bisessuali, transgender, non binarie, intersessuali e queer (LBTIQ), le donne con disabilità e le donne appartenenti a minoranze razziali o etniche” (corsivi nostri).

Continuando nella lettura, si riscontra poi nel testo un esplicito riconoscimento della particolare esposizione di alcune categorie di vittime a questo tipo di violenza e, pertanto, alla necessità di garantire loro una specifica protezione. Si tratta delle “donne con disabilità, [del]le donne il cui status o permesso di soggiorno dipende da altri, [del]le donne migranti prive di documenti, [del]le donne richiedenti protezione internazionale, [del]le donne che fuggono da conflitti armati, le donne senza fissa dimora, le donne appartenenti a minoranze razziali o etniche, [del]le donne che vivono in zone rurali, [del]le lavoratrici del sesso, [del]le detenute o [del]le donne anziane [...]” (considerando 56).

Tutte queste categorie possono, a vario titolo, considerarsi possibili *target* di violenza in quanto particolarmente esposte per alcune loro caratteristiche specifiche che si “intersecano”: oltre all'essere donne, infatti, esse sono anche migranti, o disabili o sono particolarmente vulnerabili in ragione della loro età avanzata. Diversi elementi discriminatori, dunque, si intersecano e amplificano la vulnerabilità e la possibilità di essere maggiormente esposte a questo tipo di reati.

A tal fine, la direttiva prevede obblighi specifici in capo agli Stati e, infatti, l'art. 35, rubricato “Assistenza mirata alle vittime con esigenze specifiche e ai gruppi a rischio”, è espressamente dedicato a questo aspetto.

5. *Prospettive future: l'armonizzazione del contrasto ai reati generati dall'odio*

Il futuro dell'azione dell'Unione europea per il contrasto ai reati generati dall'odio si caratterizza per un approccio di tipo “sanzionatorio”. Invero, è in discussione la possibilità di estendere la lista dei c.d. “euro-crimini”, facendo leva sulla possibilità prevista dall'art. 83, par. 1, III capoverso TFUE³⁴.

Come è noto, infatti, ai sensi dell'art. 83 TFUE, par. 1, I capoverso il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in aree di criminalità particolarmente grave che presentino una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni. Attualmente, la lista dei reati identificati include il terrorismo, la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, il traffico illecito di stupefacenti, il traffico illecito di armi, il riciclaggio di denaro, la corruzione, la contraffazione di mezzi di pagamento, la criminalità informatica e la criminalità organizzata.

Tuttavia, il III capoverso del paragrafo 1 dell'articolo in esame, prescrive che in funzione dell'evoluzione della criminalità, il Consiglio possa adottare, all'unanimità e previa approvazione del Parlamento europeo, una decisione che individui altre sfere di criminalità che rispondano ai criteri di cui sopra.

L'inserimento dei reati generati dall'odio e di incitamento all'odio in questa lista, permetterebbe invero alla Commissione di presentare a

³⁴ Per “EU crimes” si intendono “*reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni*”. Da un punto di vista procedurale la norma “passerella” ex art. 83 richiede l'unanimità dei voti in Consiglio. In dottrina vedi, tra gli altri, C. AMALFITANO, *Articolo 83*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, pp. 896-910. Vedi, inoltre, Commissione europea, *Study to support the preparation of the European Commission's initiative to extend the list of EU crimes in Article 83 of the Treaty on the Functioning of the EU to hate speech and hate crime*, dicembre 2021, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/f866de4e-57de-11ec-91ac-01aa75ed71a1/language-en>.

Parlamento e Consiglio una proposta di direttiva contenente norme minime sulla definizione dei reati e delle sanzioni: si tratterebbe, dunque, di un nuovo, fondamentale strumento di tutela anche delle donne migranti che si trovino sul territorio dell'Unione e che siano vittime di discriminazione intersezionale.

Questo interessante sviluppo normativo venne dapprima annunciato dalla Presidente della Commissione europea durante il suo *Discorso sullo Stato dell'Unione* del 16 settembre 2020, per poi essere formalmente incluso nel *Commission Work Programme 2021*, pubblicato nell'ottobre 2020³⁵.

In seguito, la Commissione ha specificato meglio i motivi e i contenuti di questa sua nuova iniziativa adottando la comunicazione "Un'Europa più inclusiva e protettiva: estendere l'elenco dei reati riconosciuti dall'UE all'incitamento all'odio e ai reati generati dall'odio" al fine di ottenere, da parte del Consiglio, la decisione di estendere l'elenco delle sfere di criminalità previste dall'articolo 83, par. 1, II capoverso TFUE all'incitamento all'odio e ai reati generati dall'odio³⁶.

³⁵ Vedi Commissione europea, *Commission Work Programme 2021: A Union of vitality in a world of fragility*, COM(2020) 690 final, 19 ottobre 2020, p. 7. La giustificazione per l'opportunità dell'inserimento di tale crimine nella lista, unitamente ai più generici "hate crimes", si rinviene nella gravità delle condotte e nel loro essere potenzialmente e, per quanto riguarda quelle manifestazioni che avvengono in rete, ontologicamente, in grado di "superare i confini" del singolo Stato membro, in quanto si manifestano nel cyberspazio. Per un'approfondita analisi della questione vedi, N. PERŠAK, *Criminalising Hate Crime and Hate Speech at EU Level: Extending the List of Eurocrimes under Article 83(1) TFEU*, in *Criminal Law Forum*, 2022, pp. 85-119. Tra le altre cose, l'Autrice specifica che a livello terminologico, "Hate in hate speech and hate crime is a bit of a misnomer, a catch-all word that rather poorly describes what is, in reality, a variety of prejudice-based motivations, some arising out of quite different emotions (not hatred as such), some not directly prompted by emotions at all. This is why hostility, prejudice, bias or intolerance of 'the Other' is more accurate and more commonly used in scientific literature – particularly the one that draws on psychological data – and progressively so in official definitions. Hate crime would therefore be more appropriately defined as prejudice crime, prejudice-motivated crime (also bias-motivated crime) or intolerance-motivated crime. Nevertheless, the Commission opted for a more common or everyday term" (p. 91).

³⁶ In proposito, si veda anche la successiva Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio – *Un'Europa più inclusiva e protettiva: estendere l'elenco dei reati riconosciuti dall'UE all'incitamento all'odio e ai reati generati dall'odio*,

Nel corso del Consiglio “Giustizia e Affari interni” del 3 e 4 marzo 2022, il Consiglio ha invero esaminato la proposta di decisione: tale iniziativa è stata accolta da una larghissima maggioranza anche se è necessario ancora continuare a lavorare sulla stessa al fine di raggiungere quanto prima l'unanimità richiesta per l'adozione³⁷.

Quanto al merito della proposta avanzata dalla Commissione, la richiesta dimensione transfrontaliera del reato di incitamento all'odio e dei reati generati dall'odio ai fini del loro legittimo inserimento nell'elenco di cui all'art. 83 TFUE, par. 1, II capoverso è dimostrata dal carattere e dalle implicazioni dei suddetti fenomeni, nonché dall'esistenza di una particolare necessità di combatterli su basi comuni. Ciò rileva con maggiore enfasi in relazione all'incitamento all'odio *online* che, data la natura transfrontaliera del *medium*, ovvero internet, si diffonde rapidamente ed è accessibile a tutti e ovunque.

Così come accade per l'incitamento all'odio, anche le ideologie alla base dei reati generati dall'odio possono svilupparsi ovunque ed essere poi condivise in brevissimo tempo *online*. Inoltre, lo stesso fenomeno può portare alla riproduzione dei reati generati dall'odio in un altro Stato membro o a modelli di *follow-up* che fanno da risonanza al reato commesso nel Paese in cui si è verificato per la prima volta.

Si tratta, in sostanza, di un fenomeno globale, le cui conseguenze sono spesso indipendenti dal luogo fisico in cui esso ha origine.

Quanto all'ulteriore elemento che giustificherebbe l'estensione della lista di cui all'art. 83, par. 1, II capoverso TFUE, esso è richiamato nel III capoverso: si tratta dell'evoluzione della criminalità. In riferimento ai discorsi di odio e all'incitamento all'odio *online* e *offline*, co-

COM(2021) 777 *final*, del 9 dicembre 2021, draft Communication eurocrimes post ISC 12.11.2021 (parlamento.it).

³⁷ Per il testo della proposta di decisione vedi Consiglio dell'Unione europea, Un'Europa più inclusiva e protettiva: estendere l'elenco dei reati riconosciuti dall'UE all'incitamento all'odio e ai reati generati dall'odio, 9 dicembre 2021, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14919-2021-ADD-1/it/pdf>. Come anche evidenziato da Parlamento europeo, *Risoluzione del Parlamento europeo sull'aumento dei reati generati dall'odio contro persone LGBTIQ+ in Europa alla luce del recente omicidio omofobo in Slovacchia* (2022/2894(RSP)), del 22 ottobre 2022, Ungheria, Polonia e Cechia continuano a rifiutarsi di sostenere la decisione, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0372_IT.html.

me già evidenziato, essi sono certamente aumentati drammaticamente negli ultimi anni; ciò è senza dubbio dovuto agli intervenuti mutamenti del contesto sociale, economico e tecnologico: l'incremento dei flussi migratori, le crisi economiche e sociali – compresa la pandemia da Covid-19 – la maggiore accessibilità alle informazioni *online* e la possibilità, grazie a un massiccio utilizzo dei diversi *social network*, di una rapida e spesso non filtrata condivisione dei contenuti, sono senz'altro alla base di questo preoccupante *trend*.

Ciò posto, dunque, anche il requisito dell'evoluzione della criminalità potrebbe dirsi soddisfatto.

In relazione agli “elementi discriminatori” sui quali la proposta della Commissione si sofferma, in essa rinveniamo un quadro ampio delle caratteristiche che gli individui e i gruppi esposti all'incitamento all'odio e ai reati generati dall'odio potrebbero condividere: razza, etnia, lingua, religione, nazionalità, età, sesso, orientamento sessuale, identità di genere, espressione di genere, caratteristiche sessuali o qualsiasi altra caratteristica fondamentale. Questi elementi, invero, possono essere considerati unitariamente oppure in combinazione tra essi (p. 1). Ecco quindi che, finalmente, la questione dell'intersezionalità è posta esplicitamente al centro di un approccio di tipo giuridico-sanzionatorio in ambito di Unione europea.

In conclusione di questo nostro contributo, anche alla luce della recente linea evolutiva che sta emergendo in seno all'Unione europea, possiamo affermare che l'ordinamento giuridico sovranazionale si sta mostrando sempre più sensibile e recettivo in relazione alla necessità di adottare un approccio intersezionale al contrasto alle discriminazioni: ormai, dunque, non si tratta solo più di ragionare sull'ampiezza del fenomeno discriminatorio ma sulla rilevanza dell'intersezionalità quale strumento per costruire società più eque, socialmente giuste e inclusive, nelle quali le donne, anche migranti, possano sentirsi tutelate.

Con particolare riferimento alle donne, infatti, è ormai evidente che esse non possano considerarsi ai fini della protezione che l'ordinamento deve accordare loro, una categoria omogenea e che la comprensione della loro diversità è fondamentale per garantire che l'elaborazione delle politiche non continui a discriminare in modo diretto o indiretto o a rendere invisibili determinati gruppi di donne,

come ad esempio le donne migranti, più spesso vittime di forme di discriminazione intersezionale e dei reati ad essa connessi.

L'incitamento all'odio e i reati generati dall'odio minano, invero, le fondamenta stesse di una società democratica e pluralistica, ispirata ai valori di cui al già menzionato art. 2 TUE. In questa società, il contributo di tutte le donne, incluso le donne migranti, è oggi di fondamentale importanza ed esse devono poter vivere, esprimersi e partecipare alla vita democratica dei Paesi in cui si trovano – e anche dell'Unione stessa – libere dalle minacce e dalle violenze cui troppo spesso sono esposte.

Abstract

Nello spazio giuridico europeo, la questione della protezione delle donne migranti rimane una priorità. La vigente disciplina, seppur rilevante e parzialmente efficace, necessita oggi di un'evoluzione che tenga conto delle c.d. discriminazioni intersezionali di cui spesso proprio le donne migranti sono vittime. Il nostro contributo si sofferma innanzitutto sulla definizione di discriminazione intersezionale, focalizzando poi l'attenzione sulla sua rilevanza nell'ordinamento sovranazionale, con specifico riferimento a quello dell'Unione europea. Quest'ultimo è, infine, preso a modello per verificare l'attuale livello di lotta ai reati generati dall'odio nonché le più recenti prospettive evolutive che tendono a prendere in considerazione la prospettiva intersezionale nell'azione di contrasto alle discriminazioni contro le donne.

KEYWORDS: Donne migranti – discriminazione intersezionale – vittime – Unione europea – reati d'odio

INTERSECTIONAL DISCRIMINATION AND CONTRAST TO HATE
CRIMES AGAINST MIGRANT WOMEN: CURRENT SAFEGUARDS
AND EVOLVING PERSPECTIVES IN THE EU

In the European legal area, the issue of the protection of migrant women remains a priority. The legal acts in force, although relevant and partly effective, today require to be integrated and updated considering the so-called intersectional discrimination of which, unfortunately, migrant women are often victims. This paper first focuses on the definition of intersectional discrimination and then shifts its attention on the relevance of this emerging notion in the supranational legal system, with specific reference to the European Union's one. Lastly, the latter legal system is taken as a model for evaluating the current level of fighting hate crimes as well as the most recent evolutionary perspectives which tend to take into consideration the intersectional perspective in combating discrimination against women.

KEYWORDS: Migrant women – intersectional discrimination – victims – European Union – hate crimes

REGISTRAZIONE ALLA NASCITA E DIRITTO
AL RILASCIO DEI DOCUMENTI:
LA RILEVANZA DEL DIRITTO INTERNAZIONALE
PER ALCUNI ASPETTI MIGRATORI E DI GENERE

*Gianpaolo Maria Ruotolo**

SOMMARIO: 1. Premessa: il diritto alla registrazione come preconditione del diritto ai documenti ed entrambi come elementi di influenza dell'effettività di altri diritti fondamentali. – 2. Il diritto ai documenti: il suo contenuto e le difficoltà incontrate, in particolare, dalle donne. – 3. *Self sovereignty identity* e questioni migratorie. – 4. Alcune delle criticità che limitano il diritto al rilascio dei documenti per le minoranze di genere.

1. Premessa: il diritto alla registrazione come preconditione del diritto ai documenti ed entrambi come elementi di influenza dell'effettività di altri diritti fondamentali

Il diritto alla registrazione alla nascita è un diritto fondamentale tutelato dall'ordinamento internazionale¹, e rappresenta una premessa per il diritto altrettanto fondamentale all'ottenimento dei documenti di identità, anch'esso di rilevanza internazionalistica. Va detto da subito

* Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Foggia. Indirizzo e-mail: gianpaolo.ruotolo@unifg.it

¹ Opportunamente, quindi, la Risoluzione dell'*Institut de droit international*, Online Session – 2021, 4th Commission, *Human Rights and Private International Law*, Rapporteur Mr. Fausto Pocar, disponibile su www.idi-iil.org, all'art. 12, rubricato "Registration and documentation of identity", prevede che "every person has the right to be registered immediately after birth, and to have their identity, including name and date of birth, recorded in a document accessible to the public and portable across borders". Sulla natura "non innovativa" di tale articolo, e sui profili di diritto internazionale privato, di cui non ci occuperemo in questo lavoro, ci permettiamo di rinviare a G.M. RUOTOLO, *Art. 12 della Risoluzione dell'Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law: il diritto alla registrazione alla nascita e alla documentazione dell'identità*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, p. 555 ss., di cui il presente contributo costituisce una parziale ripresentazione.

che, a nostro giudizio, quest'ultimo diritto dà luogo a due situazioni giuridiche distinte, e di conseguenza diversamente regolate, nel caso in cui esso sia esercitato dai genitori al momento della nascita di un figlio, subito dopo la registrazione, rispetto al caso in cui il medesimo sia invocato direttamente dall'individuo al quale i documenti fanno riferimento, in momenti successivi della sua vita; esso, peraltro, è a sua volta in grado di condizionare, per così dire a cascata, l'effettivo esercizio di una serie di numerosi altri diritti fondamentali e individuali. Tanto il diritto alla registrazione quanto quello ai documenti, poi, è pure il caso di chiarirlo preliminarmente, vanno tenuti distinti dalla capacità giuridica: quest'ultima, come noto, coincide con l'astratta idoneità ad esser titolare di posizioni giuridiche soggettive e si acquista alla nascita, senza alcuna formalità.

Questo lavoro si focalizza su alcuni aspetti specifici di tali diritti e, in particolare, su come essi, specie quello al rilascio dei documenti, siano essenziali nel contesto delle migrazioni, concentrandosi su alcune difficoltà legate alle questioni di genere: infatti, come vedremo, la prassi evidenzia come donne – specie di alcune aree del pianeta – e individui e famiglie appartenenti alle minoranze di genere incontrino peculiari gravosi ostacoli nell'ottenere registrazioni affidabili per sé e i propri figli; il testo, infine, analizza anche gli usi possibili di alcune tecnologie dell'informazione per garantire una maggiore effettività di questi diritti.

Tornando al diritto alla capacità giuridica ricordiamo che esso, riconosciuto da praticamente tutti gli ordinamenti interni, potrebbe essere addirittura oggetto di una norma di diritto internazionale generale volta ad imporre agli Stati il connesso obbligo: una norma che potrebbe essersi prodotta (anche) in applicazione dell'art. 6 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, che riconosce proprio il diritto di ogni individuo al riconoscimento della sua capacità giuridica; come è stato chiarito, infatti, *“the ‘capacity to be a person before the law’ belongs to all human beings since the moment of birth and is lost only with death. As it constitutes a necessary pre-condition for the enjoyment and exercise of other individual rights, it cannot be subject to any limitation by the State”*². Né la registrazione alla nascita né, ovviamente, il possesso di documenti di identità,

² Così United Nations High Commissioner for Human Rights, *Legal capacity. Background conference document*, par. 38, reperibile online.

quindi, costituiscono condizione per l'acquisto della capacità giuridica, che prescinde da qualsiasi atto formale; entrambi, tuttavia, va ribadito, rappresentano certamente elementi in grado di influenzare l'*effettivo* esercizio e la *concreta* tutela di diritti individuali, anche fondamentali³.

La funzione "strumentale" di registrazione alla nascita e rilascio dei documenti di identità, nonché le molteplici criticità connesse, sono state evidenziate da numerosi *treaty bodies*, con particolare attenzione alle conseguenze negative che possono prodursi, in primo luogo sulla vita dei fanciulli: "*registration of all children at birth is still a major challenge for many countries and regions. This can impact negatively on a child's sense of personal identity and children may be denied entitlements to basic health, education and social welfare. As a first step in ensuring the rights to survival, development and access to quality services for all children (...), the Committee recommends that States Parties take all necessary measures to ensure that all children are registered at birth*"⁴.

L'art. 24, par. 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, quindi, stabilisce che ogni bambino deve essere registrato immediatamente dopo la nascita e l'art. 7 della Convenzione sui diritti dell'infanzia rafforza tale diritto, affermando che ogni bambino deve essere registrato immediatamente dopo la nascita e avere diritto, sin dalla nascita, a un nome, ad acquisire una nazionalità e, per quanto possibile, a conoscere ed essere accudito dai suoi genitori, e impone agli Stati parte di garantire l'attuazione di questi diritti in conformità con il proprio diritto interno (ciò che, evidentemente, potrebbe costituire però un limite agli obblighi internazionali) e gli altri obblighi internazionali⁵.

³ Per una definizione della registrazione alla nascita come diritto in grado di condizionare tutti gli altri, si veda U. DOW, *Birth registration: The 'first' right*, in *United Nations Children's Fund. The progress of Nations*, New York, 1998, p. 23.

⁴ Si veda, ad esempio, CRC COMMITTEE, General Comment No. 7, *Implementing Child Rights in Early Childhood*, UN Doc. CRC/C/GC/7, 2005), par. 5 nonché il documento dello United Nations Children's Fund, *Every Child's Birth Right: Inequities and trends in birth registration*, UNICEF, New York, 2013.

⁵ I. ZIEMELE, *Article 7. The Right to Birth Registration, Name and Nationality, and the Right to Know and Be Cared for by Parents*, in A. ALEN, J. VANDE LANOTTE, E. VERHELLEN, F. ANG, E. BERGHMANS, M. VERHEYDE (eds.), *A Commentary on the United*

Come dicevamo, il possesso di documenti idonei ad attestare l'identità individuale influenza l'esercizio di numerosi altri diritti: in particolare, per quanto concerne la nostra indagine, ci soffermeremo su quelli che vengono in rilievo nel caso dei movimenti internazionali di persone, specie se in situazione di difficoltà o necessità: non a caso l'art. 29 della Convenzione del 1990 sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie sancisce il diritto alla registrazione alla nascita, con particolare riguardo ai figli dei lavoratori migranti (*"Each child of a migrant worker shall have the right to a name, to registration of birth and to a nationality"*)⁶. Va evidenziato, tuttavia, come quest'ultimo strumento sia stato ratificato solo da 51 Paesi, essenzialmente quelli di origine delle migrazioni, e da praticamente nessuno Stato di destinazione delle stesse, in particolare da nessuno dell'Europa occidentale.

Una norma analoga, peraltro, non esiste esplicitamente nel contesto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nel quale, però, la giurisprudenza ha fatto discendere il diritto al nome, al quale la registrazione è evidentemente collegata, dall'art. 8 CEDU, relativo, come noto, al diritto alla vita privata⁷. Neppure l'ordinamento dell'Unione

Nations Convention on the Rights of the Child, Leiden/Boston, 2007, p. 21 ss.; M. ORLANDI, *Il diritto del minore alla registrazione, al nome, ad acquisire una cittadinanza, a conoscere i propri genitori e ad essere allevato da essi, nella Convenzione sui diritti del fanciullo e nella legislazione italiana*, in A. BEGHÈ LORETI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, Padova, 1995, p. 99 ss.

⁶ Cfr. per tutti G. CELLAMARE, *La Convenzione delle Nazioni Unite sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri della loro famiglia*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo* 1992, p. 861 ss.

⁷ La CEDU ha ritenuto che i nomi propri delle persone rientrino nell'ambito del diritto alla protezione della vita privata: *"since they constitute a means of identifying persons within their families and the community, forenames, like surnames (...), do concern private and family life. Furthermore, the choice of a child's forename by its parents is a personal, emotional matter and therefore comes within their private sphere. The subject matter of the complaint thus falls within the ambit of art. 8"* (Corte europea dei diritti dell'uomo, *Guillot v. France*, ricorso n. 22500/93, sentenza del 24 ottobre 1996, parr. 21 e 22). La Corte ha anche ribadito di aver *"à plusieurs reprises, reconnu l'applicabilité de l'article 8 – tant sous l'angle de la «vie privée» que sous celui de la «vie familiale» – aux contestations relatives aux noms et prénoms des personnes physiques"* (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 ottobre 2008, ricorso n.

europea contempla disposizioni di diritto primario che sanciscano esplicitamente il diritto alla registrazione alla nascita né quello ai documenti: si tratta di un'assenza comprensibile se pensata con riguardo al profilo "interno", specie se si considera il riparto di competenze con gli Stati membri e, per quanto concerne i documenti, l'eliminazione dei controlli alle frontiere interne di cui all'*acquis* di Schengen⁸. Né, peraltro, l'UE potrebbe imporre extraterritorialmente norme che richiedano a Stati terzi la registrazione alla nascita dei loro cittadini o il rilascio di documenti che ne attestino l'identità, il cui possesso, tuttavia, è determinante per chi volesse fare ingresso nel territorio UE dall'esterno⁹. Va però ricordato come l'attività esterna dell'UE, in particolare nel contesto della cooperazione allo sviluppo, si sia concentrata anche su questo aspetto: da ultimo, ad esempio, nell'agosto 2022 la delegazione dell'UE in Ciad, in cooperazione con l'UNICEF, ha annunciato il lancio di un importante programma volto a rafforzare proprio la registrazione alla nascita nel Paese, in particolare in alcune regioni meno sviluppate¹⁰.

Sul piano interno, peraltro, segnaliamo che la Commissione ha presentato, nel giugno del 2021, una proposta di regolamento per l'istituzione di un quadro per un'identità digitale europea, volta pure a

37483/02, *Güzel Erdagöz c. Turquie*, par. 43); si veda anche Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 16 maggio 2013, ricorso n. 20390/07, *Garnaga c. Ukraine*, par. 36.

⁸ Per un'analisi del regime in parola, anche solo per rinvii, v. G.M. RUOTOLO, *Sulle recenti misure di ristabilimento dei controlli ad alcune frontiere interne alla luce del Codice Schengen 2016*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2016, p. 375 ss. Ricordiamo comunque il Regolamento (UE) 2019/1157 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 sul rafforzamento della sicurezza delle carte d'identità dei cittadini dell'Unione e dei titoli di soggiorno rilasciati ai cittadini dell'Unione e ai loro familiari che esercitano il diritto di libera circolazione.

⁹ M. DRENT, R. DINNISSEN, B. VAN GINKEL, H. HOGEBOM, K. HOMAN, *The relationship between external and internal security*, The Hague, 2014.

¹⁰ Per un riassunto della situazione in Europa si veda il documento "*Birth registration and the prevention of statelessness in Europe: identifying good practices and remaining barriers*" predisposto nel maggio 2020 dallo European Network on Statelessness (ENS) e reperibile online.

modificare il regolamento (UE) n. 910/2014¹¹: essa, tuttavia, mirando a rafforzare la fiducia nelle transazioni elettroniche nel mercato interno per interazioni elettroniche sicure fra cittadini, imprese e autorità pubbliche, in modo da migliorare l'efficacia dei servizi elettronici pubblici e privati e del commercio elettronico¹², si occupa essenzialmente di aspetti commerciali e quindi esula dall'oggetto della nostra analisi. Tuttavia è un indice di come alcune tecnologie, come vedremo nel par. 3, potrebbero venire in rilievo nel contesto di cui ci stiamo occupando.

2. Il diritto ai documenti: il suo contenuto e le difficoltà incontrate, in particolare, dalle donne

La registrazione alla nascita, presupposto per il rilascio dei documenti di identità, però, è evento che di frequente è assente nei Paesi in via di sviluppo, specie in molti Paesi dell'Africa¹³ e in Asia. Anche nei Paesi industrializzati può accadere che parte della popolazione, appartenente a gruppi sociali o etnici emarginati e svantaggiati, non benefici di registrazione e documenti¹⁴.

Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, poi, la situazione si fa ancora più drammatica, specie in alcuni contesti geografici, per le

¹¹ Si tratta del Regolamento 910/2014/UE del Parlamento europeo e del Consiglio *in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE*, del 23 luglio 2014.

¹² COM(2021) 281 final.

¹³ A.T. MBISE, *Birth Certificates, Birth Registration and the Denial of Human Rights: Evidence from Tanzania National Panel Data 2010/11*, in *The International Journal of Children's Rights*, 2020, p. 243 ss.

¹⁴ Per un esempio si vedano M. CASTAN, P. GERBER, A. GARGETT, *Indigenous Australians' access to birth registration systems: a breach of international human rights law?*, in *Australian Journal of Human Rights*, 2011, p. 55 ss. Caso particolarmente rilevante, nei Paesi industrializzati, è quello delle minoranze di genere; ci occuperemo delle difficoltà a ottenere documenti accurati per i figli delle famiglie appartenenti alle minoranze sessuali e di genere nell'ultimo paragrafo.

donne¹⁵ e per le minoranze di genere: oltre un terzo degli adulti che vivono nell’Africa sub-sahariana, ad esempio, non possiede alcun documento d’identità e questa percentuale arriva a quasi il 50% per quanto concerne le sole donne¹⁶.

Regimi giuridici ad applicazione soggettiva differenziata sulla base del sesso per l’accesso ai documenti di identità sono previsti dal diritto interno di molti Paesi, specie delle aree di cui abbiamo appena detto; essi, spesso, prevedono, per le donne, la necessità del permesso di un tutore maschio per il rilascio di documenti; ciò, a parte le evidenti discriminazioni immediate, conduce ad ulteriori criticità nel caso di divorzio o vedovanza. Parimenti le sole donne incontrano peculiari difficoltà per la registrazione della nascita di un figlio; in molti Stati (come, ad esempio, nelle isole Barbados e Fiji, in Namibia e Burundi) le madri possono registrare autonomamente il proprio neonato solo se il padre è assente, incapace o morto, mentre in Bhutan non è possibile registrare la nascita di un bambino nato da padre ignoto, dal momento che la registrazione richiede i documenti di identificazione di entrambi i genitori e il loro certificato di matrimonio. In Gambia solo il padre può registrare la nascita di un bambino nato all’interno del matrimonio, residuando alla madre siffatta responsabilità solo qualora il padre sia sconosciuto o assente.

Si tratta di previsioni che costituiscono una patente violazione di molte previsioni della Convenzione sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (CEDAW), in particolare, dell’art. 9, che prevede la parità uomo-donna in materia di acquisto, mutamento e conservazione della cittadinanza (anche dei figli), dell’art. 15, sulla parità di fronte alla legge, specie in materia di capacità giuridica, dell’art. 16, sulla parità del diritto a contrarre matrimonio.

Opportunamente, quindi, l’obiettivo 16.9 dei “*Sustainable Development Goals*” delle Nazioni Unite mira a garantire una “*legal identity*

¹⁵ J. CHAPMAN, G. GIANARDI, *Exclusion of Migrant Women in Africa | Access to Identity Documentation for Migrant Women*, reperibile all’indirizzo <https://sihma.org.za>.

¹⁶ J.A. ODERA, J. MULUSA, *SDGs, Gender Equality and Women’s Empowerment: What Prospects for Delivery*, in M. KALTENBORN, M. KRAJEWSKI, H. KUHN (eds.), *Sustainable Development Goals and Human Rights*, Cham, 2020, p. 95 ss.

for all, including birth registration” entro il 2030¹⁷: come noto, però, si tratta di strumenti giuridici che, seppur di grosso rilievo politico, non impongono agli Stati alcun obbligo di diritto internazionale, come riconosciuto dalla stessa Organizzazione che, nella relativa pagina online dichiara che “*the Sustainable Development Goals (SDGs) are not legally binding*”¹⁸.

Da ultimo, peraltro, il Consiglio per i diritti umani ha approvato, il 13 aprile 2023, una risoluzione intitolata “*Birth registration and the right of everyone to recognition everywhere as a person before the law*”¹⁹ che sollecita gli Stati a registrare, al momento della venuta al mondo, tutti i bambini, senza discriminazioni. La registrazione, secondo il Consiglio, è fondamentale per preservare l’identità dei bambini che si trovano in situazioni a rischio di sfruttamento, con particolare attenzione per i minori che vivono in zone di conflitto o in aree post-conflitto e per i minori migranti. La risoluzione non tratta esplicitamente le questioni relative ai figli di coppie dello stesso sesso, di cui noi diremo più avanti, ma chiede comunque agli Stati di modificare le leggi che potrebbero ostacolare la registrazione immediata delle nascite per tutti, al fine di prevenire ogni forma di discriminazione e li esorta a rimuovere le norme che impediscono alle donne di trasmettere la propria cittadinanza ai figli.

La prassi, infatti, ha tristemente evidenziato come l’assenza della registrazione e dei documenti faciliti grandemente le sparizioni forzate di minori, come è avvenuto, ad esempio, nel caso di molti nati da donne detenute e stuprate in Argentina durante la dittatura militare, eliminati oppure dati in adozione²⁰; altrettanto drammatica è la situazione

¹⁷ Si vedano M. KALTENBORN, M. KRAJEWSKI, H. KUHN (eds), *Sustainable Development Goals*, cit., nonchè, sullo specifico aspetto della registrazione e dei documenti B. MANBY, *The Sustainable Development Goals and ‘legal identity for all’: ‘first, do no harm*, in *World Development*, 2020, reperibile online.

¹⁸ Così, esplicitamente, il sito delle Nazioni Unite sugli Obiettivi, all’indirizzo www.un.org/sustainabledevelopment/development-agenda/.

¹⁹ Doc. A /HRC/RES/52/25, reperibile all’indirizzo undocs.org.

²⁰ C. HONORATI, *Il diritto al nome e all’identità personale nell’ordinamento europeo*, Milano, 2010, p. 181 ss.; J. DOEP, *Article 8. The Right to Preservation of Identity*, in A. ALEN, J. VANDE LANOTTE, E. VERHELLEN, F. ANG, E. BERGHMANS, M. VERHEYDE (eds.), *A Commentary*, cit., p. 6 ss.

ne che vede i bambini non registrati essere oggetto di espianto di organi per la vendita, specie nei Paesi meno sviluppati e ad acquirenti dei Paesi industrializzati.

Peraltro, la registrazione è inscindibilmente connessa al nome e al relativo diritto ad averne uno, al punto di “non potersi dare una registrazione senza un nome”²¹: l’attribuzione di un nome al nuovo nato costituisce, difatti, una vera e propria condizione per la sua registrazione.

Ora, perché la registrazione delle nascite si perfezioni sono necessari alcuni adempimenti, di competenza di soggetti differenti, privati e pubblici, i cui interessi sono variamente toccati dalla medesima: alla dichiarazione del verificarsi della nascita agli ufficiali di stato civile, in genere effettuata da uno dei genitori, dai medesimi congiuntamente o, ancora, da chi aspira a diventarlo, segue infatti la registrazione dei dati – che dovrebbero includere il nome, la data e il luogo di nascita della persona, nonché, ove possibile, il nome, l’età o la data di nascita, il luogo di residenza abituale e la nazionalità di entrambi i genitori, in modo da consentire l’inserimento del nuovo individuo nei nuclei sociali della famiglia e dello Stato di cittadinanza – così acquisiti da parte degli ufficiali di stato civile.

A queste dovrebbe seguire poi il rilascio immediato, da parte delle autorità statali competenti, di un certificato di nascita, un documento che attesta la registrazione della nascita e rappresenta la prova più visibile del riconoscimento legale dell’individuo da parte dello Stato.

È quest’ultima fase quindi, che realizza, seppur provvisoriamente, il diritto al rilascio dei documenti immediatamente dopo la nascita o comunque ne costituisce un presupposto ineliminabile. Successivamente tale diritto potrà essere invocato direttamente dal suo titolare, una volta conseguita l’età per il compimento autonomo di atti giuridici, o prima, per lui, da chi ne cura gli interessi (genitori, tutori, ecc.).

Alla luce degli obblighi internazionali di cui abbiamo detto nel par. 1, sugli Stati grava, quindi, l’obbligo di adottare tutte le misure necessarie a predisporre sull’intero territorio nazionale, e, quindi, anche in zone geografiche disagiate, un sistema di registrazione efficiente.

È il caso di segnalare come l’eventuale inadempimento dei genitori

²¹ C. HONORATI, *Il diritto al nome*, cit., p. 181 ss.

a procedere alla dichiarazione di cui sopra non sia idoneo a giustificare, nel caso in cui tali misure non siano state adottate, l'inadempimento dello Stato a rispettare siffatto obbligo: si tratta, infatti, di un obbligo che ogni Stato ha non solo nei confronti dei propri cittadini, ma anche nei confronti degli altri Stati. Tale obbligo, a nostro parere, si caratterizza per la sua natura *reciproca*, dal momento che la sua violazione, anche se sostanzialmente commessa da uno Stato a danno dei propri cittadini, potrebbe essere invocata, oltre che da questi ultimi *in foro interno* qualora l'obbligo medesimo sia stato fatto oggetto di adattamento, sul piano internazionale dagli Stati i cui interessi dovessero risultare concretamente lesi nel caso di specie: in tal senso si pensi, ad esempio, al caso dell'emigrazione di soggetti privi di registrazione e di documenti di identità, difetto che, quindi, potrebbe essere oggetto di contestazione da parte dello Stato di immigrazione nei confronti di quello di origine.

Non ci pare, invece, a scapito della sua rilevanza, che l'obbligo in parola abbia carattere *erga omnes*, e che quindi possa essere invocato da parte di qualunque Stato, anche non direttamente leso in un caso specifico.

Va detto pure che la dottrina si è interrogata sul contenuto di tale diritto alla registrazione, chiedendosi se fosse comprensivo di quello a ottenere un certificato di nascita, che, si badi bene, potrebbe esser concepito come oggetto differente dal documento di identità (anche se in grado di condizionare fortemente quest'ultimo), giungendo, sulla scorta della prassi del Comitato per i diritti umani e del Comitato per i diritti dell'infanzia, a conclusioni affermative²². L'inserimento di determinate informazioni nel documento che attesta la registrazione e l'identità di un soggetto, oltre a soddisfare le esigenze di tutela di quest'ultimo, e quelle di rilevanza pubblica, potrebbe soddisfare anche interessi privati di terzi, come quello di vedersi riconosciuti genitori del nuovo nato, come vedremo accadere con riguardo alla specifica situazione delle minoranze sessuali o di genere.

²² Per un'analisi che, anche se condotta con riguardo al caso specifico degli indigeni australiani, delinea conclusioni a nostro giudizio più generalmente applicabili, si vedano P. GERBER, A. GARGETT, M. CASTAN, *Does the Right to Birth Registration Include a Right to a Birth Certificate?*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2011, p. 434 ss.

3. Self sovereignty identity e questioni migratorie

Come abbiamo detto, una delle principali funzioni della registrazione alla nascita è quella di consentire l'archiviazione delle informazioni relative all'identità e, sulla scorta di queste, la produzione di un documento che le attesti.

La necessità di ottenere un documento siffatto, evidentemente, è particolarmente avvertita nel caso di movimenti internazionali di persone, specie se in difficoltà o per necessità, come nel caso di migranti, richiedenti asilo, rifugiati²³.

Il danneggiamento e la perdita della documentazione che attesta l'identità e la cittadinanza (come pure, va detto, altri dati personali, come, ad esempio, quelli relativi a formazione, titoli di studio e qualifiche professionali) dei migranti, infatti, rischiano di rappresentare barriere insormontabili per l'ingresso in un dato Paese in cui costoro volessero ricostruire dignitosamente la loro vita.

La situazione, poi, diviene ancor più complessa nel caso in cui gli archivi pubblici in cui tali informazioni sono conservate negli Stati di origine, siano essi fisici o digitali, dovessero esser andati distrutti integralmente o parzialmente, o esser stati illegittimamente modificati.

In particolare, le banche dati informatiche centralizzate sono sottoposte al rischio di manomissioni: un'analisi della prassi evidenzia il caso di *Aadhaar*, la base di dati biometrici dell'India²⁴, il più grande *database* anagrafico nazionale al mondo, che nel 2018 e nel 2021 ha subito gravi violazioni da parte di *hackers*, al punto che un software in grado di generare un codice *Aadhaar* valido è stato posto in vendita online ad appena 8 dollari americani²⁵.

²³ K.A. HORNE, *Navigating Nationality: The Rights to Birth Registration and Nationality in Refugee Magnet States*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2014, p. 114 ss.

²⁴ Sulle difficoltà di registrazione alla nascita in India v. K. KUMAR, N. SAIKIA, *Determinants of birth registration in India: Evidence from NFHS 2015–16*, in *PLoS ONE*, 2021, <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0257014>.

²⁵ R. KHAIRA, A. SETHI, G. SATHE, *UIDAI's Aadhaar Software Hacked, ID Database Compromised, Experts Confirm*, in *Huffpost.com* del 26 settembre 2018. Segnaliamo che *Aadhaar* è stato oggetto di diverse sentenze della Corte Suprema dell'India. Il 23 settembre 2013 la Corte ha emesso un'ordinanza provvisoria in cui si affermava

Ovviamente tutto ciò solleva una serie di questioni giuridiche di grande rilevanza, che vanno dalla necessità di tutelare la riservatezza a quella di garantire il rispetto degli obblighi di trattamento dei dati, la sicurezza nazionale e quella informatica, oltre a disciplinare – e *rispettare* le norme così adottate – gli eventuali movimenti transnazionali di tali dati. Peraltro la gestione e la certificazione delle identità non possono più fare affidamento sulla mera emissione di carte d'identità fisiche come mezzo efficace per garantire l'identità legale, dovendo concentrarsi sull'utilizzo e l'individuazione di dati biometrici (volto, impronte digitali, iride) al fine di stabilire identità digitali ufficiali univoche, ridurre errori umani e scongiurare frodi e furti di identità.

Si tratta di aspetti che ci è impossibile affrontare, anche solo per cenni, in questa sede²⁶; va quanto meno segnalato, però, che l'uso di alcune tecnologie dell'informazione potrebbe offrire strumenti per risolvere almeno alcune criticità: in particolare facciamo riferimento all'uso di *blockchain* e crittografia avanzata, che potrebbero costituire strumenti idonei alla creazione di mezzi digitali di prova dell'identità, applicabili a livello globale e a qualsiasi tipo di dato personale²⁷.

Gli obblighi internazionali relativi alla documentazione dell'identità, quindi, andrebbero letti alla luce del *principio di neutralità* tecnologica, secondo il quale le norme giuridiche devono essere concepite e, soprattutto, interpretate in maniera tale da poter essere applicate a ogni contesto, tecnologico o meno, in cui una data fattispecie si realiz-

che nessuno dovrebbe subire limitazioni ai suoi diritti per non esser titolare di un numero di identificazione *Aadhaar*, chiarendo pure che il Governo non potrebbe legittimamente negare un servizio a un residente che non lo possiede, poiché volontario e non obbligatorio. In altre, successive, sentenze la Corte ha poi limitato la portata del programma e ne ha riaffermato la natura volontaria ma, nel settembre 2018, ne ha confermato la legittimità, stabilendo però che l'iscrizione non può essere considerata come condizione per aprire conti bancari, ottenere un numero di cellulare o essere ammessi a una scuola.

²⁶ Per un'analisi più generale delle varie questioni alle quali facciamo cenno nel testo ci permettiamo di rinviare, anche solo per riferimenti bibliografici, a G.M. RUOTOLO, *Scritti di diritto internazionale ed europeo dei dati*, Bari, 2021, *passim*.

²⁷ M. FORTI, *Blockchain-driven identification procedures in the migration context: regulatory challenges and fundamental rights issues*, in *dirittifondamentali.it*, 2021, n. 2, reperibile online.

za (e ricordiamo pure che, come noto, “*the same rights that people have offline must also be protected online*”²⁸).

Ora, le *blockchain* – che fanno parte del gruppo delle tecnologie di *distributed ledger*, che si basano su registri “distribuiti”, appunto, che possono essere letti e modificati da più nodi di una rete – sono un insieme di tecnologie in cui il registro è costituito da una catena di blocchi di dati contenenti le transazioni e in cui tutti i nodi della rete prendono parte al processo di validazione delle transazioni da includere nel registro²⁹. Esse, quindi, rappresentano dei sistemi decentralizzati che, sfruttando Internet, distribuiscono e registrano transazioni. Sfruttandole, quindi, è possibile costruire dei registri pubblici digitali, gratuiti e accessibili da tutti i nodi connessi alla rete, i quali possono tenere traccia, in maniera assolutamente attendibile e non falsificabile (e questo grazie a un protocollo di consenso concordato collettivamente) di una serie di eventi. Siffatto meccanismo potrebbe essere soddisfacentemente utilizzato per costruire (documenti di) identità digitali che registrino nomi, date, attraversamento di frontiere (come i passaporti tradizionali), ma anche titoli di studio, ecc., consentendo di condividere informazioni attendibili e non unilateralmente modificabili, senza il coinvolgimento di istituzioni intermediarie e senza che ci sia bisogno di un supporto fisico, deteriorabile³⁰. Sarebbe così possibile provare nascita e provenienza degli individui – così come le loro qualifiche o i loro precedenti occupazionali – anche quando i certificati o addirittura le istituzioni che originariamente hanno fornito tali certificati non esistono più, come nel caso della dissoluzione o del collasso degli apparati statali.

Attraverso questo sistema, quindi, i servizi di identità potrebbero diventare disponibili per tutte le persone, sempre e ovunque.

Ovviamente l’uso di un meccanismo siffatto, al quale è stato dato il nome di *self sovereignty identity* (SSI) al fine di sottolinearne

²⁸ Così Human Rights Council, *The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet*, 27 giugno 2016, doc. A/HRC/32/L.20.

²⁹ Per una introduzione in italiano si vedano F. SARZANA DI S. IPPOLITO, M. NICOTRA, *Diritto della Blockchain, Intelligenza Artificiale e IoT*, Milano, 2018, p. 18 ss.

³⁰ A.J. ZWITTER, O.J. GSTREIN, E. YAP, *Digital Identity and the Blockchain: Universal Identity Management and the Concept of the “Self-Sovereign” Individual*, in *Frontiers in Blockchain* 2020, 3, p. 26, www.frontiersin.org.

l'indipendenza da Stati e organizzazioni di centralizzazione, solleva anch'esso ulteriori questioni giuridiche: l'"auto-sovrانيتà", intesa come il controllo individuale su dati personali rilevanti per l'identità, implicherebbe, difatti, la possibilità di scegliere *dove* archiviare tali dati e *se* fornirli a coloro che ne hanno bisogno; ovviamente l'onnipresente raccolta di dati privati rende non sempre concretamente e liberamente esercitabili le dette facoltà, specie da individui in difficoltà³¹.

4. Alcune delle criticità che limitano il diritto al rilascio dei documenti per le minoranze di genere

Come abbiamo accennato, peraltro, il diritto alla registrazione alla nascita e quello ai documenti non soddisfano solo ed esclusivamente interessi pubblici generali e quelli privati del nato, ma anche quello dei genitori (o di chi aspira a diventarlo) ad essere riconosciuti come tali.

In quest'ultimo senso, però, la prassi evidenzia ulteriori difficoltà da parte delle famiglie appartenenti alle minoranze sessuali e/o di genere a beneficiare di una registrazione adeguata per i propri figli³². Ciò si verifica in molti Paesi, anche industrializzati.

Evidentemente, invece, è determinante che anche tali minoranze dispongano di certificati e documenti accurati per i loro figli già dal momento della registrazione della nascita, al fine di stabilire immediatamente il rapporto di genitorialità/filiazione: in genere, però, le norme interne che disciplinano la registrazione delle nascite si basano su presupposti di genere, con riguardo tanto ai genitori, quanto al nuovo na-

³¹ G. ISHMAEV, *Sovereignty, privacy, and ethics in blockchain-based identity management systems*, in *Ethics & Information Technology*, 2021, p. 239 ss.

³² R. BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 309 ss.; D. BERLOCO, *Nascita in Italia di minore da due donne a seguito di fecondazione eterologa assistita fatta all'estero. Problematiche*, in *Lo Stato civile italiano*, 2021, n. 10, p. 4 ss.; E. BRUGIOTTI, *Maternità surrogata: il rifiuto di registrazione dell'atto di nascita nella giurisprudenza della Corte Edu e alcune conseguenze applicative nell'ordinamento italiano (e non solo). Nota a Corte eur. Dir. Uomo sez. II 27 gennaio 2015 (Paradiso e Campanelli c. Italia)*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2015, n. 3, p. 31 ss.

to. Ulteriori, e ancor maggiori, ostacoli incontrano poi gli individui di tali minoranze che partoriscono al di fuori di un matrimonio o di un'unione legale, ove possibili³³. Evidentemente solo l'irrelevanza di sesso e genere delle persone rispetto al ruolo di genitori e rispetto al contributo alla gravidanza potrebbe risolvere questo problema.

Si tratta, però, di un aspetto sul quale il diritto internazionale impatta relativamente: un ruolo potrebbe essere giocato dal divieto di discriminazione, sia in quanto tale, sia in quanto meccanismo di applicazione di *tutti* i diritti fondamentali: è all'interno dei diritti a uguaglianza e non discriminazione, quindi, che si potrebbe cercare il titolo di un diritto di *tutti*, e anche di coloro che vantano un'identità di genere "non tradizionale" come le persone LGBTIQ (lesbiche, *gay*, bisessuali, *transgender*, intersessuali, *queer*) a non essere oggetto di un trattamento differente *anche* con riguardo alla registrazione dei propri figli³⁴;

³³ Sulla situazione statunitense si vedano A. ZHANG, I. BERRAHO, S.A. LEONAR, E.K. MAIN, J. OBEDIN-MALIVER, *Birth registration policies in the United States and their relevance to sexual and/or gender minority families: Identifying existing strengths and areas of improvement*, in *Social Science & Medicine*, 2022, p. 292 ss.

³⁴ G.M. RUOTOLO, *Il diritto internazionale privato italiano delle "nuove" famiglie nel contesto europeo*, in *Questione giustizia*, 2019, n. 2, p. 53 ss. È appena il caso di ricordare che alcuni elementi utili ad inquadrare il diritto alla documentazione dell'identità del nato con quello al riconoscimento del rapporto di filiazione nella sua valenza sostanziale, che è invece oggetto dell'art. 10 della Risoluzione, possono desumersi anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. In particolare, nella sentenza del 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *Pancharevo*, la Corte, anche se nella specifica prospettiva della tutela della libertà di circolazione all'interno dell'UE ha chiarito che "nel caso di un minore, cittadino dell'Unione il cui atto di nascita rilasciato dalle autorità competenti dello Stato membro ospitante designi come suoi genitori due persone dello stesso sesso" il diritto UE impone allo Stato membro di cui tale minore è cittadino, da un lato, di "rilasciargli una carta d'identità o un passaporto, senza esigere la previa emissione di un atto di nascita da parte delle sue autorità nazionali e, dall'altro" di "riconoscere, come ogni altro Stato membro, il documento promanante dallo Stato membro ospitante che consente a detto minore di esercitare, con ciascuna di tali due persone, il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri". In dottrina v. M.C. BARUFFI, *La circolazione degli status familiari e l'acquisto della cittadinanza nazionale nel rispetto del diritto dell'Unione europea* in A. DI STASI, M.C. BARUFFI, L. PANELLA (a cura di), *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale. sviluppi normativi e approdi giurisprudenziali*, Napoli, 2022, p. 347 ss.; L. RICCARDI, *La cittadinanza dell'Unione europea come strumento*

non a caso i *treaty bodies* delle Nazioni Unite hanno in varie occasioni confermato che orientamento sessuale e identità di genere sono inclusi tra i motivi di discriminazione vietati dal diritto internazionale³⁵.

Tuttavia, lo stato incerto dell'ordinamento internazionale al riguardo rende necessaria, per una effettiva tutela di queste situazioni, l'adozione di norme interne specificamente dedicate, anche in considerazione del fatto che non sempre le norme internazionali in questione, ove esistenti, sono suscettibili di piena applicazione interna (*diretta*) negli ordinamenti nazionali.

Un caso particolarmente delicato ed evidente, in quanto direttamente collegato all'evento naturale della nascita, è quello della c.d. maternità surrogata: la registrazione di un bambino nato all'esito di siffatto procedimento³⁶, solleva una serie di questioni relative al riconoscimento del rapporto di genitorialità e alla surroga stessa. Come evidenziato dalla Conferenza de L'Aja di diritto internazionale privato già nel 2014, non esiste, al riguardo, un atteggiamento univoco degli Stati: quelli che non disciplinano il procedimento di surroga di maternità, in genere, applicano alla relativa registrazione di nascita criteri per così dire ordinari e, quindi, registrano come genitori solo quelli biologici, costringendo quindi i genitori committenti all'adozione del nato. Negli Stati che, invece, regolano il procedimento, viene rilasciato un certificato di nascita in cui i genitori committenti sono indicati *ab origine* come i genitori; in alcuni, però, viene comunque tenuta traccia della surroga, e, quindi, dei genitori biologici, in atti che sono nella sola disponibilità dello Stato, mentre altri prevedono esclusivamente la regi-

di tutela dei minori nel contesto di famiglie omogenitoriali: spunti di riflessione per nuovi sviluppi, ivi, p. 409 ss.

³⁵ Si vedano, ad esempio, i rapporti A/HRC/29/23, *Discrimination and violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity* e A/HRC/19/41, *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*, rispettivamente del 2015 e del 2011 presentati dallo *United Nations High Commissioner for Human Rights* al Consiglio dei diritti umani. Per una ricostruzione cfr. G.M. RUOTOLO, *La spinta internazionale per una legge sull'omofobia*, in *DopoDomani*, 15 maggio 2021

³⁶ Su alcuni aspetti, anche di diritto interno, si veda, da ultimo, A.M. GALLO, *La surrogazione di maternità come reato universale e alcuni obblighi internazionali dell'Italia*, in *La Comunità internazionale*, 2022, p. 505 ss.

strazione dei genitori committenti come unici genitori³⁷. Ora, va detto che le differenze di regolamentazione sono collegate, oltre che, ovviamente ai diversi approcci “ideologici” alla questione, anche alle incertezze relative all’esistenza di obblighi internazionali con riguardo alla registrazione dei nati da siffatto procedimento, che sono state esplicitamente evidenziate anche da parte di organi consultivi e commissioni di esperti, in particolare, relative al contenuto del certificato di nascita e i dati che questo deve contenere, specie con riguardo ai genitori³⁸.

La questione è stata affrontata, come noto, nel caso *Mennesson* anche dalla Corte europea dei diritti dell’uomo la quale, tra gli altri elementi, ha evidenziato che il mancato riconoscimento del rapporto genitoriale nei documenti di nascita rischia di lasciare il nato in uno stato di incertezza giuridica che ne potrebbe addirittura mettere in pericolo l’identità per difficoltà nell’ottenimento della cittadinanza³⁹. La stessa Corte, però, in un parere adottato dalla Grande Camera nel 2019 su richiesta della Cassazione francese⁴⁰ ai sensi dell’art. 1 del Protocollo 16, ha dichiarato che nel caso di un bambino nato all’estero attraverso un accordo di maternità surrogata, concepito utilizzando i gameti del padre designato e di una donatrice terza, e dove il rapporto genitore-

³⁷Hague Conference on Private International Law, *A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements*, Prel. Doc. No 3C (March 2014).

³⁸ Con riguardo alla riforma in atto nel Regno Unito, e alle incertezze che sono state ivi evidenziate relativamente al quadro internazionale, v. E. O’CALLAGHAN, *Surrogacy reform and its impact on the child’s right to birth registration*, in *Reproductive BioMedicine and Society Online*, 2021, n. 13, p. 46 ss.

³⁹ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 26 giugno 2014, ricorso n. 65941/11, *Mennesson v. France*. Si veda anche Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenze del 27 gennaio 2015 e del 24 gennaio 2017, ricorso n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli v. Italy*.

⁴⁰ Corte europea dei diritti dell’uomo, parere del 10 aprile 2019, richiesta n. P16-2018-001, *Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*. La decisione era occasionata da un procedimento pendente innanzi alla *Cour de cassation* francese sui seguiti del caso *Mennesson* di cui alla nota precedente, relativamente al quale era sorta la questione dell’individuazione delle corrette modalità di attuazione nell’ordinamento francese della pronuncia della Corte europea.

figlio con il padre sia stato già riconosciuto, l'art. 8 della CEDU impone che il diritto interno preveda la possibilità di riconoscimento giuridico della relazione del figlio con la madre committente, citata nel certificato di nascita come "madre legale"; tuttavia tale diritto non deve necessariamente assumere la forma della registrazione di quest'ultima nell'atto di nascita, essendo gli Stati liberi di scegliere altre forme di tutela dell'interesse del minore, come l'adozione del bambino da parte della aspirante madre.

Abstract

Il diritto alla registrazione alla nascita e quello, connesso, alla documentazione dell'identità sono essenziali per garantire l'effettività di molti altri diritti fondamentali come quelli all'identità personale, al nome, alla cittadinanza, all'integrità fisica e alla vita stessa. Questo contributo si focalizza su alcuni aspetti specifici dei primi, e, in particolare su come essi, specie quello al rilascio dei documenti, siano essenziali nel contesto delle migrazioni, concentrandosi su alcune difficoltà legate alle questioni di genere: in particolare, infatti, la prassi evidenzia come donne – specie di alcune aree del pianeta – e individui e famiglie appartenenti alle minoranze di genere incontrino gravosi ostacoli nell'ottenere registrazioni affidabili per sé e i propri figli; il testo, infine, analizza anche gli usi possibili di alcune tecnologie dell'informazione per garantire una maggiore effettività di questi diritti.

KEYWORDS: Diritto internazionale – registrazione alla nascita – documenti di identità – migrazioni – *self sovereignty identity*

REGISTRATION AT BIRTH AND THE RIGHT
TO ISSUE DOCUMENTS: THE RELEVANCE
OF INTERNATIONAL LAW FOR CERTAIN
ASPECTS OF MIGRATION AND GENDER

The right to birth registration and the related right to identity documents are essential to ensure the effectiveness of many other fundamental rights such as those to personal identity, name, citizenship, physical integrity and life itself. This paper focuses on some specific aspects of the former, and, in particular, on how they, especially the right to documents, are essential in the context of migration, focusing on some difficulties related to gender issues: in particular the practice highlights how women – especially in some areas of the planet – and individuals and families belonging to gender minorities encounter serious obstacles in obtaining reliable registrations for themselves and their children; finally, the text also analyses the possible uses of some information technologies to ensure greater effectiveness of these rights.

KEYWORDS: International law – birth registration – identity documents – migration – self-sovereignty identity

IL VELO ISLAMICO E LE DISCRIMINAZIONI
SUL LUOGO DI LAVORO NELLA GIURISPRUDENZA
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA TRA BILANCIAMENTO
E COMPARAZIONE

*Teresa Russo**

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. Uno sguardo alle tipologie di discriminazione ai sensi della Direttiva 2000/78/CE: premesse. – 2.1. Discriminazione diretta *versus* discriminazione indiretta nel caso *Achbita*. – 2.2. Discriminazione *versus* “requisiti professionali reali o oggettivi” nel caso *Bouagnaoui*. – 3. Il bilanciamento della libertà religiosa con gli altri diritti fondamentali nei casi congiunti *Wabe* e *Müller*. – 4. La questione della comparabilità delle “situazioni” nella valutazione della discriminazione nel caso *L.F.* – 5. Conclusioni (a margine di un problema “incompreso”).

1. *Osservazioni introduttive*

L’uso del velo islamico sul luogo di lavoro è stato oggetto di alcune sentenze della Corte di giustizia che, dal 2017 ad oggi, hanno portato la questione della libertà religiosa, e dei suoi limiti per esigenze aziendali, al centro del dibattito sulle discriminazioni “basate” sulla religione nell’ordinamento dell’Unione europea. Come è noto, la libertà religiosa, considerata una delle libertà caratteristiche dello Stato di diritto¹, tutelata tanto nelle carte costituzionali, quanto nelle fonti internazionali², è stata declinata come libertà di scegliere un credo o di non

* Associato di Diritto dell’Unione europea, Università degli Studi di Salerno. Indirizzo email: trusso@unisa.it

¹ Cfr., tra gli altri, J. FOX, D. FLORES, *Religions, Constitutions, and the State: A Cross-National Study*, in *Journal of Politics*, 2009, n. 71, pp. 1499-1513; F.B. CROSS, *Constitutions and Religious Freedom*, Cambridge, 2015; E. CAMASSA (a cura di), *Democrazie e religioni. Libertà religiosa, diversità e convivenza nell’Europa del XXI secolo. Atti del Convegno Nazionale ADEC*, Trento, 22-23 ottobre 2015, Napoli, 2016.

² A titolo meramente esemplificativo si richiamano l’art. 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948, gli articoli 18 e 27 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 e la Dichiarazione dell’Assemblea Generale del 1981

professare alcun credo, di esercitare un culto religioso, di fare propaganda religiosa, ovvero costituire o far parte di associazioni a carattere religioso. Seguendo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), la Corte di giustizia ha dichiarato che il termine religione ha un significato ampio che include sia il foro interno, il fatto di avere una fede, sia il foro esterno, la manifestazione della fede religiosa in pubblico³. Ancora, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, i foulard, i veli che coprono il viso, i turbanti e le calotte craniche (cioè gli abiti religiosi) sono considerati manifestazioni della reli-

sull'eliminazione di tutte le forme di intolleranza e discriminazione basate sulla religione o il credo; l'istituzione nel 1986 del Relatore speciale per identificare gli ostacoli esistenti ed emergenti al godimento del diritto alla libertà di religione o di credo; Commento generale n. 22 del Comitato per i diritti umani del 1993 sull'art. 18 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, oltre all'art. 9 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali (CEDU) ed alle norme del diritto dell'Unione europea, di cui si dirà meglio in seguito.

³ In particolare, la Corte di giustizia ha ritenuto che: "... tale diritto include la libertà di cambiare religione o convinzione, così come la libertà di manifestare la propria religione o la propria convinzione individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti. Come emerge dalle spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (GU 2007, C 303, pag. 17), il diritto garantito dall'articolo 10, paragrafo 1, di quest'ultima corrisponde a quello garantito dall'articolo 9 della CEDU e, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, ha significato e portata identici a detto articolo. Dato che la CEDU e, successivamente, la Carta attribuiscono alla nozione di «religione» un'accezione ampia, poiché includono in tale nozione la libertà per le persone di manifestare la propria religione, si deve ritenere che il legislatore dell'Unione abbia inteso mantenere lo stesso approccio nell'adottare la direttiva 2000/78, cosicché occorre interpretare la nozione di «religione» di cui all'articolo 1 di tale direttiva nel senso che essa comprende sia il forum internum, ossia il fatto di avere convinzioni, sia il forum externum, ossia la manifestazione pubblica della fede religiosa". Cfr. Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 14 marzo 2017, *Samira Achbita e Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding/G4S Secure Solutions NV*, causa C-157/15, par. 27-28. In termini identici, si veda Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 14 marzo 2017, *Asma Bougnaoui e Association de défense des droits de l'homme (ADDH)/Micropole SA*, causa C-188/15, par. 29-30. Il richiamo si trova anche in Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 15 luglio 2021, *IX contro WABE eV e MH Müller Handels GmbH contro MJ*, cause riunite C-804/18 e C-341/19, par. 45.

gione che possono essere soggette a limitazioni se prescritte dalla legge e “giustificabili”⁴.

Nel quadro giuridico dell’Unione europea, il diritto alla libertà religiosa è stato formalizzato nell’art. 10 della Carta dei diritti fondamentali, che corrisponde al diritto garantito dall’art. 9 della CEDU⁵, e, ai sensi dell’art. 52, par. 3, della Carta, ha lo stesso significato e ambito di applicazione di detto diritto⁶. Inoltre, la libertà religiosa è intimamente

⁴ V., in particolare, Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, sentenza del 10 novembre 2005, ricorso 44774/98, *Leyla Sabin c. Turchia*; Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 11 gennaio 2005, ricorso n. 35753/03, *Phull c. Francia*; Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 23 febbraio 2010, ricorso n. 41135/98, *Ahmet Arslan e altri c. Turchia*; Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 15 gennaio 2013, ricorsi nn. 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10 e 59842/10, *Eweida e altri c. Regno Unito*; Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, sentenza del 1° luglio 2014, ricorso n. 43835/11, *S.A.S. c. Francia*.

⁵ L’art. 9 CEDU, rubricato libertà di pensiero, di coscienza e di religione, sancisce che: “1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l’insegnamento, le pratiche e l’osservanza dei riti. 2. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell’ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”. Con riferimento alle restrizioni alla libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo, si veda una delle prime decisioni della Corte di Strasburgo, sia pur riferita alla questione del proselitismo, Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 25 maggio 1993, ricorso n. 14307/88, *Kokkinakis c. Grecia*, par. 33.

⁶ Anche l’art. 10 della Carta dei diritti fondamentali, rubricato analogamente libertà di pensiero, di coscienza e di religione, sancisce che: “1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Tale diritto include la libertà di cambiare religione o convinzione, così come la libertà di manifestare la propria religione o la propria convinzione individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l’insegnamento, le pratiche e l’osservanza dei riti”, su cui v. per tutti, R. MCCREA, *Article 10 – Right to Freedom to Thought, Conscience and Religion*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford-Portland, 2014, p. 291 ss., nonché F. DONATI, *Articolo 10*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione europea*, Milano, 2017, p. 203 ss. La differenza principale riguarda l’esclusione di ogni riferimento alle limitazioni di

connessa al più ampio principio di uguaglianza, che, nell'ambito dell'ordinamento comunitario, viene inizialmente coniugato alla luce del principio di non discriminazione, pietra angolare del buon funzionamento del mercato comune della CEE. Grazie alle interpretazioni della Corte di giustizia e alle revisioni dei trattati, e nello specifico con il Trattato di Amsterdam del 1999, si passa dalla competenza settoriale alla competenza generale contro la discriminazione⁷, ampliando così la tutela individuale. Da allora, il principio di uguaglianza ha informato l'intero ordinamento giuridico dell'Unione, diventando un principio/valore fondante comune agli Stati membri grazie all'art. 6, par. 1, TUE, ora art. 2 TUE. Ciò diventa ancora più chiaro alla luce della novità del Trattato di Lisbona che introduce, nelle disposizioni generali del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), l'art. 10: "Nel definire e attuare le sue politiche e attività, l'Unione mira a combattere la discriminazione basata sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale". Analogamente, si può richiamare il Titolo III della Carta dei diritti fondamentali, che, intitolato uguaglianza, esordisce con l'art. 21 rubricato "Non discriminazione"⁸.

tale diritto, previste invece dalle disposizioni generali della Carta, applicandosi trasversalmente a tutti i diritti, nell'art. 52. Per una ricostruzione del fenomeno religioso nell'Unione europea, si rinvia a A. DI STASI, A. IERMANO, *La rilevanza del fenomeno religioso nel diritto e nella prassi giurisprudenziale dell'Unione europea*, in G. FAUCELLIA, *Rigore e curiosità. Scritti in memoria di Maria Cristina Folliero*, Tomo II, Torino, 2018, pp. 101-122.

⁷ Il riferimento è alla previsione di azioni positive di cui all'art. 6A, poi art. 13 TCE che recitava: "Fatte salve le altre disposizioni del presente trattato e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali".

⁸ Ai sensi dell'art. 21 della Carta: "1. È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale". Secondo la giurisprudenza della Corte, il principio di non discriminazione, oggi sancito dall'art. 21 della

In tale quadro di riferimento del diritto primario, l'Unione europea ha adottato anche norme di diritto derivato specificamente dedicate alla promozione della parità di trattamento sul luogo di lavoro al fine di combattere tutte le tipologie di discriminazioni, ivi incluse quelle per motivi religiosi. Pertanto, la questione dell'uso di indumenti religiosi è venuta in rilievo nei casi riguardanti le discriminazioni dirette e/o indirette vietate dalla Direttiva 2000/78/CE⁹, atteso che queste possono "... pregiudicare il conseguimento degli obiettivi del Trattato, il conseguimento di un elevato livello di occupazione e protezione sociale, l'innalzamento del tenore di vita e della qualità della vita, economica e coesione sociale e solidarietà e libera circolazione delle persone"¹⁰. Dal momento che i divieti di indossare abiti religiosi sono spesso contenuti nelle norme o nei regolamenti di azienda, o addirittura non scritti, essi hanno sollevato una serie di questioni relative alla natura discriminatoria dei licenziamenti adottati. Infatti, la libertà religiosa, e, nello specifico, la libertà dei dipendenti di indossare abiti religiosi, è entrata in conflitto con gli interessi economici e/o l'attività del datore di lavoro. Ancor più, la cd. politica di neutralità sul posto di lavoro legata alla libertà d'impresa, prevista dall'art. 16 della Carta, ha finito per ingenerare un problema di equilibrio tra la libertà di religione e la libertà d'impresa.

Carta, deve essere considerato un principio generale del diritto dell'Unione. Il valore vincolante della Carta non ha modificato la natura del principio di non discriminazione in quanto la specifica disposizione dell'art. 21, par. 1, si è limitata a codificare la giurisprudenza della Corte che ha riconosciuto a tale principio una sorta di preminenza, in particolare nei casi riguardanti l'applicazione della non discriminazione in base all'età nell'impiego. Si veda, ad esempio, Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 22 novembre 2005, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, causa C-144/04, par. 75 e Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 19 gennaio 2010, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, causa C-555/07, su cui v. E. GUALCO, L. LOURENÇO, "Clash of Titans". *General Principles of EU Law: Balancing and Horizontal Direct Effect*, in *European Papers*, 2016, n. 2, pp. 643-652 e F. FONTANELLI, *General Principles of the EU and a Glimpse of Solidarity in the Aftermath of Mangold and Küçükdeveci*, in *European Public Law*, 2011, n. 17, p. 225 ss.

⁹ Direttiva 2000/78/CE del Consiglio *che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*, del 27 novembre 2000, in GUCE L 303 del 2 dicembre 2000, pp. 16-22.

¹⁰ Considerando 11, Direttiva 2000/78/CE, cit., p. 17.

Tanto premesso, nel presente capitolo si intende concentrare l'analisi su questo difficile equilibrio, dal momento che non c'è accordo sul tipo di discriminazione (finanche sull'esistenza di una discriminazione) derivante dal divieto del datore di lavoro di indossare abiti religiosi sul luogo di lavoro e, ancor più, dal licenziamento che segue il rifiuto di un dipendente di rispettare tale divieto, come risulta dalle domande pregiudiziali, dalle sentenze della Corte di giustizia e dalle diverse opinioni degli Avvocati generali. Al contrario, si intende sostenere che emergono questioni cruciali sulla parità di trattamento nel lavoro privato e sulla tutela dei diritti fondamentali, che finiscono per essere valutate dai tribunali nazionali caso per caso, attraverso un'operazione di bilanciamento degli "interessi in gioco" e di comparazione tra le "situazioni" da considerare ai fini della configurabilità della discriminazione, troppo aleatorie. Pertanto, la libertà religiosa, nell'accezione di libertà di indossare indumenti religiosi sul luogo di lavoro, continua ad essere esposta a dibattiti e a tentativi palesi o nascosti di frustrarne l'attuazione¹¹ e, come si vedrà, a soccombere nella suddetta operazione di bilanciamento e comparazione. Considerato che la casistica riguarda principalmente le donne che indossano il velo islamico, il risultato finale è che, queste, anche nei paesi di emigrazione, finiscono per subire restrizioni alle proprie libertà e identità, con evidenti ripercussioni in termini di parità di genere che restano, almeno al momento, "incomprese".

¹¹ A dispetto dell'introduzione di clausole sulla libertà religiosa nelle costituzioni nazionali, così come di clausole che vietano la discriminazione sulla base della religione o tutelano l'uguaglianza nel diritto internazionale ed europeo, le discriminazioni per motivi legati alla religione sono molte numerose. Cfr. S. THOMAS (a cura di), *The Global Resurgence of Religion and the Transformation of International Relations: The Struggle for the Soul of the Twenty-First Century*, New York, 2005. Per una prospettiva di diritto internazionale che vede la libertà religiosa "schiacciata" da altri diritti, si veda H. BIELEFELDT, N. GHANEA, M. WEINER, *Freedom of Religion or Belief. An International Law Commentary*, Oxford, 2016. V. inoltre, anche A. IERMANO, *Parità di trattamento e non discriminazione in ambito lavoristico tra Dichiarazione universale e diritto dell'Unione europea*, in S. TONOLO, G. PASCALE (a cura di), *La Dichiarazione Universale dei diritti umani nel diritto internazionale contemporaneo*, Torino, 2020, pp. 347-363.

2. *Uno sguardo alle tipologie di discriminazione ai sensi della Direttiva 2000/78/CE: premesse*

Le questioni delle discriminazioni subite sul posto di lavoro per aver indossato indumenti religiosi hanno riguardato, per quanto già anticipato, l'interpretazione e applicazione della Direttiva 2000/78/CE da parte della Corte di giustizia. Come è noto, tale Direttiva vieta qualsiasi discriminazione diretta in cui una persona è trattata meno favorevolmente di un'altra in una situazione analoga (art. 2.a), salvo i casi espressamente previsti¹², nonché vieta la discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere persone di una particolare religione o ideologia, affette da disabilità, di una certa età o orientamento sessuale in svantaggio rispetto ad altre (art. 2.b). Tuttavia, la Direttiva ammette che una disposizione, un criterio o una prassi non costituiscano una discriminazione indiretta quando siano oggettivamente giustificate da uno scopo legittimo e quando i mezzi siano appropriati e necessari (art. 2.b.i). Inoltre, consente un trattamento diverso laddove, in ragione della natura delle particolari attività professionali o del contesto in cui vengono svolte, tale caratteristica costituisce un requisito essenziale e determinante, a condizione che l'obiettivo sia legittimo e il requisito sia proporzionato (art. 4, *Requisiti per lo svolgimento dell'attività lavorativa*). In quest'ultima ipotesi, la Direttiva consente limitate eccezioni al principio di non discriminazione, laddove il lavoro abbia requisiti professionali necessari e reali (*genuine occupational requirements*, GORs). Secondo questa eccezione, non ci sarebbe discriminazione quando la natura o il contesto del lavoro richiedano che la prestazione venga svolta in un determinato modo o rappresenti un requisito professionale e un mezzo proporzionato per raggiungere uno scopo legittimo.

¹² Infatti, la discriminazione diretta è ammessa in alcuni casi previsti dalla Direttiva stessa, ad esempio, per motivi di pubblica sicurezza, per il mantenimento dell'ordine pubblico e la prevenzione di reati, per la tutela della salute, per la tutela dei diritti e delle libertà altrui (art. 2.5), per i datori di lavoro in organizzazioni con un'etica basata sulla religione o sul credo (art. 4.2), o sulla base dell'età (art. 6), nonché per l'azione positiva e misure specifiche (art. 7).

Orbene, prima di analizzare i casi che saranno meglio specificati nei paragrafi successivi, sembra utile svolgere alcune premesse. La prima è che la Direttiva, sia per la tipologia di atto, sia per quanto espressamente previsto nel suo considerando 28¹³, fissa requisiti minimi, realizzando, pertanto, solo una parziale armonizzazione della normativa pertinente in materia di parità di trattamento nei settori dell'occupazione e delle condizioni di lavoro. Questo, come sottolineato dall'Avvocato generale Medina (seconda premessa), lascia "spazio a diversi approcci che possono essere adottati a livello nazionale tra punti di vista contrastanti sul modo di affrontare correttamente e legittimamente la discriminazione"¹⁴. Inoltre, le stesse domande di rinvio pregiudiziale alla Corte (terza premessa) rilevano una confusione tra gli "addetti ai lavori" sul tipo di discriminazione che potrebbe configurarsi, ossia sul se il divieto di indossare abiti religiosi sul posto di lavoro (nella specie, il velo islamico) costituisca una discriminazione diretta o indiretta o possa persino essere una caratteristica oggettiva della prestazione lavorativa e su come comparare in concreto le situazioni ai fini della configurabilità della discriminazione. Sulla scia della giurisprudenza della Corte EDU in materia¹⁵, ugualmente impegnata nel faticoso bilanciamento tra diritti¹⁶ – per cui le restrizioni alla libertà re-

¹³ Anche all'art. 8, par. 1 che sarà richiamato in seguito.

¹⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale L. MEDINA, presentate il 28 aprile 2022, nella causa C-344/20, *L.F. c. S.C.R.L.*, par. 33.

¹⁵ Cfr. J. TEMPERMAN, T. JEREMY GUNN, M. EVANS (a cura di), *The European Court of Human Rights and the Freedom of Religion or Belief. The 25 Years since Kokkinakis*, Leiden-Boston, 2019.

¹⁶ Ad esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, Sezione Quarta, *Eweida*, cit., par. 99. In questo caso, la Corte ha riconosciuto la violazione dell'art. 9 della CEDU da parte del Regno Unito per quanto riguarda il diritto della ricorrente alla libertà di manifestare il proprio credo religioso nel caso del licenziamento di una hostess di linea per aver indossato una croce. Nello specifico, la richiesta è stata ritenuta irragionevole e costituiva una violazione del diritto alla libertà di religione e di espressione. Nel ragionamento della Corte, l'obiettivo dell'adozione di un codice uniforme era legittimo, vale a dire comunicare una certa immagine dell'azienda e promuovere il riconoscimento del suo marchio e del personale. Tuttavia, la Corte è giunta alla conclusione che non era stato raggiunto un giusto equilibrio in quanto, a suo avviso il datore di lavoro non è legittimato a chiedere la rimozione di simboli/indumenti religiosi se non è altrimenti dimostrato o accertato alcun danno alla reputazione dell'azienda. Al contrario, nel ca-

ligiosa devono soddisfare il test di giustificazione in tre parti (legalità, necessità e proporzionalità) –, la Corte di giustizia rinvia ai giudici nazionali il delicato compito del bilanciamento di tutti gli interessi coinvolti nel caso (quarta premessa), lasciando loro un margine di discrezionalità nel decidere a quale diritto e/o libertà dare la preminenza. Tanto perché (quinta premessa) manca un consenso comune agli Stati membri sul posto occupato dalla religione nella società¹⁷, che si traduce nell'assenza di un fermo impegno a livello europeo a favore dell'uguaglianza sul posto di lavoro, nonché nello "sbilanciamento" della protezione della libertà d'impresa a scapito della libertà religiosa.

2.1. *Discriminazione diretta versus discriminazione indiretta nel caso Achbita*

Sulla base di tale premesse, la Direttiva 2000/78/CE diventa il "terreno" su cui misurare le differenti tipologie di "discriminazione"

so relativo al divieto di portare una croce nell'esercizio di un servizio sanitario pubblico da parte di un infermiere (sig.ra Chaplin), la stessa Corte ha escluso la violazione dell'art. 9, perché la salute e la sicurezza in un reparto ospedaliero, è intrinsecamente più rilevante e si tratta di un ambito in cui alle autorità nazionali deve essere concesso un ampio margine di discrezionalità. Secondo la Corte, i dirigenti ospedalieri erano in una posizione migliore per prendere decisioni sulla sicurezza sanitaria rispetto a un tribunale, in particolare un tribunale internazionale. In altre parole, la sentenza si basa sulla preminenza discrezionale di una decisione nazionale che mira alla tutela della salute rispetto al diritto alla libertà di religione o di espressione. Si vedano le considerazioni di K. ALIDADI, *Religion, Equality and Employment in Europe. The Case for Reasonable Accommodation*, Oxford-Portland, 2017.

¹⁷ Cfr. per un inquadramento generale delle problematiche, E. HOWARD, *Law and the Wearing of Religious Symbols in Europe*, Londra, 2021. Ad esempio, la Corte costituzionale tedesca ha affermato che vietare il velo islamico nelle scuole non ha alcuna base giuridica, poiché la società stessa si sta spostando verso una composizione più multi-etnica, e richiede che il diritto alla libertà di religione e di espressione sia adeguatamente garantito sul posto di lavoro (*Bundesverfassungsgericht – BVerfG, 2 BvR 1436/02*, 24 settembre 2003, *Ludin*). Il livello di tutela contro la discriminazione raggiunto in Germania, grazie alla giurisprudenza della Corte costituzionale relativa all'art. 4, par. 1, della Legge fondamentale e all'art. 8 della legge generale sulla parità di trattamento, verrà richiamato specificamente dalla ricorrente IX (cfr. Corte di giustizia, Grande Sezione, IX, cit., par. 30), ritenendo che non possa essere rivista al ribasso.

vietate o, in qualche modo, giustificabili, partendo dal caso *Achbita*¹⁸, in cui il divieto di indossare abiti religiosi sul posto di lavoro viene considerato sia dal punto di vista della discriminazione diretta che indiretta. La sig.ra Samira Achbita, di fede musulmana, era occupata come *receptionist* presso la società belga G4S Secure Solutions, che fornisce servizi di sorveglianza e sicurezza. Quando, dopo tre anni di attività presso tale impresa, insiste per poter indossare in futuro il velo islamico al lavoro, viene licenziata, in quanto presso la G4S è vietato portare segni religiosi, politici e filosofici visibili. Con il sostegno del centro belga per le pari opportunità e la lotta al razzismo, la medesima

¹⁸ Cfr. Corte di giustizia, Grande Sezione, *Achbita*, cit., sui cui v., tra gli altri, E. ADOBATI, *Il datore di lavoro può vietare il velo islamico alla dipendente*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2017, n. 1-2, pp. 126-127; G. AMOROSO, *Libertà di culto e principio di "neutralità" nella prestazione di lavoro*, in *Il Foro italiano*, 2017, 5, Coll. 254-258; R.K. APARICIO ALDANA, REBECA KARINA, *Velo islámico y relación jurídico laboral - Sentencias TJUE de 14 marzo 2017 (TJCE 2017, 23 y TJCE 2017, 24) [C-157/15 y C-188/15]*, in *Nueva Revista española de Derecho del Trabajo*, 2017, n. 199, pp. 291-304; A. BERTI SUMAN, *La Corte Ue ritiene non discriminatorio il divieto di indossare il velo islamico sul luogo di lavoro*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, n. 10, pp. 1344-1350; G. BUSSCHAERT, S. DE SOMER, *Port des signes convictionnels au travail: la Cour de justice lève le voile?*, in *Journal des tribunaux du travail*, 2017, pp. 277-283; G. BUSSCHAERT, S. DE SOMER, *You Can Leave Your Hat on, but Not Your Headscarf: No Direct Discrimination on the Basis of Religion*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2017, n. 33, pp. 553-572; S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Equality and the Market: the unhappy fate of religious discrimination in Europe*, in *European Constitutional Law Review*, 2017, n. 13, pp. 744-758; S. HENNION, *Le port du foulard islamique en entreprise selon la jurisprudence de la Cour de justice*, in *La Semaine Juridique - édition générale*, 2017, n. 23, pp. 1100-1106; G. GONZALEZ, *Vade-mecum pour interdire les signes religieux au travail*, in *Revue de l'Union européenne*, 2017, n. 609, pp. 342-347; A. PATRICE, N. MOIZARD, *La CJUE ou l'anticyclone européen (À propos de la neutralité religieuse dans l'entreprise privée)*, in *Revue de droit du travail*, 2017, n. 6, pp. 422-425; S. ROBIN-OLIVIER, *Neutraliser la religion dans l'entreprise?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2017, n. 2, pp. 201-228; L. SALVADEGO, *Il divieto per i dipendenti di imprese private di esibire simboli religiosi all'esame della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, n. 100, pp. 808-826; J.H.H. WEILER, *Je suis Achbita*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2018, n. 4, pp. 1113-1143; M.T. KARAYIGIT, *Prevalence of an economic right / freedom over a social right in a horizontal litigation once again: Case C-157/15 Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. G4S Secure*, in *European Public Law*, 2021, n. 27, pp. 733-758.

cita per danni la GS4 dinanzi ai giudici belgi, rimanendo soccombente nei primi due gradi di giudizio. La Corte di cassazione belga, investita della controversia, decide di deferire alla Corte di giustizia una pronuncia pregiudiziale al fine di verificare se una norma interna di un'impresa privata che proibisce l'uso del velo islamico da parte dei dipendenti che entrano in contatto con i clienti violi il divieto di discriminazione religiosa sul luogo di lavoro ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. a) della Direttiva, ossia il divieto di discriminazione diretta.

Nello specifico, la Corte di giustizia ritiene che tale norma interna non introduca una differenza di trattamento basata direttamente sulla religione o sul credo, in quanto tratta tutti i lavoratori allo stesso modo imponendo loro, in modo generale e indifferenziato, tra l'altro, di vestirsi in modo neutro (par. 30). La Corte valuta, quindi, sebbene non richiesta, se si possa trattare di una discriminazione indiretta che possa essere giustificabile e, pur rinviando al giudice nazionale la competenza di accertamento, ritiene che: per quanto riguarda il requisito dell'esistenza di una finalità legittima, la volontà di mostrare, nei rapporti con i clienti sia pubblici che privati, una politica di neutralità politica, filosofica o religiosa, deve essere considerata legittima¹⁹; la volontà di un datore di lavoro di dare ai clienti un'immagine di neutralità rientra nella libertà d'impresa, riconosciuta dall'art. 16 della Carta, ed ha, in linea di principio, carattere legittimo, in particolare qualora il datore di lavoro coinvolga nel perseguimento di tale obiettivo soltanto i dipendenti che si suppone entrino in contatto con i clienti del medesimo; tale interpretazione è del resto suffragata dalla giurisprudenza della Corte EDU relativa all'art. 9 della CEDU nel caso *Eweida e altri c. Regno Unito*.

È interessante notare che, a seguito dell'interpretazione della Corte di giustizia, la Corte di cassazione belga, con sentenza del 9 ottobre 2017, respinge l'ipotesi della discriminazione diretta e condivide la

¹⁹ Secondo E. HOWARD, *Islamic headscarves and the CJEU: Achbita and Bougnaoui*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, n. 3, pp. 348-366, la Corte di giustizia ha scelto di applicare una discriminazione indiretta e un criterio di giustificazione molto indulgente. V. anche G. PITT, *Keeping the Faith: Trends and Tensions in Religion or Belief Discrimination*, in *Industrial Law Journal*, 2011, n. 4, pp. 384-404.

possibilità di un abuso nel licenziamento per discriminazione indiretta, ribaltando così la sentenza del tribunale del lavoro di Anversa del 9 marzo 2015 e deferendo il caso al tribunale del lavoro di Gand. Il 12 ottobre 2020, il tribunale del lavoro di Gand conclude per la non discriminazione nel caso *Achbita*, ritenendo che una politica di neutralità non svantaggia le donne musulmane che vogliono indossare il velo più degli altri lavoratori, né la società G4S sarebbe tenuta ad esaminare alternative come il trasferimento per ricoprire mansioni senza il contatto con i clienti.

Un aspetto importante che emerge da tale caso è la natura della giustificazione della discriminazione, ma anche la confusione sul tipo di discriminazione stessa. Dalla lettura delle conclusioni dell'Avvocato generale Kokott²⁰ si comprende che il rispetto di un determinato codice di abbigliamento, potrebbe configurare un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, giustificabile per motivi puramente economici, nella misura in cui la quintessenza di tale disposizione (nella specie art. 4, par. 1, Direttiva) sarebbe proprio quella di giustificare le differenze di trattamento per motivi economici – o più precisamente commerciali – anche se solo a condizioni rigorose stabilite dal legislatore dell'Unione. Nonostante, l'Avvocato valuti che il divieto di indossare il velo islamico possa essere considerato un vero e proprio requisito professionale da determinarsi secondo criteri oggettivi tenendo conto di tutte le circostanze pertinenti del caso in questione²¹, ammette che al datore di lavoro deve essere accordato un potere discrezionale imprenditoriale, il quale trova il suo fondamento nel diritto fondamentale alla libertà d'impresa (articolo 16 della Carta) e che, rientra in tale libertà, la sua “facoltà di stabilire, in linea di princi-

²⁰ Cfr., conclusioni dell'Avvocato generale J. KOKOTT, presentate il 31 maggio 2016, nella causa C-157/15, *Samira Achbita e Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding/G4S Secure Solutions NV*, par. 81.

²¹ Cfr., conclusioni dell'Avvocato generale J. KOKOTT, cit.: “*Ciò premesso, in base ad una valutazione oggettiva e tenuto conto del potere discrezionale imprenditoriale, non sembra affatto irragionevole che una receptionist come la sig.ra Achbita sia tenuta ad esercitare la sua attività nel rispetto di un determinato codice di abbigliamento, nella specie rinunciando al suo velo islamico. Un divieto come quello disposto dalla G4S può essere considerato un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 2000/78*” (par. 84).

pio, le modalità e il contesto in cui devono essere organizzati ed espletati i lavori che devono essere svolti in un'azienda, nonché la forma in cui i suoi prodotti e servizi vengono offerti”.

Secondo questa interpretazione, il diritto alla libertà religiosa sarebbe ancora più limitato nel caso di datori di lavoro privati che vietano di indossare qualsiasi indumento religioso spacciandolo per una politica di neutralità per proteggere i loro affari. Lo stesso Avvocato generale Kokott, ricordando che la religione costituisce, per molte persone, una parte importante della propria identità personale, sottolinea che anche se un dipendente non può invocare direttamente la libertà di religione nei confronti del suo datore di lavoro privato, poiché tale libertà è vincolante solo per le istituzioni dell'UE e – nell'attuazione del diritto dell'UE – per gli Stati membri, questo diritto fondamentale è l'espressione del sistema di valori su cui si fonda l'Unione europea. Di conseguenza, i valori espressi dalla libertà di religione si ripercuotono, a suo avviso, almeno indirettamente, anche sui rapporti di lavoro privati. Ciononostante, ci sembra che l'ampiezza e l'indeterminatezza del concetto di politica di neutralità, i diversi ordinamenti giuridici nazionali, così come le regole interne e/o le prassi delle imprese private, nonché la stessa configurabilità del “tipo” di discriminazione, lascino, almeno dopo questa sentenza, del tutto incerta la protezione del diritto alla libertà religiosa sul luogo di lavoro.

2.2. Discriminazione versus “requisiti professionali reali o oggettivi” nel caso Bougnaoui

Ed infatti, la confusione tra i tipi di discriminazione nel caso di datori di lavoro che vietano l'abbigliamento religioso trova conferma quando la signora Bougnaoui, ufficialmente impiegata presso la società Micropole, riceve una lettera di licenziamento a causa del suo rifiuto di togliersi il velo islamico dopo un reclamo da parte di un cliente per il fatto che lo indossava sul posto di lavoro. In particolare, la Sig.ra Bougnaoui, che indossava al momento dell'assunzione come ingegnere progettista il velo islamico, era stata avvertita della possibilità di rimuoverlo quando sarebbe stata a contatto con i clienti della società. In risposta al licenziamento, la donna intenta una causa presso il Tribunale del lavoro in Francia, che giunge alla Corte di cassazione e poi alla

Corte di giustizia²². Più specificamente, la Corte di Cassazione francese chiede alla Corte di Lussemburgo “se il desiderio di un cliente di una società di consulenza informatica che i servizi informatici di quest’ultima non siano più garantiti da una dipendente, ingegnere progettista, che indossa un velo islamico costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell’attività lavorativa”, ai sensi della Direttiva 78/2000/CE²³. È da notare che, al contrario, l’Avvocato generale Sharpston afferma che si tratti di discriminazione diretta²⁴. Tuttavia, poiché non è chiaro se la domanda del giudice del rinvio si basasse su una constatazione di discriminazione diretta o indiretta, la Corte di giustizia limita la decisione alla domanda presentata, esaminando brevemente l’ipotesi di discriminazione indiretta, la cui determinazione è sempre di competenza dei giudici nazionali.

Il primo problema che emerge in questo caso è in quali circostanze indossare abiti religiosi può essere considerato un requisito essenziale per la prestazione lavorativa. La Corte richiamando l’art. 4, par. 1, del-

²² Corte di giustizia, Grande Sezione, *Bouagnaoui*, cit., sui cui v., tra gli altri, E. BRIBOSIA, I. RORIVE, ISABELLE, *Affaires Achbita et Bouagnaoui: entre neutralité et préjugés*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2017, n. 112, pp. 1017-1037.

²³ Cfr. L. VICKERS, *Headscarves and the Court of Justice of the EU: Discrimination and Genuine Occupational Requirements*, in *International Labor Rights Case Law*, 2017, n. 3, pp. 413-418.

²⁴ Così le conclusioni dell’Avvocato generale E. SHARPSTON, presentate il 13 luglio 2016, nella causa C-188/15, *Asma Bouagnaoui e Association de défense des droits de l’homme (ADDH) contro Micropole Sai*: “Tuttavia, non vedo come i motivi che la Micropole sembra addurre ..., vale a dire l’interesse commerciale della sua impresa nei rapporti con i clienti, possano giustificare l’applicazione della deroga di cui all’articolo 4, paragrafo 1. Come giustamente osservato dalla Commissione, in primo luogo, la Corte ha dichiarato che la discriminazione diretta (quale è stata a mio avviso quella in esame) non può trovare giustificazione in motivi relativi al danno finanziario che potrebbe derivarne per il datore di lavoro. In secondo luogo, sebbene la libertà di iniziativa privata costituisca uno dei principi generali del diritto dell’Unione e sia attualmente sancita dall’articolo 16 della Carta, la Corte ha dichiarato che tale libertà «non costituisce una prerogativa assoluta, ma va considerat[a] alla luce della sua funzione sociale (...). In tal senso, possono essere apportate limitazioni all’esercizio di tale libertà purché, conformemente all’articolo 52, paragrafo 1, della Carta, siano previste dalla legge e, nel rispetto del principio di proporzionalità, siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui” (par. 100).

la Direttiva 2000/78, ritiene che: non è il motivo su cui si basa la disparità di trattamento, ma una caratteristica relativa a tale motivo che deve costituire un requisito professionale effettivo e determinante; è solo in casi strettamente limitati che una caratteristica collegata, in particolare, alla religione può costituire un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa" (par. 38); inoltre, chiarisce che, ai sensi di tale disposizione, si tratta di un requisito oggettivamente dettato dalla natura delle attività professionali interessate o dal contesto in cui vengono svolte. Non può, tuttavia, coprire considerazioni soggettive, come la disponibilità del datore di lavoro a tener conto dei desideri particolari del cliente. In più va evidenziato che, in tale caso, i regolamenti interni dell'azienda non prevedevano clausole di neutralità che vietassero l'uso visibile di qualsiasi simbolo politico, filosofico o religioso sul posto di lavoro. Il divieto di indossare il velo islamico quando il dipendente è entrato in contatto con i clienti è derivato solo da un ordine verbale e mirato a uno specifico simbolo religioso.

La seconda questione che si pone è se l'ordine del datore di lavoro di rimuovere il velo islamico, derivante dalla volontà di un cliente, privi il licenziamento della sua natura discriminatoria. Questa questione ha interessato anche l'Avvocato generale Sharpston, che ha ritenuto che la Corte fosse chiamata a riflettere sull'impatto delle norme antidiscriminatorie del diritto dell'Unione sull'uso di abiti religiosi nel particolare contesto di un rapporto di lavoro nel settore privato. Le riflessioni dell'Avvocato generale Sharpston differiscono da quelle dell'Avvocato generale Kokott nella causa *Achbita*. In particolare, l'Avvocato Sharpston non riesce a vedere alcun fondamento sulla base degli interessi commerciali dell'impresa nei suoi rapporti con i clienti, adottati dalla società privata nella lettera di licenziamento, che potesse giustificare l'applicazione della deroga dell'art. 4, par. 1, anche perché una simile interpretazione della società privata (Micropole) rischierebbe, a suo avviso, di "normalizzare" la deroga prevista dalla disposizione, che dovrebbe essere applicata solo nelle circostanze più limitate. Pertanto, conclude che non si può affermare che l'art. 4, par. 1, della Direttiva 2000/78 si applichi alle attività svolte dalla sig.ra Bougnaoui in qualità di dipendente della Micropole, in quanto "Nulla nell'ordinanza di rinvio o nelle informazioni fornite alla Corte sembra indicare che l'interessata non fosse in grado, in quanto indossava il velo isla-

mico, di espletare le sue mansioni di ingegnere progettista – anzi, la lettera di licenziamento fa espressamente riferimento alle sue competenze professionali”.

Analogamente, la Corte di giustizia conclude escludendo che i desideri di un cliente possano costituire un requisito della prestazione professionale; interpretazione che la Corte di cassazione francese fa propria, annullando con sentenza del 22 novembre 2017 la decisione della Corte d’appello del 13 aprile 2013 e assumendo una posizione più chiara in tema di discriminazione per motivi di religione. Più specificamente, partendo dalla considerazione che l’obiettivo di una società commerciale è quello di realizzare il proprio oggetto sociale fornendo ai propri clienti prodotti o servizi soddisfacenti tenendo conto della diversità dei clienti e delle loro convinzioni, il giudice del rinvio ritiene naturale imporre ai dipendenti a contatto con i clienti un obbligo di discrezione che rispetti le convinzioni di tutti. Tuttavia, la restrizione che ne deriva deve essere giustificata dalla natura dell’incarico svolto e proporzionata all’obiettivo perseguito. Sulla base di tali premesse, la Corte francese conclude che, astenendosi da ogni puntuale analisi della natura dell’incarico affidato alla sig.ra Bougnaoui, la Corte d’appello aveva privato la propria decisione di ogni fondamento giuridico²⁵.

3. Il bilanciamento della libertà religiosa con gli altri diritti fondamentali nei casi congiunti Wabe e Müller

La questione del velo islamico sul luogo di lavoro si ripropone nel-

²⁵ La *Cour de cassation, civile (Chambre sociale, 22 novembre 2017, 13-19.855, Publié au bulletin)* ha affermato: “*L’interdiction faite à la salariée de porter le foulard islamique dans ses contacts avec les clients résultait seulement d’un ordre oral donné à une salariée et visant un signe religieux déterminé, ce dont il résultait l’existence d’une discrimination directement fondée sur les convictions religieuses, et alors qu’il résulte de l’arrêt de la Cour de justice en réponse à la question préjudicielle posée que la volonté d’un employeur de tenir compte des souhaits d’un client de ne plus voir les services dudit employeur assurés par une salariée portant un foulard islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de l’article 4, § 1, de la directive du 27 novembre 2000*”.

le cause riunite C-804/18 e C-341/19²⁶, la Corte di giustizia tratta congiuntamente due rinvii pregiudiziali proposti da tribunali tedeschi, rispettivamente il tribunale del lavoro di Amburgo e la corte federale del lavoro. Le cause in questione consentono alla Corte di fornire importanti precisazioni con riferimento al test di proporzionalità a cui assoggettare la cd. politica di neutralità dei datori di lavoro da parte dei

²⁶ Corte di giustizia, Grande Sezione, IX, cit., su cui v., tra gli altri, E. FRANTZIOU, *Joined cases C-804/18 and C-341/19, IX v WABE eV and MH Muller Handels GmbH v MJ: religious neutrality in a private workplace? Employer friendly and far from neutral*, in *European Law Review*, 2021, n. 5, pp. 674-684; E. HOWARD, *Headscarf-wearing employees and the CJEU: what employers can and cannot do: joint cases C-804/18 IX v Wabe e V. and C-341/19 MH Müller Handels GmbH v MJ*, in *ERA-Forum: scripta iuris europaei*, 2021, n. 22, pp. 687-698; M. MINÉ, *Arrêt «WABE et MH Müller Handel»: la limitation de la liberté d'expression religieuse au travail (CJUE, 15 juillet 2021, C-804/18 et C-341/19)*, in *Journal de droit européen*, 2021, n. 9, pp. 421-423; V. PINTO, *Corte di giustizia e velo islamico: il punto su discriminazione e politiche aziendali di neutralità religiosa: cause riunite C-804/18 e C-341/19*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2021, n. 4, pp. 801-812; D. SIMON, A. RIGAUX, *Droits fondamentaux - Signes religieux ostensibles*, in *Europe*, 2021, n. 10, comm., p. 328 ss.; A. DJELASSI, R. MERTENS, S. WATTIER, *Principe de neutralité dans les entreprises privées: la Cour de justice étouffe sa jurisprudence relative à l'interdiction des signes religieux*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2022, n. 130, pp. 373-395; T. DULLINGER, *Islamisches Kopftuch: Gleichbehandlungsrechtliche Grenzen: EuGH 15. 7. 2021, C-804/18 und C-341/19, WABE und MH Müller Handel*, in *Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht*, 2022, pp. 92-95; M. FERRI, *The interplay between religious discrimination in the workplace and fundamental rights: the cherry-pick approach of the EU Court of Justice*, in *rivista.eurojus.it*, 2022, n. 1, p. 291 ss.; E. HOWARD, *Headscarves and the CJEU: protecting fundamental rights and pandering to prejudice, the CJEU does both: joined cases C-804/18 and C-341/19, C-157/15, C-188/15*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2022, n. 29, pp. 245-262; A.-K. KLUS, *Intersektionelle Diskriminierung im Kontext des europäischen Antidiskriminierungsrechts: Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 15.7.2021: C-804/18 und C-341/19: Rechtssachen WABE und MH Müller Handel*, in *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2022, n. 1, pp. 73-86; J. MULDER, *Religious neutrality policies at the workplace: tangling the concept of direct and indirect religious discrimination: joined cases C-804/18 and C-341/19, IX v. WABE eV and MH Müller*, in *Common Market Law Review*, 2022, n. 5, pp. 1501-1522; S. ROBIN-OLIVIER, *Chronique Politique sociale de l'UE - Discriminations au travail*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2022, n. 2, pp. 296-304; C. SCHUBERT, *Neutralitätspolitik privater Unternehmen in den Grenzen des Antidiskriminierungsrechts: Besprechungsaufsatz zum EuGH-Urt. v. 15.7.2021: C-804/18, C-341/19*, in *Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2022, n. 4, pp. 441-451.

giudici nazionali ed anche di valutarne la giustificabilità nei rapporti di lavoro privati alla luce della già richiamata libertà d'impresa, ma (quali aspetti aggiuntivi rispetto altre precedenti pronunce) nel bilanciamento con gli altri diritti fondamentali che vengono in gioco nel caso controverso ed in relazione alla "considerazione" della libertà religiosa negli ordinamenti degli Stati membri ed al livello di protezione nazionale. Tanto, secondo alcuni, riconoscendo una scarsa protezione alla libertà religiosa, in particolare rispetto agli standard sviluppati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, e senza giungere ad identificare uno standard comune di tutela a livello europeo per la finalità di evitare l'insorgere di ulteriori contrasti con le corti costituzionali nazionali²⁷.

Procedendo con ordine, la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta nella causa C-804/18 viene presentata nell'ambito di una controversia tra la WABE, un'associazione registrata in Germania che gestisce numerosi asili nido, in merito alla sospensione dell'educatrice specializzata IX dalle sue funzioni a seguito del suo rifiuto di rispettare il divieto imposto ai suoi dipendenti di indossare sul luogo di lavoro qualsiasi segno visibile di natura politica, filosofica o religiosa quando sono a contatto con i genitori o i loro figli. La controversia in questione consente alla Corte di giustizia, dopo aver escluso che si tratti di discriminazione diretta, di valutare la configurabilità della discriminazione indiretta e, ribadendo i *dicta* precedenti, di porre, quanto meno, dei "paletti" alla libertà di impresa che giustificerebbe la cd. politica di neutralità. La Corte, infatti, ribadendo che la politica di neutralità ha una finalità legittima solo se corrisponde ad un'esigenza reale del datore di lavoro, che spetta a quest'ultimo dimostrare, precisa che: al fine di accertare tale esigenza reale, si può tener conto, in particolare, dei diritti e delle legittime aspettative dei clienti o degli utenti. Ciò varrebbe, come nel caso di specie, per il diritto dei genitori di provvedere all'educazione e all'istruzione dei loro figli secondo le loro convinzioni religiose, filosofiche e pedagogiche riconosciuto all'art. 14 della Carta;

²⁷ Cfr. M. SCHLACHTER, *Reflections on joined cases WABE and Müller: the CJEU's legal tests for private employers' religious neutrality policies*, disponibile all'indirizzo <https://www.italianequalitynetwork.it/reflections-on-joined-cases-c-804-18-and-c-341-19-wabe-and-muller-handels-gmbh-the-cjeus-legal-tests-for-private-employers-religious-neutrality-policies?action=genpdf&id=1702>.

il datore di lavoro deve fornire la prova del fatto che, in assenza di una tale politica di neutralità sarebbe violata la sua libertà di impresa, riconosciuta all'art. 16 della Carta, dal momento che, tenuto conto della natura delle sue attività o del contesto in cui esse si inscrivono, egli subirebbe conseguenze sfavorevoli; tale politica deve essere realmente perseguita in modo coerente e sistematico, ed il divieto di indossare qualsiasi segno visibile di convinzioni politiche, filosofiche e religiose deve limitarsi allo stretto necessario.

Nella domanda di pronuncia pregiudiziale proposta, invece, nella causa C-341/19 nell'ambito di una controversia tra la MH Müller Handels GmbH, società che gestisce una catena di drogherie nel territorio tedesco, e MJ, una sua dipendente, in merito alla legalità dell'ingiunzione rivolta dalla MH a quest'ultima di astenersi dall'indossare, sul luogo di lavoro, segni vistosi e di grandi dimensioni di natura politica, filosofica o religiosa, la Corte di giustizia ha l'occasione di fornire ulteriori indicazioni importanti, richiamando anche le osservazioni della Commissione europea. Nello specifico la Corte precisa che: il riferimento nel divieto ai soli segni vistosi può dare luogo ad una discriminazione diretta; nel caso in cui non venga accertata una discriminazione diretta, potrebbe configurarsi una discriminazione indiretta che deve essere oggettivamente giustificabile; la prevenzione dei conflitti sociali e la presentazione del datore di lavoro in modo neutrale nei confronti dei clienti possono configurare un'esigenza reale del datore di lavoro, circostanza che incombe sempre a quest'ultimo dimostrare, ma tali finalità sono coerentemente perseguite se non è ammessa alcuna manifestazione visibile di convinzioni politiche, filosofiche o religiose quando i lavoratori sono a contatto con i clienti o tra di loro, senza eccezioni nemmeno per segni di piccole dimensioni.

In aggiunta, la Corte procede all'interpretazione della Direttiva alla luce dei diversi diritti e libertà coinvolte, rimettendo al giudice nazionale l'operazione di bilanciamento tra gli stessi. Entrambe le cause, inoltre, ponevano un quesito che, sebbene argomentato in modo diverso²⁸, nella sostanza chiedeva alla Corte di giustizia se la normativa di

²⁸ La prima riguarda: “*se la direttiva 2000/78 e/o il diritto fondamentale di libertà d'impresa ai sensi dell'articolo 16 della [Carta] ostino, alla luce dell'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 2000/78, a una disciplina nazionale secondo la quale, a tutela del diritto*

rango costituzionale tedesca potesse intendersi come norma più favorevole e, quindi, tale da prevalere sulla Direttiva ai sensi dell'art. 8, par. 1²⁹ nell'ambito dell'esame del carattere appropriato di una differenza di trattamento indirettamente fondata sulla religione. La Corte precisa che tale Direttiva: lascia un margine di discrezionalità agli Stati membri, tenuto conto della diversità dei loro approcci quanto al ruolo che essi attribuiscono, al loro interno, alla religione o alle convinzioni personali (sempre sotto il controllo del giudice dell'Unione); il legislatore dell'Unione non ha effettuato esso stesso la necessaria conciliazione tra la libertà di pensiero, di convinzione e di religione, da un lato, e gli obiettivi legittimi che possono essere invocati a giustificazione di una disparità di trattamento, ai sensi dell'articolo 2, par. 2, lettera b), i), di tale Direttiva, dall'altro, ma ha lasciato il compito di procedere a tale conciliazione agli Stati membri e ai loro giudici. Tanto, ad avviso della Corte, consente di tener conto del contesto specifico di ciascuno Stato membro e di riconoscere a ciascuno di essi un margine di discrezionalità nell'ambito della necessaria conciliazione dei diversi diritti e interessi in gioco, al fine di assicurare un giusto equilibrio tra questi ultimi, di modo che le disposizioni nazionali che tutelano la libertà religiosa possono essere prese in considerazione come disposizioni più favorevoli.

Pertanto, la sentenza della Corte nella causa *Wabe e Müller* sicuramente rappresenta un tassello importante, perché chiarisce una serie

fondamentale di libertà di religione, il divieto di indumenti religiosi possa essere giustificato non già in base all'idoneità astratta a mettere a rischio la neutralità del datore di lavoro, bensì solo in ragione di un pericolo sufficientemente concreto, e in particolare di una minaccia concreta di un danno economico per il datore di lavoro o un terzo interessato". La seconda, invece, concerne: "se l'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva [2000/78] debba essere interpretato nel senso che le norme nazionali di rango costituzionale che tutelano la libertà di religione possano essere considerate disposizioni più favorevoli ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva [2000/78], per stabilire se un'accertata disparità di trattamento indiretta, fondata sulla religione, sia ragionevolmente giustificata sulla base di una norma interna di un'impresa privata che vieta di indossare segni vistosi e [di grandi dimensioni] di convinzioni religiose, politiche e di altro carattere ideologico".

²⁹ L'art. 8, rubricato Requisiti minimi, sancisce al par. 1 che: "Gli Stati membri possono introdurre o mantenere, per quanto riguarda il principio della parità di trattamento, disposizioni più favorevoli di quelle previste nella presente direttiva".

di questioni rimaste in sospeso nelle precedenti sentenze *Achbita e Bougnaoui*. Specificamente, essa introduce un test di giustificazione per la discriminazione indiretta più rigoroso attraverso un onere della prova più elevato per il datore di lavoro nella giustificazione della sua politica di neutralità. Tuttavia, pur ammettendo che una norma interna ad un'azienda come quella nella causa principale è certamente idonea ad arrecare "particolare disagio" ai lavoratori che seguono determinati precetti religiosi che impongono un certo orientamento, secondo la Corte essa non sarebbe inscindibilmente legata alla religione o alle convinzioni personali, perché la sua applicazione nei confronti di IX è avvenuta senza alcuna distinzione rispetto agli altri lavoratori della WABE (parr. 52, 53 e 54). In questo caso, la Corte fa proprie le conclusioni dell'Avvocato generale Rantos, non dando rilievo alle condizioni soggettive dei lavoratori colpiti dal divieto, fondandosi la discriminazione solo su una valutazione oggettiva³⁰. Inoltre, la Corte rimanda ai giudici nazionali per il bilanciamento tra diritti coinvolti, ma non fuga i dubbi sulla questione della comparabilità delle "situazioni"³¹ che potrebbero determinare in concreto una diversa applicazione

³⁰ Cfr. le Conclusioni dell'Avvocato generale A. RANTOS, presentate il 25 febbraio 2021, nelle cause riunite C-804/18 e C-341/19, *IX contro WABE eV e MH Müller Handels GmbH contro MJ*, nella parte in cui afferma che l'accertamento, che la norma che pone il divieto di indossare qualsiasi indumento religioso costituisca una discriminazione, richiede una valutazione oggettiva, non essendo rimessa alle considerazioni soggettive dei lavoratori coinvolti (par. 54).

³¹ A ben vedere, la Corte si era già pronunciata su questo punto nella sentenza *WABE* nella parte in cui afferma che: "... l'articolo 1 della direttiva 2000/78 cita allo stesso titolo la religione e le convinzioni personali, al pari dell'articolo 19 TFUE, ai sensi del quale il legislatore dell'Unione può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate, tra l'altro, sulla «religione o le convinzioni personali», o l'articolo 21 della Carta, che, tra i diversi motivi di discriminazione che esso cita, prende in considerazione «la religione o le convinzioni personali». Ne consegue che, ai fini dell'applicazione della direttiva 2000/78, i termini «religione» e «convinzioni personali» vanno trattati come due facce dello stesso e unico motivo di discriminazione. Come risulta dall'articolo 21 della Carta, il motivo di discriminazione fondato sulla religione o sulle convinzioni personali deve essere distinto dal motivo attinente alle «opinioni politiche o [a] qualsiasi altra opinione» e pertanto include tanto le convinzioni religiose quanto le convinzioni filosofiche o spirituali", par. 47.

della regola controversa tra i dipendenti; dubbi che vengono, invece, sollevati dal giudice del rinvio nel successivo caso *L.F.*³².

4. *La questione della comparabilità delle “situazioni” nella valutazione della discriminazione nel caso L.F.*

Così, quando ad una donna *L.F.*, di confessione musulmana che indossa il velo islamico, viene rifiutato un tirocinio presso una società cooperativa belga a responsabilità limitata, la *S.C.R.L.*, perché, durante il colloquio di assunzione, aveva dichiarato che non si sarebbe tolta il velo per rispettare la cd. politica di neutralità dell'azienda, che impone ai lavoratori di “non manifestare in alcun modo, né con le parole né con l'abbigliamento (...) le proprie convinzioni religiose, filosofiche o politiche”³³, il Tribunale del lavoro di Bruxelles di lingua francese, a cui la donna si era rivolta proponendo un'azione inibitoria, sospende il procedimento principale e rinvia alla Corte di giustizia una serie di questioni pregiudiziali. Il giudice nazionale coglie l'occasione per manifestare alcune perplessità con riferimento alla sentenza *Achbita* ed all'interpretazione di discriminazione diretta ivi elaborata dalla Corte, che, a suo avviso, pone un “problema serio”: nella sostanza si chiede se l'applicabilità della regola controversa a tutti i lavoratori, che esclude secondo la Corte di giustizia, la configurabilità della discriminazione

³² Corte di giustizia, sentenza del 13 ottobre 2022, *L.F. c. S.C.R.L.* causa C-344/20, su cui, v., tra gli altri, A. LICASTRO, *Ancora in tema di porto del velo islamico e discriminazione della lavoratrice nelle aziende private*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, 2022, n. 22, reperibile su <https://riviste.unimi.it/index.php/statoechiese/article/view/19581>; A. RIGAUX, *Droits fondamentaux - Signes religieux*, in *Europe*, 2022, n. 12, comm. p. 409 e C.-A. CHASSIN, S. LECLERC, *Le port des signes religieux au travail: convergences européennes*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2023, n. 1, pp. 205-217.

³³ Dalla sentenza si evince che nonostante, la lavoratrice avesse reiterato la sua domanda di tirocinio, offrendosi di indossare un altro tipo di copricapo, l'azienda continuava a rifiutarsi di assumerla sostenendo che non era consentito alcun tipo di copricapo, nemmeno un berretto o un cappello. Pertanto, dopo aver segnalato una discriminazione presso l'ente pubblico indipendente competente per la lotta contro la discriminazione e dopo scambi di corrispondenza tra tale organismo e *S.C.R.L.*, la ricorrente agiva in via cautelare.

diretta, lasci un margine di discrezionalità al giudice nazionale o lo privi di ogni possibilità di valutare in concreto la comparabilità delle situazioni per determinare se vi sia discriminazione. Ancora, lo stesso giudice si chiede, richiamando le sentenze *Achbita* e *Bougnaoui* in cui sembra che la Corte abbia inteso istituire un solo criterio protetto, costituito dalle convinzioni religiose o personali – di modo che non sarebbe necessario distinguere tra tali criteri –, se ciò non ridurrebbe significativamente l’ambito di ricerca della persona di riferimento ai fini dell’esame della comparabilità delle situazioni nel contesto della valutazione dell’esistenza di una discriminazione diretta. Inoltre, lo stesso si chiede se disposizioni nazionali che accordano una protezione separata alle convinzioni religiose, filosofiche e politiche al fine di rafforzare il grado di tale protezione non possano essere considerate disposizioni più favorevoli di quelle previste dalla Direttiva, di cui al suo art. 8, par. 1. Conclude, poi, con una serie di ipotesi in cui si potrebbero configurare, a suo avviso, discriminazioni dirette stante la disparità di trattamento che potrebbe conseguire dall’attuazione concreta della regola, contenuta nel codice disciplinare di un’impresa, come quella in discussione.

Ebbene, la Corte di giustizia liquida le questioni, ribadendo subito, come già detto nella sentenza *WABE*, che i termini religione e convinzioni personali vanno trattati come due facce “dello stesso e unico motivo di discriminazione”. Essa, poi, ritiene, come ha “ripetutamente dichiarato”, che non si configuri una discriminazione diretta, perché la regola riguarda il divieto di indossare non solo segni vistosi, come nel caso *Müller*, ma qualsiasi segno visibile di convinzioni politiche, filosofiche o religiose sul luogo di lavoro, e purché sia applicata in maniera generale e indiscriminata a tutti i lavoratori in modo da non istituire una differenza di trattamento fondata su un criterio inscindibilmente legato alla religione o a tali convinzioni personali (par. 34). È da segnalare che l’Avvocato generale Medina, valutando nelle sue conclusioni se la comparabilità tra le situazioni dovesse avvenire all’interno del gruppo (convinzioni religiose) o tra gruppi (convinzioni religiose, personali, filosofiche), paventa la possibilità che l’applicazione della regola controversa costituisca una discriminazione diretta per i lavoratori vincolati da prescrizioni religiose in materia di abbigliamento, anche perché, come la stessa rileva, essi “non sarebbero in grado di soddisfa-

re i requisiti di tale norma se non rinunciando all'osservanza degli obblighi prescritti dalla loro fede" (par. 42).

La Corte richiama, poi, la questione della configurabilità della discriminazione indiretta, che secondo la sua giurisprudenza "costante", non si configura qualora soddisfi le condizioni già evidenziate nella sentenza *WABE* e *Müller*, e, in particolare, risponda ad un'esigenza reale del datore di lavoro, che lui deve dimostrare. Aggiunge dopo che: "tale interpretazione è ispirata dall'intento di incoraggiare per principio la tolleranza e il rispetto, nonché l'accettazione di un maggior grado di diversità e di evitare uno sviamento della creazione di una politica di neutralità all'interno dell'impresa a danno dei dipendenti che rispettano precetti religiosi che impongono di portare una determinata tenuta di vestiario". Tuttavia, tale affermazione della Corte si basa sull'ampliamento della cerchia dei soggetti da comparare ai fini della verifica di una discriminazione, non limitata solo a coloro che siano in possesso della stessa caratteristica (convinzioni religiose) e sull'esclusione "apriori" della configurabilità di una discriminazione diretta, nonostante le lucide osservazioni dell'Avvocato Generale sulla distinzione tra i due tipi di discriminazione³⁴, sulla cerchia dei soggetti ai fini

³⁴ Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale L. MEDINA, cit., nella parte in cui afferma: "*Vorrei ora aggiungere che la constatazione del fatto che una regola di neutralità interna determina una discriminazione diretta o, in alternativa, una discriminazione indiretta, si basa anche su due punti di vista opposti su come affrontare il pregiudizio nei confronti delle differenze derivanti dalla religione o dalle convinzioni religiose nella società. In sostanza, un approccio basato dalla «discriminazione diretta» presuppone la normalizzazione di tali differenze sul posto di lavoro attraverso un controllo più rigoroso dei pregiudizi. Esso muove dal presupposto che le differenze derivanti dalla religione e dalle convinzioni religiose sono affrontate in modo migliore promuovendo la tolleranza e il rispetto, il che a sua volta si traduce nell'accettazione di un maggior grado di diversità. Al contrario, un approccio caratterizzato dalla «discriminazione indiretta» presuppone l'esigenza di tollerare un determinato grado di pregiudizio del pubblico rispetto alle differenze religiose, ove si dimostri che l'azienda interessata potrebbe altrimenti subire gravi conseguenze economiche sfavorevoli. Si ritiene che le differenze derivanti dalla religione e dalle convinzioni religiose, in tale contesto, possano essere affrontate in modo migliore sul posto di lavoro promuovendo l'uniformità attraverso il divieto generalizzato derivante da una regola di neutralità interna*" (par. 59).

della comparazione³⁵ e sull'opportunità di consentire che disposizioni nazionali considerino le convenzioni religiose come motivo autonomo di discriminazione³⁶.

Viceversa, anche su questo punto, relativo al margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri per introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli di quelle fissate nella Direttiva 2000/78, ai sensi dell'art. 8, par. 1, la Corte, richiamando quanto già statuito nella sentenza *WABE e Müller*, ricorda che la Direttiva non impedisce agli Stati membri di legiferare per attribuire alla libertà di manifestare una religione o un credo un'importanza maggiore rispetto ad altre libertà, come ad esempio la libertà di condurre un'impresa, ma non "può estendersi fino a consentire a questi ultimi o ai giudici nazionali di scindere, in vari motivi, uno dei motivi di discriminazione elencati tassativamente all'articolo 1 della direttiva 2000/78, salvo mettere in discussione il testo, il contesto e la finalità di tale motivo e pregiudicare l'effetto utile del quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro istituito da tale direttiva. Infatti, poiché il motivo di discriminazione costituito dalla «religione o le convinzioni personali» copre tutti i dipendenti allo stesso modo, un approccio segmentato di tale motivo, avrebbe la conseguenza di creare sottogruppi di dipendenti e di pregiudicare così il quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro istituito dalla Direttiva" (parr. 54-55)³⁷. Inoltre, la Corte richiamando analogicamente l'ipotesi di discriminazione all'interno di un

³⁵ Cfr., *ibid.*, nella parte in cui afferma che: "*Ne consegue che l'allargamento della cerchia di persone per il confronto all'interno del gruppo favorisce l'uniformità in seno a tale gruppo, attenuando gli aspetti differenzianti che caratterizzano i suoi membri, mentre la restrizione di tale cerchia di persone favorisce la diversità, rendendo maggiormente manifesti tali aspetti differenzianti che richiedono protezione*" (par. 43).

³⁶ Cfr., *ibid.*, par. 67.

³⁷ Ciò, per quanto detto, si discosta dalle conclusioni dell'Avvocato generale Medina, secondo cui tale approccio consentirebbe un maggior grado di protezione contro le disparità di trattamento, facilitando il confronto, ad esempio, tra lavoratori con convinzioni religiose e lavoratori con convinzioni filosofiche non religiose. L'avvocato sottolinea, come già aveva fatto l'Avvocato generale Bobek nella causa *Cresco*, che la scelta di un diverso termine di paragone può dare risposte diverse alla questione dell'esistenza di una discriminazione.

gruppo, di cui alla precedente causa *Szpital Kliniczny*³⁸, esclude che la separazione delle caratteristiche protette della religione, da un lato, e delle convinzioni filosofiche o spirituali, dall'altro, favorisca l'obiettivo del quadro normativo dell'UE sulla parità di trattamento sul lavoro, in quanto ribadisce che una discriminazione basata sulla religione o sulle convinzioni personali, ai sensi di tale Direttiva, può essere constatata solo qualora il trattamento meno favorevole o il particolare svantaggio di cui trattasi venga patito in funzione della religione o delle convinzioni personali. Tanto, nonostante la Corte avesse già riconosciuto nella sentenza *WABE* che, comunque, questi dipendenti subiscono un "particolare disagio".

Infine, la sentenza specifica che la religione e le convinzioni filosofiche o spirituali sono distinte dalle opinioni politiche o da qualsiasi altra opinione, come quelle artistiche o culturali. Questo perché l'art. 1 della Direttiva sulla parità di trattamento contiene un elenco esaustivo di caratteristiche protette, che non include "convinzioni politiche o sindacali" né "convinzioni o preferenze artistiche, sportive, estetiche o di altro tipo". Gli Stati membri dell'UE sono ovviamente liberi di legiferare per proteggere tali convinzioni (come ha fatto il Belgio), ma ciò esula dall'ambito di applicazione della Direttiva.

5. Conclusioni (a margine di un problema "incompreso")

L'analisi delle sentenze qui svolta evidenzia come il tema dell'uso di abiti religiosi sul luogo di lavoro sia emerso solo recentemente in

³⁸ Cfr. Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 26 gennaio 2021, *VL c. Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie*, causa C-16/19, in cui il Tribunale regionale di Cracovia sottopone alla Corte la seguente questione pregiudiziale: "Se l'articolo 2 della direttiva [2000/78] debba essere interpretato nel senso che costituisce una forma di violazione del principio della parità di trattamento una differenziazione di situazioni delle singole persone appartenenti ad un gruppo contraddistinto da una caratteristica protetta (l'handicap), qualora la differenziazione operata dal datore di lavoro avvenga all'interno di tale gruppo in base a un criterio apparentemente neutrale e tale criterio non possa essere oggettivamente giustificato da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento non siano appropriati e necessari".

ambito europeo, in quanto la giurisprudenza della Corte di giustizia ha riguardato principalmente le discriminazioni fondate sul sesso e sull'età³⁹, sebbene la stessa, nella sentenza *L.F.*, la definisca “costante”. I casi analizzati riguardano specificatamente l'uso del velo islamico sul posto di lavoro nell'impiego privato con un'ampia risonanza tra gli studiosi: essi sono, infatti, divenuti oggetto di un dibattito molto delicato nell'ordinamento giuridico dell'Unione per diverse motivazioni facilmente desumibili dal ragionamento della Corte e dalle considerazioni degli avvocati generali. In primo luogo, nella causa *Achbita*, il giudice nazionale ha avanzato l'ipotesi di una discriminazione diretta, ma la Corte di giustizia l'ha esclusa, lasciando aperta la possibilità di una discriminazione indiretta, la cui determinazione da parte dei giudici nazionali consente loro un ampio margine di discrezionalità. In questa occasione, la Corte di giustizia non ha fornito indicazioni chiare agli Stati membri dell'UE. Essa ha, inoltre, deluso le aspettative dell'Avvocato generale Kokott, nella parte in cui chiedeva alla Corte una decisione di principio tale da essere “determinante, al di là del procedimento principale in questione, per la vita lavorativa nel complesso dell'Unione europea, quantomeno nei limiti in cui sia interessato il settore privato” (par. 6).

In secondo luogo, nel ragionamento della Corte, una politica di neutralità applicata indiscriminatamente a tutti i dipendenti non costituisce discriminazione diretta e può prevalere sull'identità religiosa delle donne che indossano abiti religiosi, a meno che non dia luogo a discriminazioni indirette che i giudici nazionali devono sempre accertare. Tale politica, infatti, può incidere non solo sul diritto alla libertà di religione, ma anche sul diritto a non essere licenziati illegittimamente proprio nel caso di impiego privato in cui il datore di lavoro ha, seppur con limitazioni, il diritto di esercitare liberamente la propria attività e di vietare qualsiasi simbolo religioso e/o abbigliamento.

Pertanto, la scelta di un dipendente di indossare abiti religiosi potrà entrare in conflitto con gli interessi economici del datore di lavoro

³⁹ J. MALISZEWSKA-NIENARTOWICZ, *Genuine and Determining Occupational Requirement as an Exception to the Prohibition of Discrimination in EU Law*, in T. GIEGERICH (eds.), *The European Union as Protector and Promoter of Equality. European Union and its Neighbours in a Globalized World*, Berlino, 2020, pp. 199-217.

nella conduzione di un'impresa, atteso che è a discrezione di quest'ultimo richiedere ai lavoratori di comportarsi e vestirsi in modo particolare sul lavoro; ciò a maggior ragione come rilevato dall'Avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni quando il lavoro dei dipendenti interessati li porta a regolari contatti faccia a faccia con i clienti (par. 82). Tuttavia, come sottolinea lo stesso Avvocato, se la religione è una parte importante dell'identità personale di molte persone, essa deve essere considerata quando si cerca di trovare un giusto equilibrio tra gli interessi dei datori di lavoro e dei dipendenti. Una cosa è certa: questa discrezionalità comporta trattamenti diversi che incidono sul diritto all'"identità religiosa"⁴⁰. Se l'indumento religioso non è un ornamento ma un'espressione dell'identità personale, non dovrebbero prevalere né la logica del mercato (come una sorta di competizione tra diritti di pari rango) né la logica degli interessi economici del datore di lavoro.

In terzo luogo, non è chiaro quale sia il "peso" dei desideri dei clienti nel determinare una discriminazione giustificabile. Nel caso *Achbita*, la Corte di giustizia ha ritenuto legittima la volontà di un'azienda di promuovere un'immagine di "neutralità" nei confronti dei clienti purché il divieto sia il risultato di una politica interna chiara e coerente, e solo quando applicato ai lavoratori che entrano in contatto con i clienti. In altre parole, i lavoratori che indossano un indumento religioso quando sono a contatto con i clienti o smettono di indossarlo o possono essere assegnati a mansioni in cui non sono a contatto con il pubblico: questa è la soluzione prospettata dalla Corte di giustizia. Al contrario, nel caso *Bougnaoui*, la stessa Corte ha affermato che, ai sensi del diritto dell'Unione, i desideri dei clienti non possono essere considerati una vera e propria esigenza professionale e, come tali, non possono essere la base su cui i datori di lavoro ordinano ai dipendenti di modificare il proprio abbigliamento. Nel caso *WABE*, la Corte ritiene che la direttiva 2000/78 consenta di tener conto del contesto specifico di ciascuno Stato membro e di riconoscere a ciascuno di essi un margine di discrezionalità nell'ambito della necessaria conciliazione dei diversi diritti e interessi in gioco, al fine di assicurare un giusto

⁴⁰ A. EISENBERG, *Religion as Identity*, in *Law & Ethics of Human Rights*, 2016, n. 10, pp. 295-317.

equilibrio tra questi ultimi, prendendo, quindi, in considerazione le “legittime aspettative” dei clienti o utenti. Pertanto, queste “legittime aspettative” potrebbero, comunque, indurre il datore di lavoro a prendere decisioni “neutrali/discriminatorie” nei confronti dei dipendenti per motivi economici.

Restano, poi, forti dubbi sulla legittimità di qualsiasi politica di neutralità che di fatto colpisca sistematicamente una determinata e ben identificata categoria di soggetti: ossia le donne, ed in particolare le donne appartenenti ad un determinato credo religioso⁴¹. Ci si chiede perché dipendenti con le stesse competenze dovrebbero essere escluse solo perché la loro religione comporta una manifestazione esterna come indossare il velo. Nonostante, le precisazioni della Corte sul test di proporzionalità, a cui dovrebbe sottostare la politica di neutralità del datore di lavoro privato, come evidenziato dall’avvocato Generale Medina nelle sue conclusioni nella causa *L.F.*, “se tali politiche di neutralità dovessero essere generalizzate, le donne musulmane si troverebbero a patire non solo “particolari disagi”, ma un marcato svantaggio nell’accesso al lavoro. Ciò può condurre a sua volta al loro allontanamento dal mercato del lavoro come fonte di sviluppo personale e di integrazione sociale, comportando quindi una discriminazione che va oltre la religione e si estende anche al genere, creando una situazione in cui “la doppia discriminazione è una possibilità reale” (par. 66).

Ci sembra, pertanto, che il rimando ai giudici ed agli ordinamenti nazionali tradisca il convincimento, più o meno “radicato”, che la libertà di manifestare la propria religione, indossando indumenti religiosi, possa essere facilmente superata da altri diritti, rivendicazioni, interessi e/o aspettative (nella sostanza “un diritto di seconda classe”)⁴². In conclusione, resta, inasaudito quel fermo impegno per la parità di trattamento tanto professata nello stesso testo della Direttiva e nella strate-

⁴¹ See S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Equality and the Market: the unhappy fate of religious discrimination in Europe*, in *European Constitutional Law Review*, 2017, n. 13, pp. 744-758.

⁴² Per una prospettiva critica, si vedano le considerazioni di M.D. EVANS, P. PETKOFF, J. RIVERS (eds.), *The Changing Nature of Religious Rights under International Law*, Oxford, 2015.

gia per la parità di genere 2020-2025⁴³; così come resta “incompresa” la necessità di integrazione delle donne (a maggior ragione se migranti) nel tessuto socio-economico degli Stati membri⁴⁴.

⁴³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un’Unione dell’uguaglianza: la strategia per la parità di genere 2020-2025*, del 5 marzo 2020, COM/2020/152 final.

⁴⁴ D'altronde come evidenziato dall'Avvocato generale Sharpston (E. SHARPSTON, «*Shadow Opinion: Headscarves at Work (Cases C-804/18 and C-341/19)*», *EU Law Analysis*, 23 marzo 2021, disponibile all'indirizzo <http://eulawanalysis.blogspot.com/2021/03/shadow-opinion-of-former-advocate.html>, par. 279): “*It is also a matter of general knowledge that healthcare, work as a care-giver and work in education (particularly at kindergarten and primary school level) are traditional female areas of employment, partly because motherhood provides of itself a quasi-automatic level of on-the-job training for entry into these sectors; and that many general retail jobs as sales assistants and cashiers are also performed by women. If and to the extent that a female job-seeker comes from an immigrant community and has perhaps had little opportunity to acquire very elaborate professional qualifications, it may plausibly be supposed that all these are sectors in which she may seek employment. If employers in these sectors impose ‘neutral’ rules (such as ‘no head coverings at work’), such rules may in reality create serious disadvantage for such potential employees*”.

Abstract

Il presente capitolo intende soffermarsi sulle decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea relative all'utilizzo del velo islamico sul luogo di lavoro al fine di evidenziare il difficile bilanciamento tra libertà religiosa e libertà di impresa. La libertà, infatti, dei dipendenti di indossare abiti religiosi sul luogo di lavoro è entrata in conflitto con gli interessi economici e l'attività del datore di lavoro improntata ad una c.d. "politica di neutralità", nonché con il necessario bilanciamento con gli altri diritti fondamentali ad opera dei giudici nazionali. Il risultato finale è che, anche nei paesi di emigrazione, le donne islamiche finiscono per subire restrizioni alle proprie libertà e identità.

KEYWORDS: Velo islamico – libertà religiosa – politica di neutralità – discriminazioni – giurisprudenza europea

THE ISLAMIC HEADSCARF
AND WORKPLACE DISCRIMINATION IN THE CASE LAW
OF THE COURT OF JUSTICE BETWEEN BALANCING
AND COMPARISON

This chapter intends to focus on the decisions of the Court of Justice of the European Union on the wearing of the Islamic headscarf in the workplace in order to highlight the difficult balancing between religious freedom and freedom to conduct a business. Indeed, the choice of employees to wear religious clothing in the workplace has come into conflict with economic interests and the employer's activity marked by a so-called policy of neutrality, as well as with the necessary balancing with other fundamental rights by national courts. The result is that, even in countries of emigration, Islamic women end up having their freedoms and identities restricted.

KEYWORDS: Islamic headscarf – religious freedom – policy of neutrality – discrimination – european jurisprudence

LE VULNERABILITÀ DELLE DONNE MIGRANTI
NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU
TRA PROFILI DI TUTELA E PROBLEMATICHE IRRISOLTE

*Alessio Sangiorgi**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La vulnerabilità delle donne migranti come metro valutativo. – 3. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo: tratta di esseri umani, servitù e lavoro forzato. – 4. *Segue*. I casi di sfruttamento della prostituzione. – 5. Il “*Transnational mothering*” e il ricongiungimento familiare. – 6. L’accoglienza e le donne migranti. – 7. Mutilazioni genitali femminili. – 8. Alcuni rilievi conclusivi.

1. *Premessa*

È cosa nota che, pur se la Convenzione europea dei diritti dell’uomo contiene pochissime disposizioni riguardanti la materia della migrazione¹, il meccanismo di garanzia preposto per vigilarne la corretta applicazione e interpretazione², ossia la Corte europea dei diritti

* Avvocato e dottore di ricerca in Ordine internazionale e diritti umani, Sapienza Università di Roma. Componente del Comitato direttivo dell’Unione forense per la tutela dei diritti umani. Indirizzo e-mail: a.sangiorgi@llbrlex.com

¹ Si tratta in particolare dell’art. 5, par. 1, lett. f) CEDU, che ammette l’arresto e la detenzione di stranieri in caso di ingresso irregolare nel territorio o nei confronti dei quali è in corso un procedimento di espulsione o di estradizione; dell’art. 14 CEDU, che sancisce il divieto di ogni discriminazione, inclusa quella per motivi di nazionalità; dell’art. 16 CEDU, in base al quale sono permesse restrizioni alle attività politiche di stranieri; dell’art. 4 del Protocollo n. 4 alla CEDU, che prevede il divieto di espulsioni collettive di stranieri e infine dell’art. 1 del Protocollo n. 7 alla CEDU, che sancisce apposite garanzie procedurali in caso di espulsione di stranieri.

² Sulla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, oggetto di amplissima letteratura in dottrina, si vedano in particolare, i seguenti titoli: V. ZAGREBELSKY, R. CHE-NAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2022; A. DI STASI, *Introduzione alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Milano, 2022; F.G. JACOBS, R.C.A. WHITE, C. OVEY (eds.), *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2020; A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e l’impatto*

dell'uomo, negli anni ha dovuto sempre più di sovente decidere³ su ricorsi presentati da ricorrenti migranti⁴, forzati e volontari, e – per quel che qui più da vicino ci riguarda – da donne migranti.

Si tratta di un filone giurisprudenziale che non è stato oggetto di particolare interesse da parte della dottrina⁵ e che, tuttavia, appare meritevole di attenzione e analisi, sia per quanto attiene alla mole delle

nell'ordinamento interno (2016-2020), Padova, 2020; D. HARRIS, M. O'BOYLE, E. BATES, C. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2018; A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, 2016; J.F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme. Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, Parigi, 2015; L.E. PETTITI, E. DECAUX, P.H. IMBERT (a cura di), *La Convention européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Parigi, 2014; S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012; L. BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Parigi, 2012; G. RAIMONDI, *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2008; F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Parigi, 2005; S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2004; M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Procedure e contenuti*, Napoli, 2001.

³ Per un approfondimento, sia consentito di rinviare allo scritto A.G. LANA, A. SANGIORGI, *A passo di gambero: la progressiva erosione delle tutele migratorie nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Liber amicorum Prof. Sergio Marchisio. Il diritto della comunità internazionale tra caratteristiche strutturali e tendenze innovative. Volume II*, Napoli, 2022, pp. 1483-1505.

⁴ Come noto, nel diritto internazionale è assente una definizione di “migrante”. Secondo quanto chiarito nel Glossario sulle migrazioni dell'Organizzazione Mondiale delle Migrazioni, si tratta di “termine ombrello” che è suscettibile di ricomprendere tutte quelle forme di movimento di un determinato individuo al di fuori del proprio paese di origine/residenza per motivi economici, sociali, familiari o di altra natura. Cfr. Organizzazione Mondiale delle Migrazioni, *IOM Glossary on Migration*, Ginevra, 2019. Sul punto, F. VACCARELLI, *Uno studio diacronico sulla terminologia europea e internazionale delle migrazioni*, in I. CARACCILO, G. CELLAMARE, A. DI STASI, P. GARGIULO (a cura di), *Migrazioni internazionali. Questioni giuridiche aperte*, Napoli, 2022, pp. 167-179.

⁵ Tra i pochi approfondimenti in materia v. L. PERONI, *The borders that disadvantage migrant women in enjoying human rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2018, n. 36(2), pp. 93-110; F. STAIANO, *The Human Rights of Migrant Women in International and European Law*, Torino, 2016.

questioni trattate, che toccano una congerie di problematiche, sia perché ci permette di comprendere come la giurisprudenza convenzionale si pone nei confronti di tale categoria di ricorrenti particolarmente vulnerabili.

Né può qui sfuggire che, trattandosi per sua propria definizione, di giudice del caso concreto, la Corte di Strasburgo non prescrive massime e principi: cionondimeno l'ampia prassi in materia disvela un importante sforzo di protezione da parte del giudice europeo, al netto di qualche, per così dire, "inciampo".

L'analisi è tanto più interessante in quanto ci aiuterà a esaminare la particolare vulnerabilità⁶ delle donne migranti attraverso le lenti della Corte EDU. Come noto, l'elemento del genere non è affatto neutro nell'economia del complesso e multi-sfaccettato fenomeno migratorio⁷.

⁶ Sul concetto giuridico di vulnerabilità, tra i numerosissimi scritti si rimanda a F. IPPOLITO, *Understanding Vulnerability in International Human Rights Law*, Napoli, 2020; R. CHENAL, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Ars interpretandi*, 2018, n. 2, pp. 35-55; I. NIFOSI-SUTTON, *The protection of vulnerable groups under international human rights law*, New York, 2017; F. IPPOLITO, S. IGLESIAS SANCHEZ (eds.), *Protecting Vulnerable Groups: The European Human Rights Framework*, Oxford, 2015; H. BIGGS, C. JONES, *Legally Vulnerable. What is Vulnerability and Who is Vulnerable?*, in M. FREEMAN, S. HAWKES, B. BENNETT (eds.), *Law and Global Health: Current Legal Issues Volume 16*, Oxford, 2014, pp. 133-148; L. PERONI, A. TIMMER, *Vulnerable Groups: the Promise of an Emergent Concept in European Human Rights Convention Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2013, n. 11(4), pp. 1056-1085; M. FINEMAN, A. GREAR (dir.), *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Farnham, 2013; A. MORAWA, *Vulnerability as a Concept in International Human Rights Law*, in *Journal of International Relations and Development*, 2003, n. 6(2), pp. 139-155; J.A. BUSTAMANTE, *Immigrants' Vulnerability as Subjects of Human Rights*, in *International Migration Review*, 2002, n. 36(2), pp. 333-354.

⁷ In tema si vedano C. BRIDDICK, *When Does Migration Law Discriminate Against Women?*, in *American Journal of International Law Unbound*, 2021, n. 115, pp. 356-361; H. STALFORD, S. CURRIE (eds.), *Gender and migration in 21st Century Europe*, Londra, 2009; M. KAWAR, *Gender and Migration: Why are Women more Vulnerable?*, in F. REYSOO, C. VERSCHUUR (eds.), *Femmes en mouvement: Genre, migrations et nouvelle division internationale du travail*, Ginevra, 2004, pp. 71-88; M. SATTERTHWAITE, *Women Migrants' Rights under International Human Rights Law*, in *Feminist Review*, 2004, n. 77, pp. 167-171.

Ebbene, attraverso un'analisi per temi dei più rilevanti casi giurisprudenziali affrontati e risolti dalla Corte di Strasburgo, quali la tratta di donne migranti e la loro riduzione in schiavitù/servitù o ai lavori forzati, lo sfruttamento della prostituzione, il fenomeno delle mutilazioni genitali femminili, il c.d. “*transnational mothering*” e le relative difficoltà del ricongiungimento familiare, oltre che – infine – le problematiche relative all'accoglienza di madri con figli, si avrà modo di vedere quali sono le peculiari difficoltà in cui incorrono le donne nel loro percorso migratorio e quali le prescrizioni (e le relative falle) dettate dalla normativa internazionale e dalla giurisprudenza convenzionale.

Alla fine della suddetta rassegna, emergerà come l'ormai nutrito orientamento giurisprudenziale abbia nel tempo contribuito alla costruzione di un apparato di tutele specifiche per le donne migranti, sia rispetto a potenziali violazioni statali, che per quanto attiene ai, purtroppo frequenti, crimini commessi nei loro confronti da parte di privati.

L'analisi permetterà, in particolare, di verificare se dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo derivi una tutela il più possibile coerente ed effettiva per questa particolare categoria di ricorrenti vulnerabili, e ciò nelle diverse circostanze fattuali nelle quali le stesse possono incorrere nel loro percorso migratorio. Il tutto anche per il tramite di puntuali raffronti con gli obblighi internazionali derivanti in materia da altri strumenti vincolanti.

2. *La vulnerabilità delle donne migranti come metro valutativo*

È ormai riconosciuto che il genere sia un fattore cruciale nel percorso migratorio, capace di influenzare i motivi per cui si decide di lasciare il proprio paese⁸, così come le destinazioni, le modalità e le reti

⁸ Dati statistici mostrano che quasi la metà dei migranti è costituita da donne. In particolare, la percentuale di donne migranti è scesa dal 49,4% nel 2000 al 48,1% nel 2020. Cfr. Dipartimento per gli affari economici e sociali delle Nazioni Unite (UN DESA), *Population Division, International Migration Stock 2020*, rinvenibile al seguente link: <https://www.un.org/development/desa/pd/content/international-migrant-stock>.

di appoggio, fino alle opportunità e i legami nei paesi di destinazione. Purtroppo, ciò si riflette sovente in trattamenti discriminatori che accentuano le diseguaglianze già esistenti tra uomini e donne, oltre che nel rischio di finire nella rete della tratta, del lavoro forzato e/o della prostituzione⁹. Le donne migranti hanno poi spesso differenti necessità in ambito di accoglienza, che si manifestano in particolare quando siano in stato di gravidanza o siano madri sole con figli neonati o con una pluralità di figli piccoli.

Per tutte queste ragioni è possibile affermare che le donne migranti spesso risultano particolarmente vulnerabili a subire violazioni dei propri diritti, essendo portatrici di talune delle diverse tipologie di vulnerabilità sopra menzionate, le quali, sommandosi tra loro, ne acuiscono il bisogno di tutela¹⁰.

Un approccio intersezionale alle vulnerabilità¹¹ delle donne migranti, che parta da una valutazione individuale del rispettivo percorso

⁹ Come sottolineato da UN Women, agenzia specializzata delle Nazioni Unite che si occupa di favorire l'uguaglianza di genere e l'*empowerment* delle donne, secondo il cui report "*[m]igrant women are commonly subjected to multiple and intersecting forms of discrimination, as women, as migrants, and often on additional grounds such as, inter alia, race, sexuality or belonging to a minority group. Migrant women face higher risks of sexual and gender-based violence (including early and forced marriage, transactional sex/survival sex, domestic violence, rape, sexual harassment and physical assault), psychosocial stress and trauma, health complications, physical harm, injury and exploitation*". Cfr. UN Women, *Making gender-responsive migration laws*, 2017, rinvenibile al seguente link: <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2017/7/making-gender-responsive-migration-laws>.

¹⁰ "*As women experience migration differently to men, the laws that govern migration need to respond to these differences*", *ibidem*.

¹¹ Quando si parla di vulnerabilità composita o intersezionale si intende far riferimento ai diversi fattori di vulnerabilità che sommandosi in uno stesso individuo contribuiscono al formarsi di un grado di vulnerabilità maggiore o comunque peculiare e distinto da quello di altri individui o gruppi che pure, per alcuni specifici fattori o per determinate caratteristiche, sono vulnerabili. Sul punto, tra i vari autori F. LUNA, *Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers Not Labels*, in *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, 2009, n. 2(1), pp. 128-130; T. MOROCHOVICH, *The weight of vulnerability: A comparative analysis of the significance of particular vulnerability attributes under ECtHR jurisprudence in situation of extreme vulnerability concerning migrants*, in *Exeter Law Review*, 2017, n. 44, p. 86 e p. 92; C. RUET, *La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue*

esperienziale ancor prima che migratorio, permette di intervenire anche attraverso l'utilizzo di diversi e complementari strumenti normativi che meglio si prestano a tutelarle e proteggerle¹².

La particolare vulnerabilità delle donne migranti è stata talora riconosciuta a livello internazionale, da parte della normativa pattizia e dalla prassi, oltre che – come vedremo più avanti – dalla giurisprudenza internazionale.

Quanto al primo aspetto, va menzionata la Convenzione di *Belém do Pará* sulla violenza contro le donne adottata nel 1994¹³ nell'ambito del sistema regionale interamericano di protezione dei diritti umani, ove si fa espresso riferimento alla vulnerabilità delle donne migranti. In particolare, l'art. 9 della suddetta Convenzione esorta gli Stati ad adottare misure di contrasto alla violenza di genere che tengano in debito conto la particolare vulnerabilità alla violenza – *inter alia* – delle donne migranti, rifugiate o sfollate¹⁴.

trimestrielle des droits de l'homme, 2015, n. 102, p. 325; S. BESSON, *La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme: l'exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in L.B. LARSEN (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Parigi, 2014, p. 70.

¹² M. SATTERTHWAITTE, *Women Migrants' Rights under International Human Rights Law*, cit., pp. 167-168.

¹³ La Convenzione interamericana sulla prevenzione, punizione e sradicamento della violenza contro le donne (nota anche come Convenzione di Belém do Pará), è stata adottata dall'Assemblea Generale dell'Organizzazione degli Stati Americani in data 9 giugno 1994 ed è entrata in vigore il 5 marzo 1995. È importante sottolineare che si tratta del primo accordo internazionale a occuparsi specificamente di violenza contro le donne e che l'OAS ha istituito un meccanismo di controllo della sua attuazione da parte degli Stati contraenti attraverso l'adozione di un apposito Statuto. In dottrina, C. BETTINGER-LOPEZ, *Violence Against Women: Normative Developments in the Inter-American Human Rights System*, in R. MANJOO, J. JONES (eds.), *The legal protection of women from violence: normative gaps in international law*, Londra, 2018, pp. 165-198.

¹⁴ L'art. 9 della Convenzione di Belém do Pará individua una serie di potenziali gravi forme di vulnerabilità intersezionale, statuendo che “[w]ith respect to the adoption of the measures in this Chapter, the States Parties shall take special account of the vulnerability of women to violence by reason of, among others, their race or ethnic background or their status as migrants, refugees or displaced persons. Similar consideration shall be given to women subjected to violence while pregnant or who are disabled, of minor age, elderly, socioeconomically disadvantaged, affected by armed conflict or deprived of their freedom”.

Non può poi non richiamarsi la normativa euro-unitaria di diritto derivato che mira a creare un sistema europeo comune in materia di asilo¹⁵, in particolare le tre note direttive Direttive Qualifiche¹⁶, Procedure¹⁷ e Accoglienza¹⁸. Ciascuna di tali direttive contiene un elenco di soggetti particolarmente vulnerabili di cui gli Stati membri in sede di recepimento devono tener conto¹⁹: tale elenco include le donne in stato di gravidanza, le vittime di tratta, le vittime di stupri o di altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale, le vittime di mutilazioni genitali femminili²⁰.

Quanto alla materia della migrazione, anche la direttiva Direttiva Rimpatri²¹ contiene un simile elenco di persone vulnerabili, che inclu-

¹⁵ La creazione di un “*Common European Asylum System*” (c.d. CEAS) costituisce un obiettivo che l’Unione europea si è posta a partire dal Consiglio Europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999. Per un approfondimento, S. VELLUTI, *Reforming the Common European Asylum System – Legislative developments and judicial activism of the European Courts*, Heidelberg, 2014.

¹⁶ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *recante norme sull’attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione)*, del 13 dicembre 2011, in GUUE L 337 del 20 dicembre 2011, pp. 9-26. Tale direttiva è entrata in vigore il 21 dicembre 2013, in sostituzione dell’abrogata Direttiva 2004/83/CE.

¹⁷ Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione)*, del 26 giugno 2013, in GUUE L 180 del 29 giugno 2013, pp. 60-95. Tale direttiva è entrata in vigore il 20 luglio 2015, in sostituzione dell’abrogata Direttiva 2005/85/CE.

¹⁸ Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *recante norme relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione)*, del 26 giugno 2013, in GUUE L 180 del 29 giugno 2013, pp. 96-116. Tale direttiva è entrata in vigore il 20 luglio 2015, in sostituzione dell’abrogata Direttiva 2003/9/CE.

¹⁹ Si badi però che le direttive dettano delle tutele che si applicano solo dopo una valutazione individuale in concreto della persona presuntivamente vulnerabile. Cfr. art. 20, par. 4 della direttiva Qualifiche; art. 22 della direttiva Accoglienza.

²⁰ Cfr. art. 20, par. 3 e art. 30, par. 2 della Direttiva Qualifiche; artt. 2 e 21 della Direttiva Accoglienza; considerando n. 29 della Direttiva Procedure.

²¹ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, *recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, del 16 dicembre 2008, in GUUE L 348 del 24 dicembre

de le donne in gravidanza, le famiglie monoparentali con minori, le vittime di tortura, stupri o altre forme gravi di violenza (psicologica, fisica o sessuale)²².

Con riferimento alla prassi, tra i vari esempi può qui citarsi la *General Recommendation* n. 26 sulle donne lavoratrici migranti²³ del Comitato per l'eliminazione della discriminazione nei confronti delle donne.

Sin dalle sue premesse viene invero chiarito che *"this general recommendation aims to elaborate the circumstances that contribute to the specific vulnerability of many women migrant workers and their experiences of sex- and gender-based discrimination as a cause and consequence of the violations of their human rights"*²⁴.

A livello regionale, si può richiamare la risoluzione del Parlamento europeo sulle donne migranti del 2014²⁵, la quale riconosce che le donne migranti prive di documenti sono particolarmente vulnerabili ai rischi derivanti dalla loro condizione giuridica, essendo esposte più degli uomini alla possibilità di maltrattamenti fisici, sessuali e psicologici, alle cattive condizioni di lavoro, allo sfruttamento lavorativo da parte dei datori di lavoro e a una doppia discriminazione basata sulla razza e sul genere, oltre che alla tratta, alla prostituzione e ad altre situazioni di abuso durante la detenzione o nelle strutture di accoglienza.

Ancora più spesso la vulnerabilità delle donne migranti è considerata elemento necessitante speciale protezione, vuoi tramite una regolamentazione che ne preveda la tutela pur non espressamente parlando di vulnerabilità, vuoi per tramite dell'utilizzo di diverse ma intersecanti categorie di vulnerabilità o, infine, attraverso una combinazione delle

2008, pp. 98-107. Tale direttiva è entrata in vigore il 13 gennaio 2009.

²² Cfr. art. 3 della Direttiva Rimpatri. Da notare la lacuna nell'elenco delle vittime di tratta.

²³ Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne (CEDAW), *General recommendation No. 26 on women migrant workers*, 5 dicembre 2008, UN doc. CEDAW/C/2009/WP.1/R.

²⁴ *Ibidem*, § 2.

²⁵ Risoluzione del Parlamento europeo, *sulle donne migranti prive di documenti nell'Unione europea*, del 4 febbraio 2014, in GUUE C 93 del 24 marzo 2017, pp. 53-58.

due ipotesi²⁶. Pur se non è qui possibile esaminare in maniera esaustiva queste differenti tecniche di protezione, appare chiaro che il diritto internazionale dei diritti umani riconosca la speciale vulnerabilità delle donne migranti e ne faccia conseguire un regime di speciale protezione.

Come già sottolineato, le vulnerabilità delle donne migranti sono differenziate dal rispettivo portato personale e dai relativi percorsi migratori: sembrerà scontato, ma è opportuno chiarire che le vittime di tratta soffrono di un differente tipo di esposizione a violazioni dei propri diritti rispetto alle madri con neonati e alle donne incinte, e ancora che di altre necessità e bisogni sono portatrici le vittime di stupro o di mutilazioni genitali.

Tuttavia, pur nelle rispettive peculiarità, i menzionati e diversi fattori di vulnerabilità fungono in generale da ostacolo all'applicazione effettiva del diritto comune a protezione della donna migrante²⁷: riconoscere la loro vulnerabilità ha, dunque, una funzione prescrittiva, poiché permette di fare emergere la necessità di un obbligo statale ad adottare una protezione e un'attenzione sia particolare, sia supplementare nei loro confronti.

Nonostante non vi sia a tutt'oggi una definizione chiara di vulnerabilità (tanto meno con riferimento alle donne migranti), è dunque nondimeno ben chiara e sentita l'esigenza da parte del diritto internazionale dei diritti umani di proteggere i soggetti particolarmente vulnerabili potenzialmente rientranti in tale categoria: come vedremo per

²⁶ Si veda – a titolo di mero esempio – l'art. 13, par. 4 della Direttiva sulla protezione temporanea, il quale prevede che “[g]li Stati membri forniscono la necessaria assistenza, in particolare medica, alle persone che godono della protezione temporanea che presentino esigenze particolari, quali i minori non accompagnati e le persone che abbiano subito torture, stupri o altre gravi forme di violenza psicologica, fisica o sessuale”. Cfr. Direttiva 2001/55/CE del Consiglio, *sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi*, del 20 luglio 2001, in GUUE L 212 del 7 agosto 2001, p. 12-23.

²⁷ P. WECKEL, *Le droit international face à la mobilisation internationale en faveur des migrants*, in G. GOODWIN-GILL, P. WECKEL (dir.), *Protection des migrants et des réfugiés au XXIe siècle. Aspects de droit international*, Leiden, 2015, p. 36.

l'appunto nell'analizzare le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo.

3. *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo: tratta di esseri umani, servitù e lavoro forzato*

Donne migranti hanno di sovente portato all'attenzione della Corte di Strasburgo ricorsi concernenti casi di tratta o di riduzione in servitù domestica, per lo più analizzati sotto la lente dell'art. 4 CEDU, ossia di quella disposizione convenzionale che garantisce la proibizione della schiavitù e del lavoro forzato.

In materia, la giurisprudenza della Corte EDU è dunque la più risalente e comprende due *leading case* che hanno plasmato gli orientamenti della Corte nei successivi ricorsi presentati da donne migranti, sotto diversi profili: si tratta delle sentenze *Siliadin c. Francia*²⁸ del 2005 e *Rantsev c. Russia*²⁹ del 2010, con le quali si è chiarito che le Alte parti contraenti della Convenzione sono tenute a predisporre un quadro legislativo e amministrativo per prevenire e punire la tratta e a proteggere le donne migranti che ne siano vittime.

Il primo dei due casi riguardava una minore togolese, condotta in Francia con la promessa di una vita migliore, ma alla quale all'arrivo in Europa era stato sottratto il passaporto e che era stata poi costretta a lavorare per anni presso una coppia, senza alcuna forma di pagamento. Dopo una denuncia sulla condizione di servitù alla quale era stata costretta, era iniziato un procedimento penale, che si era tuttavia concluso con l'assoluzione dei due imputati per la riduzione in servitù della ricorrente.

La Corte di Strasburgo si è trovata dunque a valutare per la prima volta una doglianza di violazione dell'art. 4 CEDU da parte di una mi-

²⁸ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 luglio 2005, ricorso n. 73316/01, *Siliadin c. Francia*. Per un commento, H. CULLEN, *Siliadin v. France: Positive Obligations under Article 4 of the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2006, n. 6(3), pp. 585-592.

²⁹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 gennaio 2010, ricorso n. 25965/04, *Rantsev c. Cipro e Russia*.

nore straniera irregolare che era stata costretta a lavorare per oltre tre anni senza essere pagata, dopo che all'arrivo in Francia le erano stati sottratti i documenti.

La Seconda Sezione della Corte ha subito chiarito che lo sfruttamento subito dalla minore fosse suscettibile di essere sussunto, secondo la lente convenzionale, tra le presunte carenze dello Stato a rispettare i propri obblighi positivi di cui agli artt. 1 e 4 CEDU: invero, la ricorrente aveva presentato doglianze di violazione che toccavano valori fondanti di una società democratica, quali la dignità umana e il divieto di schiavitù, servitù e lavori forzati.

Anzitutto, la Corte EDU ha chiarito l'applicabilità della teoria degli obblighi positivi³⁰ anche all'art. 4 CEDU, che tutela uno dei "core rights" della Convenzione³¹. A tal proposito, la sentenza richiama la disciplina pattizia internazionale in materia³² alla quale la Francia si era

³⁰ Sulla teoria degli obblighi positivi e la sua interpretazione da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, si vedano V. STOYANOVA, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: Within and Beyond Boundaries*, Oxford, 2023; M. KLATT, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, in *ZaöRV*, 2011, n. 71, pp. 691-718; A. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, 2004.

³¹ Non a caso il divieto di schiavitù e di lavori forzati è previsto in una delle poche disposizioni convenzionali che non consente alcuna eccezione. Inoltre, l'art. 4, par. 1 è inserito all'art. 15 CEDU tra le norme inderogabili anche in caso di guerra o di altro pericolo che minacci la vita della nazione. Il divieto di schiavitù/servitù rientra nel nocciolo duro dei diritti tutelati in materia di diritti umani e costituisce a tutti gli effetti una norma consuetudinaria, che secondo i più ad oggi ha assunto carattere imperativo. Tra l'altro, si consideri che la "riduzione in schiavitù" rappresenta una delle fattispecie espressamente contemplate di crimini contro l'umanità, ai sensi dell'art. 7, al par. 1, lett. c) dello Statuto della Corte penale internazionale.

³² Tra le convenzioni in materia vanno ricordate la Convenzione di Ginevra sulla schiavitù adottata il 25 settembre 1926 sotto gli auspici della Lega delle Nazioni ed entrata in vigore in data 9 marzo 1927; la Convenzione ILO n. 29 sul lavoro forzato adottata il 28 giugno 193 ed entrata in vigore il 5 maggio 1932; la Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, del commercio degli schiavi e sulle istituzioni e pratiche assimilabili alla schiavitù, adottata il 7 settembre 1956 all'esito di apposita Conferenza organizzata dal Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite ed entrata in vigore il 30 aprile 1957; la Convenzione ILO n. 189 sul lavoro dignitoso

vincolata, e in particolare le disposizioni che prescrivono il divieto di quelle pratiche di sfruttamento dei minori³³. Se ne ricava per la prima volta che un'applicazione effettiva dell'art. 4 CEDU impone il rispetto degli obblighi positivi ivi previsti non solo in caso di atti/omissioni direttamente ricollegabili allo Stato, ma anche per comportamenti posti in essere da privati³⁴.

Nel merito delle doglianze di violazioni lamentate, i giudici hanno constatato che, pur se formalmente gli Stati si sono impegnati solennemente all'abolizione della schiavitù, il fenomeno della moderna schiavitù domestica persiste e desta preoccupazioni in Europa, riguardando in modo particolare le donne³⁵.

per le lavoratrici e i lavoratori domestici adottata il 16 giugno 2011 ed entrata in vigore il 5 settembre 2013.

³³ Si veda in particolare l'art. 1 della Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, che fa divieto di quelle pratiche "*whereby a child or young person under the age of 18 years is delivered by either or both of his natural parents or by his guardian to another person, whether for reward or not, with a view to the exploitation of the child or young person or of his labour*", ma anche l'art. 19, par. 1 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, che richiede agli Stati di adottare misure contro ogni forma di sfruttamento dei minori, anche da parte delle persone a cui sono affidate.

³⁴ Si fa qui riferimento a quelle ipotesi di applicazione orizzontale o indiretta della Convenzione per le quali in dottrina si parla di *Drittwirkung*. In proposito, M. FLORCZAK-WĄTOR, *The Role of the European Court of Human Rights in Promoting Horizontal Positive Obligations of the State*, in *International and Comparative Law Review*, 2017, n. 17(2), pp. 39-53; A. DRZEMCZEWSKI, *The European Human Rights Convention and Relations between Private Parties*, in *Netherlands International Law Review*, 1979, n. 26, pp. 163-181.

³⁵ In proposito, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa con la raccomandazione 1523 (2001), adottata il 26 giugno 2001 e, successivamente, con la raccomandazione 1663 (2004), adottata il 22 giugno 2004, constatava con preoccupazione l'emergere in Europa di una nuova forma di schiavitù, la schiavitù domestica, riguardante soprattutto donne migranti irregolari. Le vittime contemporanee di queste nuove forme di schiavitù vengono lasciate in una condizione di totale vulnerabilità e di isolamento nei confronti dei loro datori di lavoro (per tramite della prassi sistemica della confisca dei passaporti) e talvolta in situazioni al limite della detenzione, alle quali sovente si aggiungono anche violenze fisiche e/o sessuali. Entrambe le raccomandazioni esortavano pertanto gli Stati membri del Consiglio d'Europa a non sottovalutare il fenomeno e ad adottare una carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori domestici.

Il caso presentato da Siwa-Akofa Siliadin è stato poi utilizzato per chiarire la distinzione tra le nozioni di schiavitù³⁶, di servitù³⁷ e di lavori forzati³⁸, rispettivamente previste ai paragrafi 1 e 2 dell'art. 4 CEDU. I giudici sono pervenuti anzitutto alla conclusione che la minore era stata, come minimo, sottoposta a lavori forzati ai sensi dell'art. 4, par. 2 CEDU, ossia una forma di costrizione fisica o mentale, unita all'annullamento della volontà della vittima³⁹.

Quanto alla distinzione tra schiavitù e servitù, le due fattispecie di cui al par. 1 dell'art. 4 CEDU, la Corte di Strasburgo ha proceduto in maniera tradizionale sulla base della componente dell'oggettificazione della vittima. Nel caso della schiavitù viene invero esercitato "*a genuine right of legal ownership*", riducendo la persona a mero oggetto. Questo elemento è assente nella fattispecie della servitù, che consiste invece in una "*particularly serious form of denial of freedom*". La Corte perviene così a una definizione convenzionale della nozione di servitù, consistente nell'obbligo di prestare i propri servizi imposto con l'uso della coercizione⁴⁰.

È proprio sotto questa seconda nozione che viene ricondotta la fattispecie del caso Silidian, ritenendo che, seppur non sottoposta alla minaccia di ritorsioni, l'allora minore era stata costretta a servire la famiglia cui era stata affidata.

Qui la Corte EDU ha valorizzato le particolari vulnerabilità della ricorrente, minore straniera, isolata e senza alcuna risorsa, che era stata

³⁶ Per una definizione codificata di schiavitù si può far riferimento al citato art. 7 dello Statuto della Corte penale internazionale, e precisamente al par. 2, lett. c), ai sensi del quale "*Enslavement' means the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person and includes the exercise of such power in the course of trafficking in persons, in particular women and children*".

³⁷ In un'altra fattispecie di donna trafficata, la Corte EDU ha stabilito che "*domestic servitude is a specific offence, distinct from trafficking and exploitation, which involves a complex set of dynamics, involving both overt and more subtle forms of coercion, to force compliance*" (cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 13 novembre 2012, ricorso n. 67724/09, C.N. e V. c. Francia, par. 80).

³⁸ Per definire la nozione di lavori forzati, la Corte di Strasburgo fa riferimento al concetto di "*disproportionate burden*" (cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza dell'11 ottobre 2012, ricorso n. 4239/08, C.N. c. Regno Unito, par. 74).

³⁹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Siliadin*, cit., par. 117.

⁴⁰ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Siliadin*, cit., par. 124.

consegnata dai genitori a una parente, la quale aveva tuttavia approfittato della sua condizione di vulnerabilità e del suo *status* di migrante irregolare. Una volta in Francia, alla minore era stato prontamente sottratto il passaporto, e la stessa era stata “prestata” ad amici della parente, nella cui casa era stata costretta a lavorare per loro quasi 15 ore al giorno, sette giorni su sette e senza alcuna retribuzione.

Richiamando i suoi precedenti, nella parte in cui si prescrive che gli individui vulnerabili hanno diritto alla protezione dello Stato⁴¹, e si stabilisce in particolare una forma di deterrenza efficace contro gravi violazioni dell’integrità personale, la Corte europea ha concluso che la ricorrente era stata costretta per anni ai lavori forzati e tenuta in stato di servitù, e che le autorità francesi non avevano condannato i responsabili di tali gravi violazioni.

In tali circostanze la normativa francese dell’epoca è sembrata insufficiente a garantire una tutela effettiva che punisse condotte di riduzione in servitù e costrizione ai lavori forzati⁴², con conseguente declaratoria di violazione degli obblighi positivi di cui all’art. 4 CEDU.

Pur se si tratta del primo importante arresto in materia, la sentenza è stata al tempo parzialmente criticata, nella parte in cui accoglieva una definizione tradizionale di schiavitù e per quella strada escludeva l’applicazione della relativa nozione al caso di specie⁴³.

⁴¹ Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 22 ottobre 1996, ricorsi n. 22083/93 e n. 22095/93, *Stubbings e altri c. Regno Unito*, par. 64; e sentenza del 23 settembre 1998, ricorso n. 25965/04, *A. c. Regno Unito*, par. 22.

⁴² Non a caso con la citata raccomandazione 1523 (2001), l’Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa lamentava che “none of the Council of Europe member states expressly make domestic slavery an offence in their criminal codes”. Con la successiva raccomandazione 1663 (2004), l’Assemblea Parlamentare incoraggiava gli Stati membri a contrastare “domestic slavery in all its forms as a matter of urgency, ensuring that holding a person in any form of slavery is a criminal offence in all member States”.

⁴³ Un tale approccio è stato criticato in quanto, nell’applicare una nozione per così dire tradizionale di schiavitù, non teneva conto delle moderne forme del fenomeno, così come degli approdi giurisprudenziali in materia. Il riferimento è in particolare al caso *Kunarac* del giugno 2002, dove le Camere d’Appello del Tribunale penale internazionale per l’ex Jugoslavia avevano chiarito che è l’esercizio dei poteri connessi al diritto di proprietà su una persona, e non la proprietà sulla persona, a rilevare nella definizione del reato di schiavitù (cfr. Tribunale penale internazionale per l’ex Jugo-

Di tali critiche la Corte EDU sembra aver tenuto conto nell'altro *leading case*, *Rantsev c. Cipro e Russia*, occupandosi per la prima volta di tratta degli esseri umani e sussumendola – come vedremo – sotto la sfera applicativa dell'art. 4 CEDU.

Il sig. Rantsev aveva portato all'attenzione dei giudici di Strasburgo le presunte violazioni commesse dalle autorità cipriote e russe, che non avevano fatto nulla per impedire la tratta della figlia, la sua successiva detenzione e infine la morte, senza che sul punto fosse stata svolta alcuna effettiva indagine, né tantomeno la punizione dei responsabili di tali condotte. La sig.ra Rantseva aveva fatto ingresso a Cipro con un visto "artista di cabaret", elemento indiziario di tratta secondo i concordanti riscontri della reportistica internazionale.

L'evoluzione del ragionamento nella suddetta sentenza appare evidente: qui la Corte di Strasburgo ha invero chiarito che, pur se la tratta non è menzionata nella Convenzione, interpretando quest'ultima "*as a living instrument*"⁴⁴, tale fenomeno globale, purtroppo in ascesa negli ultimi anni, rientra comunque nel campo di applicazione dell'art. 4 CEDU. E ciò, si badi, senza la necessità di accertare quale dei tre differenti tipi di condotta prescritta dalla norma (schiavitù, servitù o lavori forzati) sia integrato nel caso di specie. Questo *distinguishing* con il precedente *Silidian* ha permesso di adeguarsi a quanto attualmente prevede la prassi internazionale in materia di schiavitù.

Per la seconda volta, i giudici europei hanno poi voluto chiarire come in simili fattispecie gli obblighi positivi di tutela di cui all'art. 4 CEDU si intersecano con tutele offerte anche da altri strumenti internazionali, e, nello specifico, dal Protocollo di Palermo del 2000 sulla

slavia, Camere di Appello, sentenza del 12 giugno 2002, *Kunarac, Kovac e Vukovic*, par. 116-124). In dottrina, J. ALLAIN, *The definition of slavery in International Law*, in *Howard Law Journal*, 2009, n. 52(2), pp. 239-275.

⁴⁴ Secondo un orientamento granitico della Corte, l'interpretazione della Convenzione deve tenere in considerazione i cambiamenti nel tempo e riflettere le "*present-day conditions*". Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione del 25 aprile 1978, ricorso n. 5856/72, *Tyrer c. Regno Unito*, par. 31. Tra i vari scritti, B. LUBARDA, *The living instrument doctrine in the case-law of the European Court of Human Rights*, in L. SICILIANOS, I.A. MOTOC, R. SPANO, R. CHENAL (eds.), *Liber Amicorum Guido Raimondi. Regards croisés sur la protection nationale et internationale des droits de l'homme*, Tilburg, 2019, pp. 519-537.

tratta di persone, in particolare di donne e bambini⁴⁵, e dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani del 2005⁴⁶.

Tuttavia, tale tutela complementare non è sufficiente di per sé, poiché al quadro regolatorio deve affiancarsi il ruolo proattivo delle autorità statali nella prevenzione del fenomeno. In altre parole, affinché la protezione offerta sia effettiva, è necessario che gli Stati adottino politiche e programmi di prevenzione del fenomeno della tratta, corsi di formazione per le forze di polizia e i funzionari che si occupano d'immigrazione, così come un adeguato quadro repressivo, che comprenda la punizione dei responsabili.

Nella sentenza in commento, la situazione di vulnerabilità della vittima di tratta è intrinseca, posto che l'abuso della "condizione di vulnerabilità" rappresenta un elemento tipizzato, sia a livello internazionale⁴⁷ che a livello interno⁴⁸, della condotta che integra il reato di tratta di esseri umani. Una condizione di vulnerabilità che, come la normativa stessa riconosce espressamente⁴⁹, è più marcata nel caso di donne e minori. Le vittime di tratta, spesso – come nel caso di specie – donne, "suffer severe physical and psychological consequences which render them too traumatised to present themselves as victims"⁵⁰.

Nel decidere nel merito, la Corte europea ha dunque riscontrato una violazione dell'art. 4 CEDU sia da parte della Russia che di Cipro,

⁴⁵ Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per la prevenzione, soppressione e persecuzione del traffico di esseri umani, in particolar modo donne e bambini, firmato a Palermo tra il 12 e il 15 dicembre 2000 ed entrato in vigore il 25 dicembre 2003.

⁴⁶ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, adottata a Varsavia il 16 maggio 2005 ed entrata in vigore il 1° febbraio 2008.

⁴⁷ Si vedano l'art. 3, lett. a) del Protocollo di Palermo sulla tratta e l'art. 4, lett. a) della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla tratta laddove forniscono una definizione del reato di tratta di persone.

⁴⁸ Nell'ordinamento italiano si veda l'art. 601 del codice penale, rubricato "tratta di persone", che parla di "approfittamento di una situazione di vulnerabilità".

⁴⁹ Cfr. art. 9, par. 4 del Protocollo di Palermo sulla tratta, ai sensi del quale "*States Parties shall take or strengthen measures, including through bilateral or multilateral co-operation, to alleviate the factors that make persons, especially women and children, vulnerable to trafficking, such as poverty, underdevelopment and lack of equal opportunity*".

⁵⁰ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Rantsev*, cit., par. 320.

poiché entrambi gli Stati hanno mancato nel proteggere la vittima di tratta, in ragione degli obblighi positivi di tutela ivi sanciti.

I giudici di Strasburgo hanno inoltre riscontrato una violazione dell'art. 2 CEDU, *volet* procedurale, da parte delle autorità cipriote, per assenza di un'indagine effettiva in ordine alle circostanze sospette della sua morte.

In ultimo, nella sentenza è stata accertata una violazione dell'art. 5 CEDU per detenzione arbitraria e illegittima della vittima, e ciò poiché la sig.ra Rantseva era una donna migrante adulta in possesso di permesso regolare e non aveva manifestato alcun segno di pericolosità, per cui il trattenimento di circa un paio d'ore in caserma e la successiva consegna ad un soggetto non meglio identificato, non avevano alcuna base legale nel diritto interno.

Le argomentazioni proposte dalla Corte EDU nel caso *Siliadin* e nel caso *Rantsev* sono state poi riprese e specificate in pronunce successive relative a episodi di tratta e/o di costrizione allo svolgimento di servizi domestici ai danni di donne migranti, con un focus sugli aspetti della tutela procedurale offerta dall'art. 4 CEDU⁵¹. In tali sentenze, i giudici europei hanno analizzato con esiti non sempre coerenti le doglianze di violazione procedurale dell'art. 4 CEDU.

Tra le molte, non può qui non richiamarsi la sentenza di Grande Camera *J. e altri c. Austria*, con la quale i 17 giudici hanno concluso per la non violazione dell'art. 4 CEDU da parte delle autorità austriache, in quanto non vi era alcun obbligo convenzionale di indagare sul reclutamento delle ricorrenti nelle Filippine o sul loro presunto sfruttamento negli Emirati Arabi Uniti, né di prevedere una giurisdizione penale universale sui reati di tratta commessi all'estero.

Ciononostante, il giudice Pinto de Albuquerque, nella sua opinione concorrente, ha ritenuto che le autorità austriache (*rectius* il sistema repressivo austriaco nel suo complesso) erano state comunque deficitarie nella punizione dei responsabili della (presunta) tratta⁵²: solo la tar-

⁵¹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *C.N. c. Regno Unito*, cit.; *C.N. e V. c. Francia*, cit.; ma anche, sentenza del 31 luglio 2012, ricorso n. 40020/03, *M. e altri. c. Italia e Bulgaria* e Grande Camera, sentenza del 17 gennaio 2017, ricorso n. 58216/12, *J. e altri. c. Austria*.

⁵² Non utilizzando strumenti esistenti di cooperazione giudiziaria di Europol, In-

diva denuncia delle ricorrenti lo aveva convinto a votare nel caso di specie con la maggioranza.

A parere di chi scrive, la positiva valorizzazione della vulnerabilità delle ricorrenti avrebbe potuto essere sfruttata anche in questa fattispecie, ad esempio al fine di attenuare l'onere di una tempestiva denuncia.

4. Segue. *I casi di sfruttamento della prostituzione*

Per concludere l'analisi della giurisprudenza in materia di tratta, non può in ultimo non volgersi lo sguardo alle più recenti sentenze della Corte europea che riguardano fattispecie di prostituzione.

In particolare, vengono qui in luce le sentenze *L.E. c. Grecia* del 2016⁵³, *S.M. c. Croazia* del 2019⁵⁴ e *A.I. c. Italia* del 2021⁵⁵, che – in ragione delle rispettive peculiarità – hanno accertato la violazione di ulteriori disposizioni convenzionali oltre all'art. 4 CEDU, ossia l'art. 6 CEDU, che tutela il diritto a un equo processo, l'art. 13 CEDU, che garantisce il diritto a un rimedio effettivo e, infine dell'art. 8 CEDU, dal quale promana il diritto al rispetto della vita privata e familiare⁵⁶.

Il primo caso riguardava la denuncia di una cittadina nigeriana costretta a prostituirsi in Grecia. Riconosciuta ufficialmente come vittima di tratta di esseri umani a scopo di sfruttamento sessuale, la ricorrente aveva tuttavia dovuto attendere più di nove mesi dopo aver informato

terpol e Frontex, come – ad esempio – il sistema di messaggi *Human Smuggling and Trafficking* e il sistema di avvisi e diffusioni Interpol.

⁵³ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 gennaio 2016, ricorso n. 71545/12, *L.E. c. Grecia*.

⁵⁴ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 25 giugno 2020, ricorso n. 60561/14, *S.M. c. Croazia*.

⁵⁵ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 1° aprile 2021, ricorso n. 70896/17, *A.I. c. Italia*.

⁵⁶ Come chiarito nella sentenza *S.M. c. Croazia*, la circostanza che la tratta di esseri umani rientri nel campo di applicazione dell'art. 4 CEDU (secondo quanto stabilito a partire dalla sentenza *Rantsev*), non esclude la possibilità che, nelle particolari circostanze di un caso, una peculiare forma di condotta legata alla tratta di esseri umani possa sollevare doglianze di violazione di altre disposizioni convenzionali (cfr. par. 303).

le autorità della sua situazione prima che il sistema giudiziario le riconoscesse tale *status*. E soprattutto, i responsabili della tratta non erano stati condannati per il reato commesso.

La Corte EDU ha rilevato che l'effettività delle indagini preliminari sul caso era stata compromessa da una serie di carenze e da una complessiva mancanza di diligenza: in particolare, la testimonianza decisiva per la qualificazione di tratta ai fini dello sfruttamento della prostituzione era stata inopinatamente non inserita nel fascicolo e ciò aveva ritardato l'indagine e causato un primo rigetto della denuncia della ricorrente⁵⁷. Anche nel procedimento giudiziario, Strasburgo ha rilevato ritardi di vari anni e carenze rispetto agli obblighi procedurali dello Stato greco⁵⁸, riscontrando in particolare che l'assoluzione di uno dei due responsabili della tratta e il mancato reperimento dell'altro al fine di processarlo dimostravano *per tabulas* l'ineffettività del sistema greco nel caso di specie.

E ciò a maggior ragione poiché si trattava di vittima di tratta di esseri umani a scopo di sfruttamento sessuale, e come tale di persona particolarmente vulnerabile, nei confronti della quale assicurare l'obbligo positivo procedurale di tutela di cui all'art. 4 CEDU in ma-

⁵⁷ Nonostante quanto previsto in tema di assistenza alle vittime di tratta e di repressione del fenomeno nella disciplina euro-unitaria, e in particolare dagli artt. 11 e 12 della Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI*, del 5 aprile 2011, in GUUE L 101 del 15 aprile 2011, p. 1-11. Il diritto dell'Unione detta anche una disciplina specifica per le vittime di tratta che cooperino con la giustizia, prevedendo il rilascio di apposito titolo di soggiorno. Cfr. Direttiva 2004/81/CE del Consiglio, *riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti*, del 29 aprile 2004, in GUUE L 261 del 6 agosto 2004, p. 19-23.

⁵⁸ Sul punto, v. anche Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 18 luglio 2019, ricorso n. 40311/10, *T.I. e altri c. Grecia*. Qui la Corte ha ritenuto che il quadro giuridico che disciplinava il procedimento penale non fosse efficace e sufficiente né a punire i trafficanti né a garantire un'effettiva prevenzione della tratta e della prostituzione e che le autorità competenti non avessero trattato il caso con il livello di diligenza richiesto dall'art. 4 CEDU.

niera ancor più stringente⁵⁹: ossia attraverso un'indagine scrupolosa, una gestione diligente del procedimento penale e, infine, la sollecita punizione dei responsabili.

Infine, la Corte ha ritenuto che la durata del procedimento in questione fosse eccessiva per un livello di giurisdizione e non soddisfacesse il requisito del “*délai raisonnable*”, senza che vi fosse alcun rimedio effettivo per lamentare la durata eccessiva del procedimento. Il tutto in violazione dell'art. 6, par. 1 e dell'art. 13 CEDU.

La successiva sentenza *S.M. c. Croazia*, che pure riguarda una ricorrente croata, merita comunque menzione poiché la Grande Camera ha colto l'opportunità di tale caso per chiarire alcuni punti della propria giurisprudenza relativi alla tratta di esseri umani a scopo di sfruttamento della prostituzione⁶⁰. In particolare, per quanto di nostro interesse, i giudici europei hanno qui sottolineato che per decidere se caratterizzare un comportamento o una situazione come tratta di esseri umani ai sensi dell'art. 4 CEDU (e quindi per verificare se tale disposizione possa essere applicata nelle circostanze particolari di un caso di prostituzione) la Corte deve basarsi sulla definizione di diritto internazionale contenuta all'art. 4 del Protocollo di Palermo del 2000 sulla tratta⁶¹.

⁵⁹ Ad esempio, la citata direttiva 2011/36/UE prevede delle pene molto più severe nel caso il reato di tratta sia commesso nei confronti di una vittima particolarmente vulnerabile [cfr. art. 4, par. 2, lett. a)].

⁶⁰ La sentenza ha chiarito, tra l'altro, che nella prospettiva dell'art. 4 CEDU, la nozione di tratta di esseri umani si riferisce sia al fenomeno nazionale che a quello transnazionale, indipendentemente dal fatto che sia collegata o meno alla criminalità organizzata (cfr. par. 303).

⁶¹ In particolare, la Corte EDU ha sancito che un comportamento o una situazione possono dare origine a un problema di tratta di esseri umani ai sensi dell'art. 4 CEDU, solo se sono presenti tutti e tre gli elementi costitutivi della definizione internazionale di tratta di esseri umani, di cui al citato art. 4 del Protocollo di Palermo: 1) un'azione (il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'accoglienza o l'ospitalità di persone); 2) i mezzi (la minaccia o l'uso della forza o di altre forme di coercizione, il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità, o il dare o ricevere pagamenti o benefici per ottenere il consenso di una persona che ha il controllo su un'altra persona); 3) lo scopo dello sfruttamento (che comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù o il prelievo di organi).

Infine, la sentenza *A.I. c. Italia* riguardava l'impossibilità per la ricorrente, una rifugiata nigeriana, madre di due bambine, vittima di tratta e in posizione di vulnerabilità, di godere del diritto di visita a causa di un divieto di contatto disposto dal tribunale, in una situazione in cui il procedimento sullo stato di adottabilità delle minori era pendente da oltre tre anni.

I giudici di Strasburgo hanno rilevato in particolare che la Corte d'Appello, organo giudiziario specializzato composto da due giudici professionisti e due giudici laici, non aveva preso in considerazione le conclusioni degli esperti nominati che raccomandavano di mantenere i legami tra la ricorrente e le figlie minori, né aveva motivato sul perché aveva deciso di non tenerne conto. Data la gravità degli interessi in gioco, i giudici interni avrebbero dovuto effettuare una valutazione più dettagliata della vulnerabilità della ricorrente nel corso della procedura⁶², nonché stabilire se la decisione di interrompere i contatti con la madre fosse stata presa nel loro interesse superiore.

Viceversa, le autorità domestiche non avevano dato sufficiente rilievo all'importanza di una vita familiare per la ricorrente e le sue figlie nel procedimento che ha portato all'interruzione dei contatti madre-figlie. Da qui la violazione dell'art. 8 CEDU, poiché la procedura sull'adozione non era stata accompagnata da garanzie proporzionate alla gravità dell'interferenza nel diritto al rispetto della vita familiare e agli interessi in gioco nel caso di specie⁶³.

Appare qui chiaro come la vulnerabilità della ricorrente, in quanto vittima di tratta e madre *single* di due figlie minori, costituisca un elemento centrale della sentenza ai fini della declaratoria di violazione dell'art. 8 CEDU. D'altronde, come ricordato in sentenza, “[d]ans le

⁶² Come prescritto, *inter alia*, dall'art. 12, par. 7 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta, ai sensi del quale gli Stati devono tenere in debito conto le speciali esigenze delle persone che si trovano in una condizione di vulnerabilità.

⁶³ Per simili violazioni dell'art. 8 CEDU in fattispecie presentate da donne migranti, conseguenti all'arbitraria e illegittima rescissione del legame familiare madre-figli, v. altresì, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 settembre 2006, ricorso n. 12643/02, *Moser c. Austria*; sentenza del 21 gennaio 2014, ricorso n. 33773/11, *Zhou c. Italia*; sentenza del 16 febbraio 2016, ricorso n. 72850/14, *Soares de Melo c. Portogallo*.

cas des personnes vulnérables, les autorités doivent faire preuve d'une attention particulière et doivent leur assurer une protection accrue"⁶⁴.

5. Il "Transnational mothering" e il ricongiungimento familiare

Tra le varie fattispecie affrontate dalla Corte EDU, è interessante soffermarsi, pur brevemente, sulle problematiche relative a fattispecie di ricongiungimento familiare, che costituiscono un rilevante fenomeno nel panorama delle migrazioni e che sovente riguardano donne migranti. In proposito, la dottrina straniera parla di "*transnational mothering*"⁶⁵, riferendosi alle difficoltà e agli oneri specifici e sproporzionati che le donne migranti lontane dai propri figli affrontano, ad esempio a causa delle aspettative di genere sul ruolo delle donne come madri, che dovrebbero onorare anche dopo la partenza, pure in termini di assistenza emotiva oltre che di sostegno economico.

Sul tema del ricongiungimento familiare esiste, inoltre, una disciplina nel diritto derivato dell'Unione europea⁶⁶, che tra l'altro stabilisce un parametro parecchio oneroso per l'accoglimento delle domande di ricongiungimento nelle circostanze di cui qui si discute: invero, la direttiva prevede che la suddetta domanda può essere respinta "qualora il soggiornante ed il suo familiare o i suoi familiari non abbiano o non abbiano più un vincolo coniugale o familiare effettivo"⁶⁷ in tal modo demandando al richiedente il compito di provare la sussistenza di un legame effettivo.

In materia, la stessa Corte di Strasburgo ha assunto nel tempo un orientamento rigoroso, offrendo un ampio margine di apprezzamento alle scelte statali e, dunque, alzando l'asticella della tutela. Ciò è dimo-

⁶⁴ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *A.I.*, cit., par. 102.

⁶⁵ V. K. LOCKWOOD, K. SMITH, T. KARPENKO-SECCOMBE, *Rethinking stories of transnational mothering in the context of international study*, in *Women's Studies International Forum*, 2019, n. 72, pp. 17-24; F. STAIANO, *Good Mothers, Bad Mothers: Transnational Mothering in the European Court of Human Rights' Case Law*, in *European Journal of Migration and Law*, 2013, n. 15, pp. 155-182.

⁶⁶ Direttiva 2003/86/CE del Consiglio, *relativa al diritto al ricongiungimento familiare*, del 22 settembre 2003, in GUUE L 251 del 3 ottobre 2003, pp. 12-18.

⁶⁷ *Ibidem*, art. 16, par. 1, lett. b).

strato in particolare da numerosissime decisioni di inammissibilità relative a ricorsi presentati su fattispecie di ricongiungimento familiare⁶⁸.

Tra i diversi provvedimenti, meritano un esame le sentenze *Tuquabo-Tekle e altri c. Paesi Bassi* del 2005⁶⁹ e *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio* del 2006⁷⁰, che ci aiuteranno ad analizzare profili di tutela delle donne migranti e delle minori migranti lontane dalle loro madri sotto i due diversi angoli di valutazione e che hanno comportato l'accertamento di differenti violazioni della Convenzione: da un lato, il diritto al rispetto della vita privata e familiare e, dall'altro, il divieto di trattamenti disumani e degradanti e, ancora, il diritto alla libertà personale.

Il primo caso atteneva al diniego della domanda di ricongiungimento familiare di una madre con permesso di soggiorno regolare nei Paesi Bassi con la figlia minore residente in Eritrea. La donna e il marito avevano stabilito la propria famiglia in Europa e avevano nel frattempo avuto due ulteriori figli.

Qui la Corte EDU ha ricordato i principi da seguire in materia, chiarendo che in tali fattispecie essa è tenuta a valutare la portata dell'obbligo statale di ammettere nel proprio territorio i parenti di migranti stabiliti. Tale portata varia a seconda delle circostanze particolari delle persone interessate, oltre che dell'interesse generale⁷¹. Tuttavia, non si può ritenere che l'art. 8 CEDU imponga a uno Stato l'obbligo generale di rispettare la scelta da parte delle coppie sposate del Paese

⁶⁸ Cfr. – *ex multis* – Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione del 5 settembre 2000, ricorso n. 39003/97, *Knel e Veira c. Paesi Bassi*; decisione del 7 novembre 2000, ricorso n. 39391/98, *P.R. c. Paesi Bassi*; decisione del 13 maggio 2003, ricorso n. 53102/99, *Chandra e altri c. Paesi Bassi*; decisione del 6 luglio 2004, ricorso n. 53675/00, *Ramos Andrade c. Paesi Bassi*; decisione del 5 aprile 2005, ricorso n. 43786/04, *Benamar e altri c. Paesi Bassi*; decisione dell'8 marzo 2016, ricorso n. 25960/13, *I.A.A. e altri c. Regno Unito*.

⁶⁹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 1° dicembre 2005, ricorso n. 60665/00, *Tuquabo-Tekle e altri c. Paesi Bassi*.

⁷⁰ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 12 ottobre 2006, ricorso n. 13178/03, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*.

⁷¹ In tal senso, la sentenza rammenta che in base al diritto internazionale generale e, nel rispetto degli obblighi derivanti dai trattati, ciascuno Stato ha il diritto di controllare l'ingresso degli stranieri sul proprio territorio.

di residenza matrimoniale e di autorizzare il ricongiungimento familiare sul suo territorio⁷².

Come si vede, si tratta di un canone abbastanza rigoroso, che sovente tiene in poco conto la/le vulnerabilità delle ricorrenti, madri e figlie: ad ogni modo, nel bilanciamento dei diversi interessi in gioco, la Corte non può non considerare l'età dei minori interessati, la loro situazione nel Paese d'origine e la dipendenza dai genitori (ossia di tutta una serie di indicatori di vulnerabilità)⁷³.

Il successivo caso *Mubilanzila* appare interessante perché ci pone – come si anticipava – da un diverso angolo visuale, quello della minore non accompagnata che vuole raggiungere la madre, ma per via del suo *status* irregolare viene bloccata e detenuta.

La piccola Tabitha era in viaggio con lo zio dal Paese di origine verso il Canada, con l'obiettivo di raggiungere la madre che li aveva ottenuto il riconoscimento dello *status* di rifugiata. Tuttavia, la minore era stata fermata all'aeroporto di Zaventem in quanto sprovvista di documenti per poter entrare regolarmente in Belgio ed era stata trattenuta in un primo momento nella zona di transito (lo zio, nel frattempo, era tornato in Olanda, dove risiedeva) e successivamente, per circa due mesi, in un centro per migranti non adibito specificamente ai minori, prima del rimpatrio.

Nel decidere sul caso, la Corte di Strasburgo ha considerato quale elemento preminente proprio la vulnerabilità della ricorrente minore, che deriva da tre fattori: la sua particolare minore età, il suo *status* di migrante irregolare e, infine, la circostanza di non essere accompagnata da un adulto. Questi tre *layers* di vulnerabilità determinano una situazione di vulnerabilità composita (ed “estrema”, se si vuole utilizzare

⁷² Successivamente, in materia di ricongiungimento familiare, la Corte EDU ha chiarito gli obblighi positivi in capo agli Stati in una recente sentenza di Grande Camera, che attiene però a un ricongiungimento tra coniugi. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 9 luglio 2021, ricorso n. 6697/18, *M.A. c. Danimarca*.

⁷³ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Tuquabo-Tekle e altri*, cit., par. 44. V. anche sentenza del 10 luglio 2014, ricorso n. 19113/09, *Senigo e altri c. Francia*, dove la Corte ha prestato attenzione alle tempistiche di risposta alle domande di ricongiungimento, ritenendo che ritardi importanti e ingiustificati possano comportare una violazione procedurale dell'art. 8 CEDU.

il linguaggio della sentenza), che ha assunto un rilievo decisivo su tutte le altre circostanze, ivi incluso l'ingresso irregolare nel territorio.

Da qui la violazione degli obblighi positivi di protezione di cui all'articolo 3 CEDU da parte delle autorità belghe, sia per quanto concerne le condizioni di trattenimento della minore, sia per quanto riguarda la sua successiva espulsione verso il Congo. Agli occhi della Corte EDU, il Belgio aveva nel caso di specie un dovere di protezione rafforzata verso la minore, che ha completamente disatteso.

Quanto poi alla doglianza di violazione dell'art. 5 CEDU, la circostanza che la ricorrente sia stata detenuta in un centro adibito ai migranti irregolari, assieme ad altri adulti e nelle loro medesime condizioni, è ritenuta assolutamente incompatibile con il suo *status* di persona estremamente vulnerabile: un'importante conclusione poi confermata da tutta la successiva giurisprudenza in materia di minori stranieri⁷⁴.

6. *L'accoglienza e le donne migranti*

Altro aspetto che non si può trascurare è quello dell'accoglienza delle donne migranti. Come noto, in materia di accoglienza di migranti e richiedenti asilo esiste una copiosa giurisprudenza della Corte, a partire dai *leading case M.S.S. c. Grecia e Belgio*⁷⁵ e *Tarakhel c. Svizzera*⁷⁶.

⁷⁴ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 19 gennaio 2010, ricorso n. 41442 /07, *Muskhadzbiyeva e altri c. Belgio*; sentenza del 5 aprile 2011, ricorso n. 8687/08, *Rahimi c. Francia*; sentenza del 19 gennaio 2012, ricorsi n. 39472/07 e n. 39474/07, *Popov c. Francia*; sentenza del 12 luglio 2016, ricorso n. 11593/12, *A.B. e altri c. Francia*; sentenza del 7 dicembre 2017, ricorso n. 8138/16, *S.F. e altri c. Bulgaria*; sentenza del 28 febbraio 2019, ricorso n. 19951/16, *H.A. e altri c. Grecia*; sentenza del 13 giugno 2019, ricorso n. 14165/16, *S.H. e altri c. Grecia, Austria, Croazia, Ungheria, Macedonia del Nord, Serbia e Slovenia*; sentenza del 17 ottobre 2019, ricorso n. 4633/15, *G.B. e altri c. Turchia*.

⁷⁵ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 21 gennaio 2011, ricorso n. 30696/09, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*. In tale fattispecie, la Corte di Strasburgo ha constatato le gravi carenze sistemiche del sistema greco di asilo, e in particolare la mancanza di strutture idonee di accoglienza per i richiedenti asilo, nonché il sostanziale abbandono di tale gruppo di soggetti, definiti particolarmente vulnerabili (caratteristica intrinseca del gruppo). In conseguenza la Corte ha accertato la

Nell'economia del presente scritto, ci si concentrerà sul più recente contributo giurisprudenziale, reso con la sentenza *M.D. e A.D. c. Francia* del 2021⁷⁷, dove la Corte europea ha accertato le violazioni dell'art. 3 CEDU e dell'art. 5, par. 1 e 4 CEDU.

Il caso riguardava il trattenimento di una madre e della figlia di quattro mesi di origini maliane nel centro di detenzione Mesnil-Amelot n. 2, in attesa del loro trasferimento in Italia, paese competente per l'esame della loro domanda di protezione internazionale ai sensi del Regolamento di Dublino.

Sul trattenimento e sulle condizioni di detenzione dei minori accompagnati (e non), i giudici di Strasburgo non potevano che confermare l'importante filone giurisprudenziale che si basa sulla loro estrema vulnerabilità⁷⁸. Nella specie, in considerazione della giovanissima

violazione dell'art. 3 CEDU da parte della Grecia, sia con riferimento alle condizioni di vita e allo stato di povertà estrema in cui versava il ricorrente ad Atene, sia con riferimento alle condizioni di detenzione. A ciò si aggiunga che, per la prima volta, nella sentenza si stabilisce che il Belgio, alla luce delle gravi criticità sistemiche del sistema greco, avrebbe dovuto interpretare l'allora vigente Regolamento Dublino II in maniera convenzionalmente orientata e, in applicazione alla clausola di sovranità contenuta all'art. 3, decidere di esaminare la domanda del sig. M.S.S. piuttosto che chiedere la presa in carico da parte delle autorità greche.

⁷⁶ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza 9 novembre 2014, ricorso n. 29217/12, *Tarakhel c. Svizzera*. In tale fattispecie, la Corte EDU si è occupata del rifiuto delle autorità svizzere di esaminare la domanda di asilo di una coppia afgana e dei loro sei figli e della decisione di chiedere la presa in carico da parte dell'Italia, ai sensi del c.d. Regolamento Dublino III, senza garanzie individuali in merito alle relative misure di accoglienza. Qui i giudici di Strasburgo hanno concluso che gli Stati hanno degli obblighi di carattere procedurale aggiuntivi per i ricorrenti vulnerabili rispetto a quelli già sanciti dal caso *M.S.S.*, poiché le famiglie con minori necessitano di un'accoglienza appropriata.

⁷⁷ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 22 luglio 2021, ricorso n. 57035/18, *M.D. e A.D. c. Francia*.

⁷⁸ Secondo la giurisprudenza convenzionale, "*les mineurs, qu'ils soient ou non accompagnés, comptent parmi les populations vulnérables nécessitant l'attention particulière des autorités*" (cfr. *Popov*, cit., par. 91). Per tale ragione, l'accertamento di violazione dell'art. 3 CEDU in casi riguardanti minori stranieri tiene conto dei tre seguenti aspetti: "*l'âge des enfants mineurs, le caractère adapté ou non des locaux au regard de leurs besoins spécifiques et la durée de leur rétention*" (cfr. par. 63 della sentenza *M.D. e A.D.*).

età della minore, delle condizioni di accoglienza nel centro di detenzione e della durata della detenzione (11 giorni), che si è conclusa solo in esito all'emanazione di misure provvisorie da parte della Corte stessa, è stato accertato che le autorità competenti avessero sottoposto la minore a trattamenti superiori al livello di gravità richiesto per l'applicazione dell'art. 3 CEDU.

La Corte EDU ha poi esteso il ragionamento e l'accertamento di violazione anche alla madre, tenuto conto dei legami tra una madre e la neonata di quattro mesi, dell'interazione tra loro a seguito dell'allattamento al seno e delle emozioni condivise. È questo un aspetto di non poco momento della sentenza, posto che raramente all'accertamento di violazione per i minori accompagnati si è unito quello per i loro genitori⁷⁹. Tale precisazione è d'uopo anche perché la Corte stessa sottolinea in sentenza di ritenere che le conclusioni cui era pervenuta vadano applicate alla madre in ragione delle particolari circostanze del caso. Viene specificamente valorizzato lo *status* di particolare vulnerabilità della madre in stato di allattamento, che – come già sottolineato – costituisce un fattore riconosciuto anche dalla normativa euro-unitaria⁸⁰.

Quanto alle doglianze di violazione dei paragrafi 1 e 4 dell'art. 5 CEDU, la Corte ha ritenuto che gli elementi di prova a sua disposizione fossero sufficienti per concludere che le autorità nazionali non avevano effettuato un esame adeguato per accertarsi che il trattenimento iniziale e la sua successiva estensione costituissero *measures of last re-*

⁷⁹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Mubilanzila c. Belgio*, cit., par. 62 e 70 (violazione accertata sia nei confronti della minore migrante irregolare non accompagnata sia della madre); *Muskhadzhiyeva e altri c. Belgio*, cit., par. 63 (violazione solo nei confronti dei minori accompagnati di età molto giovane); *Popov c. Francia*, cit., par. 103 (violazione accertata solo nei confronti dei minori richiedenti asilo e non nei confronti dei genitori). Per una critica a questo approccio, v. W. VANDENHOLE, J. RYNGAERT, *Mainstreaming children's rights in migration litigation: Muskhadzhiyeva and others v. Belgium*, in E. BREMS (ed.), *Diversity and European Human Rights: Rewriting Judgments of the ECHR*, Cambridge, 2012, pp. 75-76.

⁸⁰ Si vedano in particolare l'art. 11 della direttiva Accoglienza che prescrive speciali tutele nel caso di trattenimento di persone vulnerabili e il già richiamato art. 21, che include i "genitori singoli con figli minori" tra le persone particolarmente vulnerabili.

sort, ossia tali da non poter essere sostituite da un'alternativa meno restrittiva per la minore neonata al fine scongiurare il temuto rischio di fuga. Da qui la violazione dell'art. 5, par. 1 CEDU nei confronti della minore.

La Corte di Strasburgo ha poi osservato che i giudici interni, nell'esercizio del controllo giurisdizionale relativo alla legittimità del trattenimento iniziale e della decisione di ordinarne la proroga per 28 giorni (periodo che era terminato dopo 11 giorni dall'indicazione di una misura provvisoria da parte della Corte), non avevano tenuto sufficientemente conto dello *status* di minore della seconda ricorrente, in contrasto con l'art. 5, par. 4 CEDU.

Come visto, sulle doglianze di violazione dell'art. 5 CEDU la Corte EDU ha distinto tra la minore, soggetto estremamente vulnerabile, al quale applicare il test di necessità in materia di detenzione, e la madre, che in quanto migrante adulta (pur se parimenti considerata vulnerabile) non gode delle medesime garanzie convenzionali: e ciò ai sensi di un orientamento giurisprudenziale⁸¹ da sempre molto criticato⁸².

7. Mutilazioni genitali femminili

La Corte di Strasburgo si è occupata raramente di ricorsi presentati da donne migranti riguardanti la pratica delle mutilazioni genitali femminili⁸³ e, in maniera forse inattesa, non ha finora mai riscontrato

⁸¹ Come noto, a partire dalla sentenza *Chahal c. Regno Unito*, la Corte EDU ha ritenuto che il test di necessità della detenzione non si applichi al trattenimento di migranti (con la rilevante eccezione dei minori). In sostanza, nel caso di detenzione di un migrante non si richiede che tale misura sia considerata come necessaria, per esempio per impedire che commetta un reato o fugga (cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 15 novembre 1996, ricorso n. 22414/93, *Chahal c. Regno Unito*, par. 112). In dottrina, si veda R. PALLADINO, *La detenzione dei migranti: regime europeo, competenze statali e diritti umani*, Napoli, 2018, pp. 58-66.

⁸² V., *ex multis*, P. PINTO DE ALBUQUERQUE, 'Figli di un dio minore': migranti e rifugiati nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2021, n. 2, pp. 264-265.

⁸³ Secondo l'Organizzazione Mondiale della Sanità, sono definibili "mutilazioni genitali femminili" tutte quelle procedure che comportano la rimozione parziale o totale dei genitali femminili esterni o altre lesioni agli organi genitali femminili per moti-

alcuna violazione della Convenzione⁸⁴. Si è trattato di casi che presentavano in concreto le medesime circostanze: donne migranti (talvolta unitamente alle loro figlie minori) destinatarie di un provvedimento di espulsione, che lamentavano il rischio di essere soggette a mutilazioni genitali femminili nel caso di rientro nel paese di origine.

Il ragionamento seguito è molto simile in tutti i precedenti. La Corte non nega che la sottoposizione a mutilazioni genitali femminili costituisca un trattamento contrario all'art. 3 CEDU, come riconosciuto unanimemente a livello internazionale⁸⁵. Né le sentenze in analisi negano che donne guineane, sudanesi e nigeriane continuino contro la loro volontà a esser vittime di tali brutali pratiche, nonostante nel tempo siano state adottate delle normative (statali o locali) che le proibiscano e in spregio al ruolo proattivo di contrasto svolto dalla stessa società civile.

E tuttavia in questi casi la Corte europea è giunta a decisioni di inammissibilità per manifesta infondatezza o comunque a sentenze di non violazione, per il tramite di una valutazione *a contrario* delle vulnerabilità delle ricorrenti, talora implicita, talora esplicita⁸⁶. In partico-

vi non medici. Si tratta di pratiche che non apportano alcun beneficio per la salute di donne e bambine e che anzi provocano gravi emorragie e problemi di minzione, e in seguito cisti, infezioni, nonché complicazioni nel parto e un aumento del rischio di morte dei neonati. Per tali ragioni, sono riconosciute a livello internazionale come una violazione dei diritti umani delle donne (cfr. OMS, *Fact Sheet: Female Genital Mutilation*, rinvenibile al seguente link: <https://www.who.int/en/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation>). Ad oggi, a livello internazionale l'unico esplicito divieto vincolante di tale pratica è previsto all'art. 5 del Protocollo alla Carta Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli sui diritti delle donne in Africa del 2003 (il c.d. Protocollo di Maputo), il quale prescrive che gli Stati vietino per legge tale pratica e prevedano apposite sanzioni per i perpetratori.

⁸⁴ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione dell'8 marzo 2007, ricorso n. 23944/05, *Collins e Akaziebie c. Svezia*; decisione del 17 maggio 2011, ricorso n. 43408/08, *Izevbekbai e altri c. Irlanda*; decisione del 20 settembre 2011, ricorso n. 8969/10, *Omeredo c. Austria*; sentenza del 19 gennaio 2016, ricorso n. 27081/13, *Sow c. Belgio* e sentenza del 7 giugno 2016, ricorso n. 7211/06, *R.B.A.B. e altri c. Olanda*.

⁸⁵ Tra i vari interventi di condanna della comunità internazionale, appare qui opportuno citare la raccomandazione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite 71/168, *Intensifying global efforts for the elimination of female genital mutilation*, del 19 dicembre 2016, UN doc. A/RES/71/168.

⁸⁶ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Sow*, cit., par. 68, dove si dichiara che

lare, i provvedimenti in commento giungono alla conclusione che le suddette ricorrenti non rischiano o non hanno dimostrato di rischiare di subire mutilazioni genitali nel caso di espulsione nel proprio paese d'origine, poiché essendo indipendenti e scolarizzate possono sottrarsi alla mutilazione.

Si tratta di un ragionamento che, anche alla luce di quanto sopra chiarito, non può essere condiviso, e che va in senso opposto rispetto a quanto finora analizzato. L'ultimo caso è in tal senso il più emblematico. Nella sentenza *R.B.A.B. e altri c. Olanda*, la Corte si occupa di un ricorso presentato da una famiglia sudanese (marito, moglie e tre minori, di cui due bambine) che aveva presentato e reiterato domanda di protezione internazionale alle autorità olandesi, sostenendo che la madre e le due figlie minori avrebbero rischiato di essere esposte a mutilazioni genitali femminili nel paese di origine, e che successivamente si era opposta a un provvedimento di espulsione.

Ancora una volta, la Corte EDU ha da una parte valorizzato le normative locali nigeriane che vietano le pratiche di mutilazioni genitali femminili e un non meglio chiarito calo della pratica in oggetto nel paese⁸⁷.

Ma la parte più preoccupante nel *reasoning* della Corte è quella in cui si conclude per la non violazione dell'art. 3 CEDU, sulla base del seguente ragionamento: non c'è per una minore il rischio di essere sottoposta a infibulazione nella misura in cui sussista una tutela familiare, posto che la scelta di effettuare la pratica è di fatto demandata ai propri familiari (che nel caso di specie erano contrari)⁸⁸.

La conclusione è tanto più allarmante per due ordini di rilievi. Anzitutto sposta il *focus* di protezione del minore trasladolo sui propri genitori/familiari, ritenendo che, qualora le famiglie, e nella specie le madri, siano sufficientemente istruite e indipendenti da poter contra-

“la requérante ne peut pas être considérée comme une jeune femme particulièrement vulnérable”.

⁸⁷ Interessante notare come nella stessa sentenza si espliciti nero su bianco che la pratica in Nigeria si attesta su una percentuale tra il 68% e l'88% delle donne (cfr. par. 55).

⁸⁸ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *R.B.A.B. e altri*, cit., par. 57.

stare l'inflizione della barbara tradizione, le figlie minori non corrono alcun rischio.

Questa argomentazione appare in aperto contrasto con il principio dell'interesse superiore del minore⁸⁹, il quale costituisce un parametro interpretativo che ha preminenza su ogni altra considerazione e rispetto a tutti gli altri soggetti coinvolti e che non doveva dunque essere qui negletto.

Come infatti chiarisce sempre la Corte EDU, in una delle sue espressioni più celebri, la Convenzione "cannot be interpreted and applied in a vacuum"⁹⁰, dovendo piuttosto essere interpretata in armonia con le altre norme di diritto internazionale di cui fa parte, anche in considerazione del carattere speciale della Convenzione in quanto trattato sui diritti umani.

Su questo aspetto, tuttavia, la Corte europea sembra essere per così dire inciampata, non avendo in alcun modo considerato l'interesse superiore delle minori a non essere sottoposte a mutilazioni genitali, subordinandolo integralmente alla volontà di tutela della loro famiglia. In tal modo, la sentenza non tiene in alcun conto il diritto delle minori di autodeterminarsi, facendolo dipendere *de iure*, prima ancora che *de facto*, dalle decisioni dei genitori.

A ciò si aggiunga che il ragionamento appare tanto più fallace se sol si consideri che di tal guisa lo Stato abdica al suo obbligo positivo di tutela, demandandolo integralmente a dei privati, e in particolare ai

⁸⁹ Il principio dell'interesse superiore del minore è previsto all'art. 3, par. 1 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, adottata il 20 novembre 1989. La suddetta Convenzione costituisce uno dei trattati internazionali in materia di diritti umani a più ampia partecipazione statale, con 196 parti contraenti (con l'eccezione degli Stati Uniti d'America). In dottrina si vedano, J. M. POBJOY, *The Best Interests of the Child Principle as an Independent Source of International Protection*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2015, n. 64(2), pp. 327-363; C. FOCARELLI, *La convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child»*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, n. 4, pp. 981-993.

⁹⁰ Cfr. *ex multis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 18 dicembre 1996, ricorso n. 15318/89, *Loizidou c. Turchia*, par. 43. Una tale interpretazione sistematica è prescritta, tra l'altro, dal diritto internazionale e, in particolare, dall'art. 31, §§ 1 e 3, lett. c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, ai sensi del quale un trattato va interpretato in buona fede e in armonia con ogni altra pertinente norma di diritto internazionale.

familiari più prossimi delle minori, attraverso un ribaltamento perverso della teoria della *Drittwirkung*⁹¹ e senza alcuna considerazione sull'effettività di una tale tutela. I giudici di Strasburgo non si preoccupano ad esempio di considerare l'ipotesi in cui il familiare dovesse venire a mancare, o la non inverosimile circostanza che una madre si possa trovare costretta dalla propria famiglia di origine a praticare la barbara tradizione nei confronti della figlia, pur in contrasto alla propria volontà. In breve, la Corte non valuta la vulnerabilità delle ricorrenti donne, sia delle minori sia delle madri.

Questa ultima considerazione ci permette di ricollegarci al secondo elemento critico dell'orientamento consolidato in *R.B.A.B. e altri*. La mancata valutazione della vulnerabilità delle ricorrenti, in contrasto anche a quanto fatto nei precedenti sopra menzionati, appare tanto più criticabile nella misura in cui qui ci troviamo di fronte a tre ricorrenti donne, di cui due minori. Ebbene, a parere di chi scrive, a maggior ragione i giudici europei avrebbero dovuto tener conto e valorizzare le particolari vulnerabilità delle ricorrenti, minori, migranti e potenziali vittime di tali pratiche, al fine di fornire una tutela complementare e, in definitiva, più effettiva nei loro confronti⁹².

Valorizzando le diverse norme in rilievo nella fattispecie⁹³, la Corte avrebbe potuto concludere che il rischio di subire mutilazioni genitali

⁹¹ Invero, l'applicazione orizzontale o indiretta della Convenzione nei rapporti tra privati non comporta il venire meno dell'obbligo statale di intervenire a tutela del soggetto più debole.

⁹² Come chiarito anche dal Comitato sui diritti del fanciullo nel *General Comment No. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1), 29 maggio 2013, UN doc. CRC/C/GC/14, al par. 75, dove si legge che “[t]he purpose of determining the best interests of a child or children in a vulnerable situation should not only be in relation to the full enjoyment of all the rights provided for in the Convention, but also with regard to other human rights norms related to these specific situations, such as those covered in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, the Convention relating to the Status of Refugees, among others”.

⁹³ Pur non venendo menzionato dalla Corte EDU, veniva in rilievo l'art. 20 della Direttiva Qualifiche, il quale prescrive una tutela specifica per i minori, in quanto soggetti particolarmente vulnerabili. Al par. 5 viene stabilito inoltre che “[l]’interesse superiore del minore è la principale considerazione degli Stati membri quando attuano le disposizioni del presente capo che coinvolgono i minori”, norma che in questo caso andava interpretata in combinato disposto con l'art. 21, il quale richiama gli Stati al

una volta espulse nel verso il paese di origine integra la violazione dell'art. 3 CEDU da parte dello Stato che ha emanato il provvedimento di espulsione; tra l'altro senza alcuna considerazione su eventuali tutele offerte da soggetti privati, che, lo si ribadisce, non possono trovare tribuna nell'applicazione di un trattato internazionale in materia di diritti umani. E ciò a maggior ragione, nella misura in cui ci si trovi di fronte a doglianza di violazione dell'art. 3 CEDU, norma che – come noto – riveste carattere di assolutezza e inderogabilità nel sistema convenzionale.

Non in ultimo, giova qui ricordare che, nell'interpretazione di tale articolo, la Corte ha ricavato nel tempo un'applicazione del principio del *non refoulement* ancora più estesa di quanto previsto dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato⁹⁴, ai sensi della quale gli Stati hanno l'obbligo di non espellere o respingere un individuo verso uno Stato in cui potrebbe subire trattamenti disumani o degradanti⁹⁵, posto che le mutilazioni genitali femminili continuano ad essere impunemente perpetrate in spregio a eventuali (e ineffettivi) divieti posti in essere.

8. Alcuni rilievi conclusivi

La panoramica sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di donne migranti ci ha permesso di esaminare come la Corte abbia utilizzato la nozione di vulnerabilità e di come abbia deciso tal-

rispetto del principio di “*non refoulement*”.

⁹⁴ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Plenaria, sentenza del 7 luglio 1989, ricorso n. 14038/88, *Soering c. Regno Unito*; Plenaria, sentenza del 20 marzo 1991, ricorso n. 15576/89, *Cruz Varas e altri c. Svezia*; sentenza del 20 marzo 1991, ricorsi nn. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, *Vilvarajah e altri c. Regno Unito*.

⁹⁵ In maniera simile, tra l'altro, a quanto concluso dal Comitato per i diritti del fanciullo delle Nazioni Unite in una decisione del 2018 nella quale si chiarisce che nel caso in cui sussista il dubbio che la minore non venga protetta dallo Stato e per questo rischi mutilazioni genitali, lo Stato non può espellerla. Cfr. Comitato per i diritti del fanciullo, decisione del 25 gennaio 2018, comunicazione n. 3/2016, *I.A.M. e K.Y.M. c. Danimarca*, UN doc. CRC/C/77/D/3/2016.

volta di valorizzare uno o più fattori di vulnerabilità delle ricorrenti, mentre tal altra vi abbia (*pour cause* o meno) rinunciato.

Non stupisce che i risultati di tutela sono maggiormente protettivi nel caso di constatazione della vulnerabilità e di utilizzo della sua portata prescrittiva.

Due sono in tale senso le strade adottate dalla giurisprudenza convenzionale: una è quella della constatazione della vulnerabilità della ricorrente come elemento principale⁹⁶; l'altra consiste nella valorizzazione dei diversi elementi di vulnerabilità presenti nel caso di specie (minore età, *status* di gravidanza, *status* di genitore singolo, vittima di tratta, vittima di violenze, persona affetta da patologie, ecc.).

In entrambi i casi, l'approdo è comunque verso una protezione speciale e/o rafforzata, o quantomeno l'applicazione di *standard* più favorevoli rispetto a quelli garantiti agli altri ricorrenti: si parte dalla valutazione della (o delle) vulnerabilità per creare o rafforzare un obbligo positivo dello Stato nei confronti delle ricorrenti (in materia di tratta di esseri umani) o per riscontrare la violazione ai loro danni di una determinata norma convenzionale (per esempio, sulla detenzione dei minori stranieri).

Sul punto, appare interessante menzionare un altro interessante aspetto: la Corte di Strasburgo è spesso giunta a un accertamento di violazione della Convenzione per il tramite di una tutela complementare, che valorizza in un gioco di specchi vari obblighi internazionali in materia di diritti umani (e non solo), sempre con l'obiettivo di una tutela accresciuta e più effettiva. Su tutti, valga l'esempio dell'uso virtuoso del Protocollo di Palermo con riferimento a doglianze di violazione dell'art. 4 CEDU presentate da vittime di tratta.

In conclusione, quello che emerge dalla presente disamina giurisprudenziale è che l'utilizzo della nozione o, quantomeno, la valorizzazione dei fattori di vulnerabilità riscontrabili nel caso concreto, condu-

⁹⁶ Che tuttavia è stata criticata sia in generale, sia con riferimento specifico a un suo utilizzo per le donne, in quanto perpetuerebbe una concezione paternalistica, sia più in generale, poiché facendo leva su talune fragilità di taluni individui non contribuirebbe ad eliminare le strutturali diseguaglianze esistenti, quanto piuttosto a rafforzarle. Sul punto, L. PERONI, A. TIMMER, *Vulnerable Groups: the Promise of an Emergent Concept*, cit., pp. 1058-1059.

cono a un approccio protettivo più efficace e, per così dire, *tailored* sulle ricorrenti migranti.

Per contro, la mancata valorizzazione delle vulnerabilità di cui sono portatrici le donne migranti porta sovente a conclusioni deludenti in termini di tutela, come dimostrato in modo esemplare dai casi in materia di ricongiungimento familiare e, soprattutto, di mutilazioni genitali femminili.

In definitiva, per risultati più coerenti sarebbe auspicabile che i giudici di Strasburgo facciano un uso maggiormente puntuale e meno casistico delle vulnerabilità delle donne migranti. In tal modo si potrebbe contribuire a una progressiva diminuzione delle gravi violazioni subite dalle donne migranti, che qui purtroppo abbiamo ripercorso e che nel quotidiano, in Europa e non solo, affollano le vite di numerose donne allontanatesi dal proprio paese alla ricerca di un futuro migliore.

Abstract

Lo scritto esamina la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di donne migranti, analizzando come il giudice internazionale abbia valorizzato le vulnerabilità di tali categorie di ricorrenti al fine di giungere alle sue conclusioni nel merito. L'indagine è suddivisa per macrotematiche e include le peculiari problematiche con le quali si confrontano le donne nel proprio percorso migratorio: la tratta e lo sfruttamento della prostituzione, il c.d. "*transnational mothering*" e le difficoltà del ricongiungimento familiare, le criticità nell'accoglienza e, infine, il fenomeno delle mutilazioni genitali femminili. In conclusione, emerge come un uso puntuale e meno casistico della vulnerabilità può contribuire a una protezione maggiormente effettiva.

KEYWORDS: Donne migranti – vulnerabilità – tratta – Corte di Strasburgo – ricongiungimento familiare

VULNERABILITIES OF MIGRANT WOMEN IN THE CASE LAW
OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS:
SAFEGUARDS AND PITFALLS

The paper examines the case-law of the European Court of Human Rights regarding migrant women, analysing how the Strasbourg judges have valued the vulnerabilities of these categories of applicants in order to reach its conclusions on the merits. The study is divided by macro-issues and includes the peculiar matters women face in their migration journey: trafficking and exploitation of prostitution, the so-called "*transnational mothering*" and the difficulties of family reunification, problems in reception, and, finally, the phenomenon of female genital mutilation. In conclusion, it can be said that a timely and less incidental use of vulnerability can contribute to more effective protection.

KEYWORDS: Migrant women – vulnerability – trafficking – Strasbourg Court – transnational mothering

NON SOLO CRIMINALIZZAZIONE:
IL CONFLITTO CULTURALE SECONDARIO
E LA VITTIMIZZAZIONE DELLE DONNE MIGRANTI

*Francesco Schiaffo**

SOMMARIO: 1. L'ipotesi iniziale tra pregiudizio e falsificazione. – 2. I parametri dell'ipotesi iniziale: quale "criminalità"? – 3. La criminalità degli immigrati: ipotesi psicosociali tra prima e seconda generazione di immigrati. – 3.1. La prima generazione. – 3.2. La seconda generazione. – 4. L'ipotesi di un nuovo tipo di conflitto culturale.

1. L'ipotesi iniziale tra pregiudizio e falsificazione

Anche se periodicamente messo in discussione¹, il dato secondo cui non esiste un rapporto necessario di proporzionalità diretta tra immigrazione e tassi di criminalità non è mai stato significativamente smentito e rappresenta una acquisizione ormai risalente e tuttora consolidata nelle posizioni ampiamente prevalenti nel pensiero criminologico: i flussi migratori non sono flussi di criminalità.

Le ricerche in materia risalgono, notoriamente, a Thorsten Sellin² che negli anni Trenta del secolo scorso studiò, anche sotto questo specifico profilo, il flusso migratorio dall'Europa meridionale agli Stati

* Ordinario di Diritto penale, docente di Criminologia e di Diritto penale, Università degli Studi di Salerno. Indirizzo e-mail: schiaffo@unisa.it

¹ Anche nel dibattito scientifico ha avuto ampia eco un'intervista rilasciata il 18 febbraio 2009 al Corriere della sera da Marzio Barbagli, uno dei più primi e più autorevoli studiosi sul tema, che esplicitamente affermava: "Non volevo vedere: c'era qualcosa in me che si rifiutava di esaminare in maniera oggettiva i dati sull'incidenza rispetto alla criminalità. Ero condizionato dalle mie posizioni di uomo di sinistra». Successivamente lo stesso Barbagli ha affermato che «la proposizione per cui c'è un aumento della criminalità per colpa degli immigrati è infondata» cfr. <https://it.euronews.com/2018/02/28/il-sociologo-barbagli-nessun-aumento-della-criminalita-per-colpa-degli-immigrati>.

² T. SELLIN, *Culture conflict and crime*, in *American Journal of Sociology*, 1938, vol. 44, p. 97 ss.

Uniti d'America e, per primo, dimostrò quanto fosse irrazionale, priva di fondamento e, quindi, essenzialmente emotiva l'ipotesi opposta, secondo cui i tassi di criminalità tra gli immigrati sarebbero molto più alti dei tassi di criminalità tra gli autoctoni e sarebbero, pertanto, la causa di un sensibile incremento dei tassi complessivi di criminalità.

Le conclusioni degli studi di Sellin furono confermate da molti altri analoghi studi successivi, riferiti anche a flussi migratori che, in ragione del contesto geopolitico e di altre connotazioni economiche, sociali, culturali e ormai anche ambientali, erano molto diversi da quello inizialmente considerato da Sellin³.

Appare, dunque, ripetuta e costante la falsificazione della ipotesi iniziale, emotiva ed irrazionale, di una relazione necessaria tra immigrazione e criminalità.

2. I parametri dell'ipotesi iniziale: quale "criminalità"?

L'ipotesi smentita con le ricerche di Sellin era sostenuta, peraltro, assumendo una definizione di criminalità statisticamente discutibile in quanto evidentemente selettiva e parziale.

Infatti, al di là di qualsiasi rappresentazione di sintesi, in realtà la relazione ipotizzata non assumeva mai e, tuttora, di solito non assume un generico e complessivo riferimento alla criminalità, ma solo una selezione spesso implicita e, comunque, limitatissima perché riferita solo a particolari tipologie di criminalità.

È innegabile che si tratta di tipologie criminali che, statisticamente, hanno una significativa incidenza sui tassi di carcerizzazione.

I tassi di carcerizzazione, però, negli ambiti di ricerca della sociologia e della criminologia hanno significatività e rilevanza del tutto diverse dai tassi di criminalità o devianza e, solitamente, sono utilizzati per l'analisi e la valutazione di altri problemi del sistema penale, quali, per esempio, selettività e discriminazioni nell'accesso ad un efficace diritto alla difesa nel corso del procedimento penale o, comunque, se-

³ Per tutti, T. BANDINI, U. GATTI, B. GUALCO, D. MALFATTI, M. MARUGO, A. VERDE, *Criminologia. Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, Milano, 2003, vol. I, p. 239 ss.

lettività o indici assolutamente disomogenei di effettività nei vari ambiti dell'ordinamento giuridico-penale: in ogni caso si tratta di problemi di chiara e fondamentale rilevanza in riferimento a precisi ed espliciti principi costituzionali.

È, invece, relativa e limitata l'incidenza che, sul dato complessivo dei tassi di criminalità in un determinato contesto sociale, esercitano le tipologie delittuose solitamente utilizzate per sostenere l'ipotesi di una relazione necessaria tra immigrazione e criminalità⁴.

Sotto questo profilo, infatti, persino il consueto, implicito e, pertanto, arbitrario riferimento (prevalente, se non esclusivo) alla criminalità violenta, predatoria e da contatto - che sempre ricorre, nei dibattiti della comunicazione di massa sulla criminalità in genere e, quindi, anche sulla criminalità degli immigrati⁵ - diventa fuorviante in contesti sociali che, come quello italiano, sono organizzati e disciplinati da ordinamenti giuridici travolti dal populismo penale⁶: nel loro ambito, infatti, l'eccesso di produzione legislativa penale determina puntualmente l'attribuzione di rilevanza penale anche a fatti irrilevanti in termini di reale dannosità sociale, che aggravano la selettività e compromettono la complessiva efficacia del sistema penale⁷.

⁴ Sulle informazioni deducibili dai dati statistici sulla criminalità, anche nella specifica prospettiva del rapporto tra immigrazione e criminalità cfr. V. FERRARIS, *Immigrazione e criminalità. Teorie, norme e rappresentazioni* (2012), Roma, 2021, p. 33 ss.

⁵ Efficacissima, sotto questo profilo, la metafora usata da Alessandro Dal Lago che, "in mancanza di altri termini" esemplifica le "paranoie di massa (o mediatiche)" in riferimento "al virus Ebola, alla Mucca Pazza e prima ancora all'Aids" e considera la criminalità degli immigrati come la "paranoia preferita": A. DAL LAGO, *Il pianeta dei clandestini*, in M. FOUCAULT, *Biopolitica e territorio. I rapporti di potere passano attraverso i corpi*, Milano, 1996, p. 32 ss., p. 40, nota 8.

⁶ Per tutti, sul punto, cfr. L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Questione giustizia*, 2019, p. 79 ss. e R. CORNELLI, *Contro il populismo. Una proposta di definizione del populismo penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista trimestrale*, 2019, n. IV, p. 138 ss.

⁷ In questa prospettiva, tra gli altri, risultano ancora di estrema attualità, nella prospettiva giuridico-penale, i lavori di F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione della illegalità penale*, Bologna, 1990, *passim*, e di S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, *passim*.

Già negli anni Novanta, anche prima che emergesse esplicitamente un problema di “legislazione penale compulsiva”⁸, in Italia neppure un progetto di ricerca interuniversitario riuscì a precisare il numero di fattispecie di reato previste nell’intero ordinamento giuridico: il risultato fu solo l’indicazione di un dato estremamente vago ed incerto, con una oscillazione che coinvolgeva varie migliaia di fattispecie astratte di reato⁹.

Nella prospettiva ormai consolidata delle criminologie critiche, la produzione legislativa ipertrofica indotta dal populismo penale è considerata l’esito di una particolare situazione innanzitutto economica che ha determinato la crisi dello Stato in quanto promotore di politiche sociali evidentemente costosissime: le politiche securitarie ne hanno preso il posto incoraggiando soluzioni del tutto disfunzionali anche nella gestione dei problemi sociali legati all’immigrazione, fra i quali, in ragione del consueto pregiudizio, emerge spesso nella comunicazione pubblica e nella rappresentazione mediatica proprio quello della criminalità.

3. La criminalità degli immigrati: ipotesi psicosociali tra prima e seconda generazione di immigrati

Quasi tutti gli studi sulla criminalità degli immigrati confermano la iniziale ipotesi di Sellin: se esiste un nesso tra immigrazione e criminalità, questo emerge non tra gli immigrati di prima generazione, ma tra gli immigrati di seconda generazione ovvero nati nel contesto sociale e territoriale raggiunto dai genitori migranti¹⁰.

Solo tra questi ultimi Sellin, per primo, rilevò tassi di criminalità più alti di quelli che, nello stesso contesto sociale, caratterizzavano la comunità degli autoctoni.

⁸ Esemplare, in tal senso, il titolo di un volume collettaneo: AA.VV., *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, *passim*.

⁹ Sul punto A. BARATTA, M. PAVARINI, *La frontiera mobile della penalità nei sistemi di controllo sociale della seconda metà del ventesimo secolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1998, p. 7 ss.

¹⁰ Per tutti, V. FERRARIS, *Immigrazione e criminalità*, cit., p. 60 ss.

Le ragioni sono di agevole intuizione e, sia pur rischiando semplificazioni eccessive, può esserne efficacemente sintetizzato il fondamento scientifico e razionale.

3.1. *La prima generazione*

Un utile strumento di analisi è la fondamentale classificazione degli inibitori della scelta criminale individuale in “contenitori interni” e “contenitori esterni”, proposta da Walter Reckless negli anni Sessanta¹¹.

L’immigrato di prima generazione conserva ancora tutta l’efficacia dei cosiddetti contenitori interni che sono rappresentati dalle opzioni etico-sociali acquisite nel corso della formazione culturale nel contesto di origine: esse rappresentano una primaria condizione di effettività di norme (anche) penali conformi e il loro rafforzamento e il loro consolidamento costituiscono, quindi, anche un obiettivo prioritario di qualsiasi strategia di prevenzione della criminalità.

Ma non solo.

Anche i contenitori esterni, rappresentati dai sistemi di controllo sociale informale, risultano più efficaci sull’immigrato di prima generazione.

Egli, infatti, si ritrova a vivere una condizione di estrema solitudine che travolge in modo esemplare l’immigrato “pioniere”, ovvero l’immigrato che, nel contesto in cui prova ad inserirsi, non trova una comunità di immigrati di analoga origine già inserita o, magari, radicata, che potrebbe agevolare l’inserimento sociale.

In questa situazione di solitudine pressoché estrema, il controllo informale e di prossimità degli autoctoni ovvero la forma di controllo sociale più efficace e capillare, indotta anche da diffidenza e sospetto, sarà, quindi, molto più efficace¹².

¹¹ W.C. RECKLESS, *A New Theory of Delinquency and Crime*, in *Federal Probation*, 1961, vol. 25, p. 42 ss.

¹² Fondamentale, sul punto, T. HIRSCHI, *Causes of Delinquency* (1969), Berkley – Los Angeles (California, USA), 1974, p. 16 ss., p. 135 ss.

3.2. *La seconda generazione*

Completamente diversa e molto più complessa è, invece, la condizione dell'immigrato di seconda generazione.

In primo luogo, infatti, è evidente che per lui il conflitto culturale già vissuto dai genitori si realizza in condizioni del tutto diverse, innanzitutto perché in lui il sistema culturale di origine non è radicato e consolidato, come di solito accade nell'adulto.

Ne deriva, quindi, un disorientamento palesemente maggiore perché, per l'immigrato di seconda generazione, rischia innanzitutto di essere compromesso un efficace "sistema referenziale di orientamento" che, nella prospettiva psico-sociale di Erich Fromm, è ritenuto necessario alla realizzazione di una delle poche, ma necessarie ed imprescindibili condizioni di benessere psicofisico dell'uomo¹³.

Inoltre, le figure parentali, in quanto socialmente emarginate e percepite, quindi, come 'perdenti' dall'adolescente immigrato, non sono per lui un efficace modello per una solida strutturazione del Super-Io¹⁴ ovvero per la identificazione: nella stessa prospettiva della psicologia sociale – diversa e più articolata del modello psicoanalitico freudiano –, quest'ultima rappresenta per l'adolescente la prima soluzione verso la successiva ed adeguata soddisfazione di un altro bisogno fondamentale che è costituito dalla strutturazione, dalla definizione, dalla rappresentazione e soprattutto dall'autopercezione di una autonoma ed esclusiva identità personale¹⁵.

¹³ Nelle elaborazioni proposte da Erich Fromm, l'uomo, travolto dalla sua capacità di pensiero, ha abbandonato l'originario stato di natura, non agisce più per istinto e sviluppa la imprescindibile necessità di soddisfare alcuni bisogni fondamentali; la disponibilità di un "sistema referenziale di orientamento" realizza, in particolare, la condizione necessaria alla soddisfazione del "bisogno religioso" E. FROMM, *Psicoanalisi della società contemporanea*, Milano, 1975, p. 35 ss., p. 68 ss.

¹⁴ Il riferimento al modello freudiano, per quanto scientificamente discutibile - è esemplare, sotto questo profilo, la critica di Karl Popper, K. POPPER, *La scienza: congetture e confutazioni*, in ID., *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, Bologna, 1972, p. 61 ss., p. 69 resta di imprescindibile efficacia esplicativa e comunicativa.

¹⁵ Sulla identità personale come essenziale bisogno dell'uomo e sulla relativa costruzione cfr. E. FROMM, *Psicoanalisi della società contemporanea*, cit., p. 35 ss., *passim*.

In assenza di un efficace modello parentale è molto probabile, quindi, che nell'immigrato di seconda generazione siano deboli i "contenitori interni" la cui funzione, per i suoi genitori, era stata, invece, efficacemente svolta dalle fondamentali opzioni etiche della cultura di origine: nel loro caso, queste ultime potrebbero essere state addirittura rafforzate e consolidate in quanto riferimento identitario assolutamente prevalente in una condizione di emarginazione sociale ovvero di privazione e disconoscimento di qualsiasi ruolo socialmente significativo e positivo.

Ma, secondo le stesse risalenti e ormai consolidate elaborazioni della psicologia sociale, prima di essere un riferimento di identificazione assolutamente fondamentale in fase adolescenziale, il modello parentale è innanzitutto il protagonista dell'*imprinting* originario che, anche nell'adulto, si riattiva ad ogni occasione di interazione simbolica con figure di "altro" alle quali, per valutazioni di tipo qualitativo o anche meramente quantitativo, si attribuisce un particolare credito¹⁶.

Esse rappresentano, in particolare, occasioni di "etichettamento" che, in pedagogia ancor prima che in criminologia¹⁷, sono considerate decisive per la costruzione dell'identità personale e che seguono dinamiche del tutto particolari per l'immigrato di seconda generazione.

Egli, infatti, è esposto non solo ad una particolare complessità del conflitto culturale primario – ovvero puramente culturale - già vissuto dai suoi genitori, ma ad implicazioni ben più gravi del conflitto culturale secondario, determinato dalla ostilità e dalla diffidenza degli autoctoni¹⁸.

Data la sua giovane età e le suddette e preesistenti difficoltà nel percorso di adolescenziale identificazione e successiva strutturazione di una vera ed autonoma identità personale, il conflitto culturale secondario determina nell'immigrato di seconda generazione percorsi molto incisivi per la strutturazione della propria identità personale: in

¹⁶ Resta un fondamentale riferimento nell'ambito della ricerca sociale, psicosociale e criminologica il testo di G.H. MEAD, *Mente, sé e società*, Firenze, 2010, p. 192 ss.

¹⁷ Sulle origini delle teorie dell'etichettamento cfr., con ulteriore bibliografia, G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 342.

¹⁸ T. SELLIN, *Culture conflict and crime*, in *American Journal of Sociology*, cit., p. 99 ss.

ragione della ostilità degli autoctoni, infatti, gli viene attribuito un ruolo di “nemico” a cui egli, data la sua particolare condizione di estrema vulnerabilità perché adolescente e perché privo di solidi modelli identitari alternativi, molto probabilmente si adegnerà interpretandolo ovvero diventando realmente ostile ovvero nemico.

L'unica alternativa ad un percorso di probabilissimo ed efficacissimo etichettamento è rappresentata dalla comunità degli immigrati di seconda generazione che, tuttavia, aggrega persone con analoghe difficoltà e rischia, pertanto, di risolversi in una “associazione differenziale”.

Nelle fondamentali elaborazioni di Edwin Sutherland¹⁹ – che, poi, le applicò per la sua nota teorizzazione della criminalità dei colletti bianchi²⁰ – si tratta di gruppi che, anche se privi di una significativa stabilità, si connotano per una precisa e condivisa consapevolezza identitaria e di appartenenza e presentano caratteristiche tali da farne efficaci veicoli per l'apprendimento di comportamenti criminali, se non addirittura per la condivisione di una vera e propria sottocultura criminale²¹.

4. *L'ipotesi di un nuovo tipo di conflitto culturale*

Per queste ragioni, dunque, l'immigrato di seconda generazione vive una condizione che lo espone ad un elevato rischio di criminalizzazione.

Nella prospettiva rigorosamente avalutativa delle scienze empiriche e sociali – ovvero in ambiti di ricerca che non sono limitati alla definizione di presupposti e limiti della responsabilità penale –, appare evidente, tuttavia, che le cause profonde e reali delle sue prevedibili scelte criminali non sono riferibili esclusivamente alla sua persona e

¹⁹ Sulle associazioni differenziali sono essenziali le teorizzazioni di Sutherland risalenti agli anni Trenta e oggi rappresentate in E.H. SUTHERLAND, D.R. CRESSEY, *Criminologia*, Milano, 1998, p. 118 ss.

²⁰ E.H. SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi*, Milano, 1987, p. 31 ss., *passim*.

²¹ Per tutti A.K. COHEN, *Ragazzi delinquenti*, Milano, 1963, p. 55 ss., *passim*; R.A. CLOWARD, L.E. OHLIN, *Teoria delle bande giovanili in America*, Bari, 1968, p. 41 ss.

neppure alla sua cultura di origine, ma alle difficoltà di una funzionale ed efficace interazione con il contesto sociale in cui nasce, in cui vive e in cui si struttura la sua identità personale.

Pertanto, anche nel caso specifico della criminalità dell'immigrato di seconda generazione, efficaci strategie di prevenzione non possono essere limitate a soluzioni di politica criminale, ma dovrebbero prevedere innanzitutto specifici interventi di politica sociale²².

In particolare, andrebbe evitato il conflitto culturale secondario o, almeno, ne andrebbero favoriti l'elaborazione ed il superamento.

Se, tuttavia, le relative strategie fossero limitate esclusivamente alle specifiche e concrete difficoltà di inserimento e di inclusione sociale del singolo adolescente migrante, potrebbero restare irrisolti alcuni dei più gravi esiti riconducibili alla situazione dell'immigrato di seconda generazione.

Infatti, date le opzioni culturali ed etico-sociali di un determinato contesto di origine, il superamento di quelle difficoltà e, quindi, l'inserimento e l'inclusione sociale tra gli autoctoni potrebbero esporre il migrante di seconda generazione, soprattutto se donna, ad un rischio evidentemente peggiore della criminalizzazione, che è rappresentato dalla vittimizzazione in conseguenza di gravissime fattispecie di reato.

Per la giovane donna migrante non si tratta, però, del rischio, già dettagliatamente ed ampiamente considerato negli studi sul rapporto tra immigrazione e criminalità, di vittimizzazione in quanto soggetto passivo di reati di sfruttamento sessuale²³, ma della vittimizzazione in conseguenza della realizzazione di gravi delitti contro la vita e l'incolumità individuale: gli omicidi commessi in Italia di Hina Saleem (21 anni, agosto 2006), Sanaa Dafani (18 anni, settembre 2009), Shan-naz Begum (46 anni, uccisa nell'ottobre 2010 mentre tentava di difendere la figlia ventunenne vittima di un tentato omicidio da parte degli altri familiari), Kaur Balwinder (27 anni, maggio 2012), Sana Cheema (25 anni, aprile 2018), Saman Abbas (19 anni, maggio 2021) sono solo alcuni degli episodi di cui si ha notizia e che sono riconducibili a stili o scelte di vita delle vittime non tollerati dai familiari.

²² S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 239.

²³ Cfr. per tutti, A. BALLONI, R. BISI, R. SETTE, *Criminologia applicata*, Milano, 2019, p. 253 ss.

Infatti, data la condizione femminile nel contesto sociale di origine determinata dalle relative opzioni etiche e/o religiose, per la giovane donna migrante di seconda generazione integrata o, comunque, vicina alla comunità degli autoctoni si profila una situazione che può essere particolarmente complessa e delicata.

In casi del genere si definisce, in particolare, un conflitto culturale del tutto peculiare che, con il conflitto culturale secondario teorizzato da Sellin, condivide soltanto il protagonista che ne subisce gli effetti, genericamente identificabile con l'immigrato di seconda generazione.

Egli, però, non subisce l'ostilità degli autoctoni, ma quella delle figure parentali o, comunque, delle figure per lui più rappresentative ed influenti nella comunità di origine; l'esito probabile, inoltre, non è la criminalizzazione ma la vittimizzazione in conseguenza della realizzazione di gravissime fattispecie di reato contro la persona.

Data la classificazione delle forme di prevenzione in primaria, secondaria e terziaria che è applicata sia alla prevenzione della criminalizzazione, che della vittimizzazione²⁴, in questo caso sono applicabili e – per esempio, nel caso di Saman Abbas – sono state realmente applicate strategie di prevenzione terziaria del tutto analoghe a quelle di protezione ed assistenza già ampiamente applicate nel caso di reati di sfruttamento sessuale e riduzione in schiavitù: la vittima che aveva già subito minacce e, comunque, l'ostilità nel nucleo familiare, ne è opportunamente allontanata.

Ma, evidentemente, le strategie per una vera prevenzione non intervengono quando è già accaduto ciò che non doveva accadere.

Ancora una volta, adeguate politiche di inserimento ed inclusione sociale estese a tutto il nucleo familiare del migrante di seconda generazione possono rappresentare una utile soluzione di vera e radicale prevenzione ovvero di prevenzione primaria e secondaria²⁵.

²⁴ Per tutti cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 107 ss.

²⁵ In tal senso, in riferimento alla Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica del 11 maggio 2011, cfr. da ultimo, A. DI STASI, *Il diritto alla vita e all'integrità della persona con particolare riferimento alla violenza domestica (artt.2 e 3 CEDU)*, in ID. (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e l'impatto nell'ordinamento giuridico interno (2016-2020)*, Milano, 2020, p. 1 ss., p. 5 ss. e p. 10 ss.

Evidentemente si tratterebbe, ancora una volta, di destinare risorse significative per finanziare strategie di medio o lungo periodo - ma con maggiori prospettive di stabile e reale efficacia - per prevenire forme di criminalità che, peraltro, riguarderebbero i migranti: parafrasando la nota e provocatoria metafora usata da Gesualdo Bufalino dopo gli attentati del 1992, in questo caso non si tratterebbe di mandare in Sicilia un “esercito di maestre” per combattere la mafia, ma un esercito di operatori nei servizi sociali di mediazione familiare e culturale per favorire l’inserimento e l’inclusione sociale di interi nuclei familiari di migranti e per salvare la vita e l’incolumità individuale di giovani donne migranti di seconda generazione.

Si tratterebbe, innanzitutto, dei “doveri di solidarietà politica, economica e sociale” di cui, ai sensi dell’art. 2 Cost., la Repubblica “richiede l’adempimento”.

Ma, anche sotto un profilo non costituzionale, non etico-sociale, ma meramente economico, le risorse necessarie per la tutela di diritti fondamentali dei migranti potrebbero non essere un problema, dati gli ultimi indici pubblicati anche sui siti istituzionali dell’esecutivo secondo cui “i lavoratori immigrati producono 144 miliardi di Valore Aggiunto, dando un contributo al PIL pari al 9%”²⁶.

²⁶ Secondo gli stessi dati, il contributo dei lavoratori migranti aumenta considerevolmente in settori cardine dell’economia nazionale, dato che “*l’incidenza sul PIL aumenta sensibilmente in Agricoltura (17,9%), Ristorazione (16,9%) ed Edilizia (16,3%)*”. Tali sono i dati pubblicati nell’analisi del Rapporto annuale 2022 sull’Immigrazione curato da Fondazione Leone Moressa – Studi e ricerche sull’economia delle immigrazioni in <https://www.integrazionemigranti.gov.it/AntepremaPDF.aspx?id=3646>.

Abstract

Secondo una acquisizione consolidata, solo tra gli immigrati di seconda generazione si registrano tassi di criminalità più alti di quelli che si registrano tra gli autoctoni. Il dato è ricondotto alle difficoltà di integrazione sociale dell'adolescente migrante che lo espongono ad un conflitto culturale ulteriore e più complesso di quello a cui sono state esposte le figure parentali. Dato il contesto culturale di origine, tuttavia, un percorso di inclusione sociale espone la giovane donna migrante di seconda generazione al rischio di vittimizzazione in relazione a gravissime fattispecie di reato contro l'incolumità personale: si tratta di un diverso tipo di conflitto culturale che, di solito, si consuma all'interno del nucleo familiare.

KEYWORDS: Criminalità – conflitti culturali – donne migranti – vittimizzazione – seconda generazione

BEYOND CRIMINALISATION:
SECONDARY CULTURAL CONFLICT
AND VICTIMISATION OF MIGRANT WOMEN

According to a well-established body of research focused on the relationship between immigration and crime, only second-generation immigrants exhibit higher crime rates compared to native individuals. This data is attributed to the difficulties related to integration and social inclusion that are faced by adolescent migrants, which expose them to a secondary cultural conflict that is more severe and complex compared to the primary conflict experienced by their parental figures. However, a path towards social inclusion and integration exposes young second-generation female migrants to the risk of victimisation resulting from the perpetration of serious criminal offenses against life and personal safety. This represents a different type of cultural conflict that typically occurs with severe consequences within the family unit.

KEYWORDS: Crime – cultural conflicts – migrant women – victimisation – second generation

CONTRASTING GENDER-BASED VIOLENCE: COMPARATIVE PROFILES

Giovanni Sciancalepore - Carla Cosentino***

SUMMARY: 1. Introductory notes. – 2. EU policies. – 3. The Spanish model. – 4. Civil legal protection in the evolution of the Italian system: from protection orders to workplace remedies. – 5. Concluding remarks.

1. *Introductory notes*

Regrettably at the centre of national and international debates, fuelled by the resurgence of recurring news reports, gender-based violence has become a pressing concern in modern society.

The modification of the status reserved for women, from subjects without legal capacity and placed under the absolute will of the *pater familias* to individuals with rights and expectations, has hardly reduced the impact of gender-based violence.

The definitive consciousness-raising of its universal and cross-cutting nature has led the international community to take action by condemning, on multiple occasions, the various and complex forms in which the phenomenon manifests itself.

Worthy of mention is the *United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, signed in New York on December 18, 1979, and ratified in Italy by Law No. 132¹ of March 14, 1985.

* Full Professor of Comparative Legal Systems, University of Salerno. E-mail address: gsciancalepore@unisa.it

** Researcher in Comparative Private Law, University of Salerno. E-mail address: ccosentino@unisa.it

The parts of this study, although conceived as a unit, should be attributed as follows: Prof. Sciancalepore parr. 1, 2, 3 - Dr. Cosentino parr. 4, 5.

¹ Official Gazette (Gazzetta Ufficiale) of April 15, 1985, no. 89.

This was followed in 1986 by *United Nations Resolution No. 52/1986 on Crime Prevention and Criminal Justice Measures to Eliminate Violence against Women*.

However, it was only in the 1990s that United Nations bodies began to devote their efforts consistently and increasingly to condemning acts of gender-based violence.

Undoubtedly, one of the most influential documents is the *Declaration on the Elimination of Violence against Women*, which was adopted by the United Nations General Assembly on December 20, 1993². This Declaration was the result of increasing pressure from feminist movements and was driven by the principles affirmed at the Vienna Conference on Human Rights³, also held in the same year.

Indeed, the Declaration delineates, for the first time, a broad concept of gender-based violence, defining it, in article 1, as “any act that results in, or is likely to result in, physical, sexual or mental harm or suffering to women and girls, including threats of such acts, coercion or arbitrary deprivation of liberty, whether occurring in public or in private life”.

The Declaration also highlights the deep interconnection between forms of sexist discrimination and gender-based violence, establishing a direct, proportional relationship between them, whereby one acts as a permanent multiplier of the other.

Moreover, in the ensuing *Programme of Action*, gender-based violence is effectively associated with all types of sexual harassment and exploitation considered to be incompatible with the dignity and worth of the human person.

The issue of violence against women was further explored in the *Inter-American Convention of Belém do Pará* of 1994⁴ as well as in the Fourth World Conference on Women, held in 1995 in Beijing, which reintroduced the same definition presented in the 1993 Declara-

² UN General Assembly, *Declaration on the Elimination of Violence against Women*, December 20, 1993.

³ World Conference on Human Rights, *Vienna Declaration and Programme of Action*, June 25, 1993.

⁴ *Inter-American Convention on the prevention, punishment and eradication of violence against women*, “*Convention of Belém do Pará*”, June 9, 1994.

tion and identified 12 priority areas for intervention, including the fight against gender-based violence.

The Conference emphasized once again that violence against women violates their human rights and hinders their ability to fully exercise all their rights. To combat this phenomenon, the Conference established three strategic objectives: implementing comprehensive measures to prevent and eliminate violence, researching its causes and consequences, and providing support to victims.

In July 2011, *UN Women* (the United Nations entity for gender equality and the empowerment of women) published its first report with the goal of promoting gender equality and empowering women worldwide.

Refining the analysis to the European context, it is undoubtedly crucial to direct attention towards the measures taken by the Council of Europe, whose *ratio essendi* is precisely the establishment of a common democratic space in Europe, in compliance with and through the implementation of the *European Convention on Human Rights* (ECHR).

The Council of Europe has issued several significant acts, including *Recommendation Rec (2002)5* of the Committee of Ministers to Member States on the *Protection of Women against Violence*, which was adopted on April 30, 2002, and the *Istanbul Convention* on “preventing and combating violence against women and domestic violence”. While the former is a typical soft law measure with a purely “persuasive” scope, the latter is essentially binding in nature. *Recommendation Rec (2002)5* was the first international instrument to propose a global strategy to prevent violence and protect its victims. To this day, it remains one of the key legislative measures at the European level in the fight against this phenomenon.

In the explanatory memorandum to *Recommendation Rec (2002)5*, after defining violence against women as “any act of gender-based violence that results in, or is likely to result in, physical, sexual or psychological harm or suffering to women”, at point 2, the Council of Europe states that “it is the responsibility and interest of states, which should make it a priority of their national policies, to ensure that women are guaranteed the right to live free from violence of any kind, whoever the perpetrator may be”.

Subsequently, the Recommendation urges States to adopt or develop national policies to combat violence (point 3); to establish central-level structures or bodies, interconnected with local authorities, if possible; to implement measures to counteract gender-based violence (point 4), to develop research and data collection, by creating a network at the national and supranational level (point 5).

The Recommendation was preceded by an extensive monitoring phase to examine the causes and different forms of the phenomenon. The findings revealed two main characteristics: the issue's universal scope and its multifaceted nature⁵.

Far from being a problem that only concerns certain social or cultural spheres such as a few minorities or specific social classes, gender-based violence transversally affects all social groups and people of any age, professional background, ethnicity, or religion.

One could speak of the 'neutrality' of the phenomenon, if one wishes to emphasize how the factors mentioned may constitute fertile ground for its development, or even to justify its manifestations. However, these factors do not represent the phenomenon's foundational elements, which are evidently to be sought in purely sociological reasons⁶.

As for the modes of expression, gender-based violence can take on various forms: physical, verbal, sexual, psychological, and moral.

⁵ In this regard, see A. ANSELMO, *Strumenti legali europei e degli Stati Membri per la prevenzione e repressione della violenza contro le donne e la violenza domestica*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2012, no. 3, p. 70.

⁶ In other words, it is to these latter factors that one must look in order to identify the cause of the phenomenon and its widespread resurgence. Obviously, situations of poverty, degradation, and low levels of education may act as incentives, but the ultimate source can only be traced back to the general and deep-seated condition of social inequality between men and women and the consequent perception of the subalternity of the female gender. However, C. VÁZQUEZ GONZÁLEZ argues to the contrary in *La medición de la violencia contra la mujer en el ámbito europeo*, in *Revista de derecho penal y criminología*, 2010, no. 3, p. 531 ff., maintaining that the phenomenon is an expression of the violence that characterizes a certain society, with the consequence that the higher the level of crime that affects a certain social context, the higher the rate of gender-based violence.

Therefore, the Recommendation prefers a broad definition that can be interpreted extensively, analogically, and in an evolutionary key⁷.

The impact of the Recommendation, as a predominantly advisory and encouraging measure, has resulted in more than tangible results at the level of national legislation of the Member States. It has had a cultural influence effect, capable of conditioning subsequent political choices at the international level.

The *Istanbul Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, adopted in Istanbul on May 11, 2011, by the Council of Europe, is the fruit of this influence. Indeed, it is the first international instrument with binding effectiveness aimed at creating a comprehensive legal framework in the fight against gender-based violence.

The Convention, which is also open to non-member Countries⁸, extends and integrates the rules and directives provided by other hu-

⁷ According to the Recommendation, violence against women consists of “any act of gender-based violence that results in, or is likely to result in, physical, sexual, or psychological harm or suffering to women, including threats of such acts, coercion, or arbitrary deprivation of liberty, whether occurring in public or in private life. This includes, but is not limited to, the following: a) violence occurring in the family or domestic unit, including, inter alia, physical and mental aggression, emotional and psychological abuse, rape and sexual abuse, incest, rape between spouses, regular or occasional partners and cohabitants, crimes committed in the name of honour, female genital and sexual mutilation and other traditional practices harmful to women, such as forced marriages; b) violence occurring within the general community, including, inter alia, rape, sexual abuse, sexual harassment and intimidation at work, in institutions or elsewhere trafficking in women for the purposes of sexual exploitation and economic exploitation and sex tourism; c) violence perpetrated or condoned by the state or its officials; d) violation of the human rights of women in situations of armed conflict, in particular the taking of hostages, forced displacement, systematic rape, sexual slavery, forced pregnancy, and trafficking for the purposes of sexual exploitation and economic exploitation”. For the full text of the Recommendation, see <https://www.coe.int/en/web/genderequality/recommendation-rec-2002-5-and-other-tools-of-the-council-of-europe-concerning-violence-against-women>.

⁸ The Convention is open for signature by Member States, non-member States that participated in its drafting (Canada, Japan, Mexico, the Holy See, and the United States), and by the European Union. It is also open for accession by other non-member States of the Council of Europe.

man rights organizations while also introducing new tools to strengthen the fight on violence against women.

Furthermore, the Convention incorporates the principles developed on the topic by the case law of the European Court of Human Rights, whose decisions are the result of an evolutionary interpretation of articles 2, 3, and 14 of the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*⁹. Based on *Prevention, Protection and Prosecution* as “the three main pillars of a legal framework that prioritizes civil liberties¹⁰” [translation by the authors], it represents the most advanced level of the international standard for preventing and combating violence against women.

In line with *Recommendation Rec (2002)5*, the Convention recognizes gender-based violence as an expression of the unequal status between genders, which is essentially a “structural” issue stemming from the deep-rooted and long-standing perception of women as inferior to men¹¹.

After listing the various manifestations of this phenomenon, which range from sexual harassment to honour killings and domestic vio-

⁹ One notable precedent is the *Opuz v. Turkey* case, which took place on June 9, 2009, and is classified as case number 33401/02. In this circumstance, the European Court of Human Rights held the Turkish State responsible for violating articles 2 (right to life), 3 (prohibition of torture and inhuman or degrading treatment), and 14 (prohibition of discrimination) in a situation of ongoing domestic violence perpetrated against the complainant, Nahide Opuz, by her spouse. The Strasbourg Court emphasized the importance of positive measures to be taken by the competent authorities in order to prevent further violent acts that could jeopardize the physical and mental well-being of the victim, as required by the aforementioned articles. Such measures need not be specified but aim at preventing the recurrence of violent acts. For further details on the case, see C. DANISI, *Diritto alla vita, “crimini d’onore” e violenza domestica: il caso Opuz c. Turchia*, in *Famiglia e diritto*, 2010, no. 4, pp. 329-337. Further information on positive measures can be found in par. 5.

¹⁰ In this regard, see G. BELLANTONI, *Tutela della donna e processo penale: a proposito della legge n. 119/2013*, in *Diritto penale e processo*, 2014, no. 6, p. 648.

¹¹ On the formal modification of the relationship between spouses and the structural characteristics of gender-based violence in family contexts, see R. SENIGAGLIA, *La Convenzione di Istanbul contro la violenza nei confronti delle donne e domestica tra ordini di protezione e responsabilità civile endofamiliare*, in *Rivista di diritto privato*, 2015, no. 1, p. 111 ff.

lence – the latter being the most common form of gender-based violence today – the Convention proposes a methodology with different objectives to combat the problem.

In other words, the realization that traditional punitive strategies, *i.e.* the provision of criminal offences¹², are inadequate, has led to the adoption of alternative and synergistic measures aimed at providing more effective protection that does not rely exclusively on repressive policies.

The proposed actions aim at *preventing* and *protecting* against gender-based violence, and involve *monitoring* and *integration* activities¹³.

The ‘prevention’ of the phenomenon can only be achieved through cultural education, through a method aimed at breaking down gender-based stereotypes. This is undoubtedly the most ambitious objective, but achieving it even partially would significantly reduce the number of crimes related to violence against women.

However, specific resistance is encountered in situations where instances of abuse are perceived by the community as a result of social customs¹⁴ or justified by codes of conduct based on outdated and harmful cultural stereotypes¹⁵.

¹² In the Italian legal system, the threshold of criminal liability cannot go beyond attempted crime due to the principle of legality and its corollaries. Mere preparatory acts that do not amount to unequivocally direct acts to commit a crime, as per article 56 of the Criminal Code, are not punishable. However, in the case of gender-related crimes, the sanctioning response to the commission of the crime does not necessarily provide effective compensation for the victim, nor does it erase the material and psychological effects that result from it.

¹³ See A. ANSELMO, *Strumenti legali europei*, cit., p. 72.

¹⁴ This refers to the phenomenon of ‘intercultural practices’ such as child brides, female genital mutilation, forced pregnancy, selective abortions, and others.

¹⁵ The reference is to the so-called culturally motivated crimes, that is, those linked to a particular culture or religious belief, whose authors believe that the reasons for their acting *contra legem* should be evaluated in light of their religious creed and therefore ‘discriminated’ in relation to a cultural defence or religious exemption. In such cases, the invoked multiculturalism openly contradicts the principles of modern criminal law, producing an attitude towards the subjectivization of criminal responsibility. The doctrinal approach in the conflict between criminal and cultural norms is divided into two main models: an *assimilationist* model, which requires complete inte-

The protection-oriented objectives range from professional training to healthcare and legal assistance, encompassing all activities aimed at supporting the victims of abuse.

Particular attention is given to the *general obligations of protection*, for the implementation of which mechanisms of cooperation (integration activities) must be put in place between all competent bodies, including judicial authorities, organizations, whether governmental or non-governmental, and, in general, all relevant actors in the field. Indeed, only through an integrated approach can the goal of protection and support for the victims of the offences be achieved.

In other words, general support services are needed that are aimed not only at providing psychological but also material assistance, *i.e.*, financial, logistical, medical, and occupational.

gration of foreigners into the national tradition of the host state, with submission to the legal rules of their criminal justice system; and an *integrationist-multiculturalist* model, more sensitive to cultural and identity-specificities, which justifies criminally relevant but culturally motivated behaviour through the ordinary grounds for exemption, such as consent of the entitled party or the exercise of a right, or through the operation of the grounds for non-punishment due to the absence of the subjective element. Even the most 'multicultural' perspective of acceptance of diversity cannot fail to set limits on the recognition of the lawfulness of certain behaviours, especially where they interfere with the protection of fundamental human rights, which must certainly not be ignored. In other words, ethnic origin cannot be used as a tool to guarantee impunity *ex post*, nor can recognition of cultural diversity be used to mitigate the disvalue judgment against the violation of women's fundamental rights. On the topic, see F. BASILE, *Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturale. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, no. 1, p. 149 ff.; ID, *Immigrazione e "reati culturalmente motivati". Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, p. 41 ff.; A. BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010, p. 3 ff.; F. PARISI, *Cultura dell'altro e diritto penale*, Torino, 2010, p. 33 ff.; C. CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, no. 4, p. 1029 ff.; E. D'IPPOLITO, *Kulturformen ed inevitabilità dell'errore sul divieto: la Corte di Cassazione riconosce l'errore determinato da "fattori culturali" come causa di esclusione della colpevolezza*, in *Cassazione penale*, 2012, no. 11, p. 3711 ff.; G. CROCCO, *Sistema penale e dinamiche interculturali: le implicazioni del movente culturale nella commissione del reato e rilevanza delle cultural defences*, in www.giurisprudenzapenale.com, 2015, pp. 1-52.

In particular, article 25, concerning victims of sexual violence, calls for the creation of adequate first aid centres that are easily accessible and can offer a personalized strategy for concrete protection. This latter provision, together with the establishment of permanent observers capable of collecting data and formulating statistics, meets the need for monitoring the phenomenon.

The provisions of the Convention are made more effective by the introduction, at the remedial level, of a comprehensive compensatory action.

In fact, articles 29 and 30 require the parties to take all necessary measures to “provide victims [...] with adequate civil remedies against State authorities that have failed in their duty to take the necessary preventive or protective measures within the scope of their powers.”; to “ensure that victims have the right to claim compensation from perpetrators for any of the offences established in accordance with this Convention”; to grant adequate compensation by the State “to those who have sustained serious bodily injury or impairment of health, to the extent that the damage is not covered by other sources such as the perpetrator, insurance or State-funded health and social provisions”. In the latter case, the State may then request reimbursement of the compensation granted from the offender, provided that the victim’s safety is fully taken into account.

From the interpretation of the text, therefore, three distinct compensatory obligations emerge. These include: *direct responsibility of the State* for failing to fulfil its obligations arising from the ratification of the Convention; *direct responsibility of the offender*; finally, *indirect and subsidiary responsibility of the State*, in case compensation for serious harm to physical or mental integrity cannot be guaranteed by other sources.

2. EU policies

Although the principle of gender equality and the prohibition of sexist discrimination are recognized as fundamental values within the European Union, as provided for by article 2 of the Treaty on Europe-

an Union¹⁶, and articles 21¹⁷ and 23¹⁸ of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, it should be immediately emphasized that the allocation of competences between the EU and Member States has not allowed for the creation of an organic framework to combat acts of gender-based violence¹⁹.

It should be remembered that the Lisbon Treaty provides for a precise division of competences and also regulates the ways in which these are to be exercised, identifying *exclusive* competences (article 3 TFEU), *concurrent* competences (article 4 TFEU), *supporting* competences (article 5 TFEU) as well as *specific* competences (article 6 TFEU) in certain areas, such as the coordination of economic and employment policies.

This complex system also upholds three fundamental principles: *attribution*, which means that the EU only exercises the competences attributed to it by the Treaties; *proportionality*, which requires that any action taken by the EU must be limited to what is necessary to achieve its objectives; and *subsidiarity*, which allows for EU intervention in areas where competences overlap, but only if the EU can achieve a more effective outcome than the action of individual Member States²⁰.

¹⁶ The provision states as follows: “The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail”.

¹⁷ “Any discrimination based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited”.

¹⁸ “Equality between men and women must be ensured in all areas, including employment, work and pay. The principle of equality shall not prevent the maintenance or adoption of measures providing for specific advantages in favour of the under-represented sex”.

¹⁹ In this regard, see A. ANSELMO, *Strumenti legali europei*, cit., p. 75.

²⁰ Article 5 TEU: “1. The delimitation of the competences of the Union is based on the principle of conferral. The exercise of Union competences is governed by the principles of subsidiarity and proportionality. 2. Under the principle of conferral, the Union shall act only within the limits of the competences conferred upon it by the Member States in the Treaties to attain the objectives set out therein. Competences

According to the framework of competences and principles which the former regulates²¹, it follows that, while certain actions aimed at combating gender-based violence fall within the specific competence of the European Union, others are left to the discretion or exclusive competence of the Member States (consider, for example, criminal legislation). As a result, there is a lack of a comprehensive and unified framework to guide decisions in a European context.

Conversely, opinions, recommendations, resolutions, and directives are fruitful, particularly those pertaining to specific matters or sectors, such as the workplace and remuneration.

In this context, noteworthy is Directive 2011/99/EU, transposed into the Italian legal system by Legislative Decree No. 9 of February 11, 2015, which, through the European Protection Order (EPO) mechanism, has strengthened the protection of victims of crimes – especially gender-based ones – in cases where the victims are forced or wish to move outside the national territory²². This is a mechanism of

not conferred upon the Union in the Treaties remain with the Member States. 3. Under the principle of subsidiarity, in areas which do not fall within its exclusive competence, the Union shall act only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States, either at central level or at regional and local level, but can rather, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved at Union level. The institutions of the Union shall apply the principle of subsidiarity as laid down in the Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality. National parliaments shall ensure compliance with the principle of subsidiarity in accordance with the procedure set out in that Protocol. 4. Under the principle of proportionality, the content and form of Union action shall not exceed what is necessary to achieve the objectives of the Treaties. The institutions of the Union shall apply the principle of proportionality as laid down in the Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality”.

²¹ There have been many contributions on the topic, including, among others, R. BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2010, no. 3, p. 217 ff.; S. MANGIAMELI, *Il disegno istituzionale dell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, *ibid.*, 2011, no. 2, p. 377 ff.; L. S. ROSSI, *L'Unione Europea e il paradosso di Zenone. Riflessioni sulla necessità di una revisione del Trattato di Lisbona*, *ibid.*, 2013, no. 4, p. 749 ff.; M. D'ALBERTI, *L'Unione europea e i diritti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2016, no. 3, p. 761 ff.

²² On the topic, see, among others, M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, in www.penalecontemporaneo.it, 2012, no. 3/4; A. A. MARANDOLA,

mutual recognition of protective measures provided by national authorities, which establishes the extension of certain preventive measures beyond the border of the issuing State and within the Member State which recognizes their effectiveness.

The EPO, which was developed to implement the provision for mutual recognition of judicial decisions set forth in article 82, paragraph 1 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)²³, aims at creating an extraterritorial defence mechanism that protects the life, the physical and mental integrity, and freedom of movement of victims of certain crimes. By means of its introduction, a “transfer system” of protective measures is put in place. This system involves decisions that impose particular prohibitions or restrictions on individuals who may pose a threat²⁴.

Italian Legislative Decree No. 9/2015 has identified those measures exclusively²⁵ in the removal from the family home (article

Verso un nuovo statuto cautelare europeo?, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, no. 3, p. 2163; M. BARGIS, *La cooperazione giudiziaria penale nell'unione europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione: analisi e prospettive*, in *Rivista di diritto processuale*, 2012, no. 4, p. 914.

²³ Article 82, paragraph 1, TFEU: “1. Judicial cooperation in criminal matters in the Union shall be based on the principle of mutual recognition of judgments and judicial decisions and shall include the approximation of the laws and regulations of the Member States in the areas referred to in paragraph 2 and in article 83. The European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, shall adopt measures to: (a) lay down rules and procedures for ensuring recognition throughout the Union of all forms of judgments and judicial decisions; (b) prevent and settle conflicts of jurisdiction between Member States; (c) support the training of the judiciary and judicial staff; (d) facilitate cooperation between judicial or equivalent authorities of the Member States in relation to proceedings in criminal matters and the enforcement of decisions”.

²⁴ Article 2, paragraph 1, letter b, of the Italian Legislative Decree No. 9/2015 defines the protective measure as: “a decision adopted in criminal matters by a judicial body or by another competent authority, which is characterized by autonomy, impartiality, and independence, and which imposes prohibitions or restrictions aimed at protecting the life, physical or psychological integrity, dignity, personal freedom, or sexual integrity of the protected person” [translation by the authors].

²⁵ The decision to reserve the EPO only for these two precautionary measures has been subject to strong criticism, as the Italian government could have selected a wider range of measures, such as special surveillance, warning by the police chief, and pro-

282 *bis* of the Italian Code of Criminal Procedure) and in the prohibition of approaching places frequented by the victim (article 282 *ter* of the Italian Code of Criminal Procedure)²⁶.

Regulation 2013/606/EU²⁷ completes the EPO's framework by regulating measures issued in civil matters, such as the protection order against domestic abuse pursuant to articles 342 *bis et seq.*

The decision to introduce a distinct act to regulate the civil aspects of the phenomenon responds to the express choice²⁸ of the European Union to respect the distinct legal traditions of its Member States without creating excessive interference with their respective legal systems.

bation under social services. In this regard, see P. PERINI, *Entrato in vigore l'ordine di protezione europeo: per le vittime una tutela senza confini*, in *Famiglia e diritto*, 2015, no. 5, p. 522 ff.

²⁶ Italian Legislative Decree No. 9/2015 is divided into five chapters: the first (articles 1-3) contains the general provisions; the second (articles 4-6) relates to the procedure for issuing the order by the Italian judicial authority; the third (articles 7-10) sets out the rules for recognizing a protection order issued by a foreign country; the fourth and fifth chapters concern, respectively, the validity and effectiveness of the measure, and the final provisions. The only amendment made by the decree is that provided for in article 282 *quater*, paragraph 2, of the Code of Criminal Procedure, concerning the obligation to notify. Pursuant to this, the victim, upon being informed of the issuance of one of the measures provided for in articles 282 *bis* and *ter* of the Code of Criminal Procedure, is also informed of the possibility of obtaining the issuance of an EPO. For a commentary on the implementation of the directive and the rules introduced by Legislative Decree No. 9/2015, see I. MARCELLI, *L'Italia recepisce la direttiva sull'ordine di protezione europeo*, in *Archivio penale*, 2015, no. 3, p. 1.

²⁷ More specifically, this refers to (EU) Regulation No. 606/2013 of the European Parliament of 12 June 2013 on mutual recognition of protection measures in civil matters, published in the Official Journal of the European Union on 29 June 2013.

²⁸ This refers to the 'whereas clause' no. 8 of Directive 2011/99/EU on the European Protection Order, according to which: "This Directive takes account of the different legal traditions of the Member States as well as the fact that effective protection can be provided by means of protection orders issued by an authority other than a criminal court. This Directive does not create obligations to modify national systems for adopting protection measures nor does it create obligations to introduce or amend a criminal law system for executing a European protection order".

3. *The Spanish model*

The Spanish legal system has long been at the forefront of the evolving trends in Western legal frameworks to combat gender-based violence. Compared to recent calls to action from the EU and the whole international community, Spain had already enacted the *Ley Orgánica* No. 1 of 28 December 2004 on *Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, which represents the first normative reference model in Europe on this subject²⁹. Also of particular interest, due to its significant impact in the field of labor law, is the recent approval of the *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*.

In actuality, the *Ley Orgánica* of 2004 is not an absolute novelty, since both at the state³⁰ and local level, anticipatory legislative interventions of some relevance³¹ can be found.

In detail, it is worth mentioning the regional laws of certain Autonomous Communities, which, within their decentralized competences in areas such as health, education, assistance and security, have provided a system of protection for women against acts of intrafamily and other forms of violence by introducing preventive and supportive measures and through effective awareness campaigns.

The first adopted, and still in force, is *Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y de Protección a las Mujeres Maltratadas* of the Autonomous Community of Castilla La Mancha. On 8 April 2003, instead, the Autonomous Community of the Canary Islands enacted *Ley 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género*, which has the merit of ha-

²⁹ For the full text of the Law, see www.boe.es. (*Agencia Estatal Boletín Oficial de Estado*).

³⁰ The *Ley Orgánica* of 2004 was preceded by two significant measures. One was the *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*. The other was *Ley 15* of November 25, 2003, which modified *Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica*.

³¹ See S. MANZIN, *Violenza di genere e tribunali speciali di "genere" (femminile) – Breve nota sull'esperienza spagnola, tra norme regionali e legge statale*, in www.federalismi.it, 28 luglio 2005.

ving established the “*Sistema Canario de Intervención Integral contra la Violencia hacia las Mujeres*”. This mainly regulates the organization of socio-sanitary structures with the involvement of volunteer associations to provide social, educational, and support services to victims of violence.

Distinguished from the others by its comprehensive and precise nature is *Ley 1/2004, de 1 de abril, Integral para la Prevención de la Violencia Contra las Mujeres y la Protección a sus Víctimas* enacted by the Autonomous Community of Cantabria.

After defining the concept of gender-based violence and its various typologies, the regulatory text proceeds with several sections. The last ones are particularly noteworthy for introducing innovative provisions that establish both preventive and assistance activities.

The principles and measures of all the provisions mentioned have been incorporated into the *Ley Orgánica 1/2004*, whose undisputed merit³² lies in being the first to adopt a multidisciplinary and integrated approach³³.

The topic, due to its close connection to the act of committing unlawful conduct, has long been considered the exclusive domain of criminal law, to the extent that one could say that “the crime of femicide speaks Spanish”³⁴. However, upon examining the provisions of the law, a distinct change of perspective emerges, which characterizes the legislation in question as aimed at establishing protection that is both markedly preventive and penalty-oriented.

This does not mean that the *Ley Orgánica* of 2004 did not introduce any changes to criminal law. On the contrary, it included several intervention plans aimed at increasing the severity of the punishment for established offences by introducing a system of aggravating cir-

³² Similarly, S. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *La violenza di genere nel decreto legislativo n. 80/2015: un primo commento con riferimento ai precedenti della disciplina spagnola*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, no. 4/5, p. 840 ff.

³³ For a commentary on the Law, see various authors, in *Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, in www.poderjudicial.es.

³⁴ S. BONINI, *Sulla tutela penale di vittime fragili. Questioni sospese in materia di atti persecutori e di femminicidio (dopo il d.l. 93/2013). A margine, un'apertura della Cassazione in tema di mobbing e lesioni personali*, in *Indice penale*, 2014, no. 2, p. 691.

cumstances, criminalizing additional and implementing provisional measures. Additionally, the law adopted criteria similar to the so-called “no-drop policies” in the prosecution of the criminal act.

In fact, with reference to domestic violence, which is considered one of the most typical expressions of gender-based violence, it was Law No. 14 of June 9, 1999 that introduced the crime of habitual domestic violence, which article 173 of the *Código Penal* defines as perpetrator s/he who commits habitual physical or psychological violence against his or her spouse, ex-spouse, or any other person who is or has been linked to him or her by a similar affective relationship. According to the *Ley Organica 1/2004*, the bond between spouses (or other similar affective relationship) constitutes an aggravating circumstance of crimes against the person, which results in a significant increase in penalty.

In addition, the fact that domestic and gender-based violence are considered public crimes, whose prosecution is not dependent on the wishes of the victim, makes it easier to obtain convictions of perpetrators without procedural interruptions caused by retractions or refusal to testify³⁵.

Particularly effective are those measures of both criminal and civil nature that victims of gender-based violence can invoke in case they

³⁵ With reference to the criminal policy choices made by different legal systems to combat gender-based violence, two opposing tendencies have been noted, the first giving priority to *victim choice*, and the second based on the so-called *no-drop policies*. In the first case, utmost importance is attributed to the will of the person who has suffered the violent conduct, making the prosecution of the crime dependent on their report, and thus conditioning both the beginning and the continuation of the trial (the complaint can always be withdrawn). The second case concerns the *ex officio* prosecution, based on the belief that a pro-victim choice approach could expose the woman to manipulation by others, including her own aggressor or a family member. Obviously, this second option aims at solving a series of significant difficulties faced by legal practitioners in obtaining the conviction of the accused, such as frequent retractions or refusals to testify. On this topic, see ERIN L. HAN, *Mandatory Arrest and No Drop Policies: Victim Empowerment in Domestic Violence Cases*, in 23 *B. C. Third World L. J.*, 2003, p. 159. For the Spanish legal system, see M. DEL PILAR MARTÍN RIOS, *Il fenomeno della violenza domestica e della violenza di genere in Spagna: analisi di alcuni aspetti del suo trattamento processuale*, in *Rivista di criminologia, vittimologia e sicurezza*, vol. VI, 2012, no. 1, p. 5 ff.

feel threatened in their personal freedom and psycho-physical integrity.

This refers to protection measures, already introduced with *Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica*, whose atypical content satisfies the need for effective and differentiated protection according to the peculiarities of the concrete case³⁶.

While measures with criminal effect can also be adopted *ex officio*, those of a civil nature must be expressly requested and have the most varied content: from the request for custody of minors, in the case of domestic violence, to the recognition of the victim's use of the family home. Usually, they have a limited temporal effectiveness that can be extended at the discretion of the judicial body, based on the characteristics and severity of the alleged recurring crime.

On the assumption that the classification of gender-based violent conduct as *new crimes* and the inclusion of *aggravating circumstances* in cases related to this type of crime may not be sufficient to combat the issue, the Spanish legislature has implemented a series of measures to address the working and institutional environments, as well as the economic rights of women who have been subjected to violence.

In other words, the recognition of the limitations of relying solely on punitive measures, whose effectiveness *ex post* is not always conclusive³⁷, has led to the implementation of additional measures aimed at providing concrete protection to victims of violence.

In an innovative way, the law introduces the right for a woman who is subjected to acts of violence or harassment to reduce, modify or suspend the employment contract. In particular, the law grants the vic-

³⁶ In actuality, article 48 of the Spanish Criminal Code of 1995 already established prohibitory/prescriptive penalties. On the topic, see E. M. SOUTO GARCÍA, *Las prohibiciones de residir en determinados lugares o acudir a ellos como penas privativas de (otros) derechos en el Código Penal de 1995*, in *Revista de derecho penal y criminología*, 2013, no. 9, p. 173 ff.

³⁷ These, in fact, are often reiterated conducts which result in the commission of permanent and habitual crimes in intrafamily relationships or in relationships between partners. Think, for example, of the crime of stalking, in which the conviction of the offender may not be sufficient *ex se* to determine the cessation of the criminal conduct.

tim of this condition a three-month leave which can be extended, according to needs, up to a maximum of eighteen months, subject to a motivated ruling from the judge and in the event that the protection programme requires longer than originally planned.

Correspondingly, in order to mitigate any negative effects of the leave on the business organization, the employer is allowed to replace the absent worker with another employee hired on a fixed-term contract.

Companies that formalize these types of 'substitute' temporary contracts can benefit from substantial tax relief.

Furthermore, rules are established for the necessary coordination with the public employment services to facilitate the recruitment of women who, due to the violence suffered, have even been forced to change their place of work and, possibly, their place of residence.

The *Ley Orgánica 1/2004* guarantees a minimum level of financial independence to those who lack personal income and risk not finding a different position on the labour market due to their age and training. This aid amounts to six times the monthly unemployment benefits, which coincides with a certain percentage of the professional minimum wage³⁸.

In this regard, Law 1/2004 also ensures that victims of violence have absolute priority in the assignment of social housing.

Additionally, to increase the effectiveness of the law, the *Juzgado sobre la violencia de género* was introduced, which is a court with exclusive competence to establish and decide on cases of murders, injuries, violations of freedom, sexuality, and moral integrity and of any other crime involving violence or intimidation against a person who has or has had a marital or generically sentimental relationship with the aggressor³⁹.

³⁸ On the topic, see J. P. ARAMENDI SÁNCHEZ, *Los aspectos laborales de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, in *Revista de derecho social*, 2005, no. 30, p. 55 ff.; A. LÓPEZ QUINONES GARCÍA, *La modificación de las condiciones de trabajo de las trabajadoras víctimas de violencia de género: reducción o reordenación del tiempo de trabajo y movilidad geográfica o de centro de trabajo*, in R. QUESADA SEGURA (dir.), *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Granada, 2009, p. 177 ff.

³⁹ Article 44 of the *Ley*, entitled *Competencia*.

The judges of these courts have specialized training and are organized into colleges with territorial jurisdiction which is distinct from that of ordinary criminal courts. There are over 400 courts of first instance, as well as numerous prosecutor's offices and second-instance bodies.

The creation of special courts, along with the rules that provide for 'gender-based' aggravating circumstances, represent the most controversial aspects of the highly praised legislation. Some have even argued that these measures could result in 'reverse discrimination', since the treatment for the types of crimes in question may be perceived as 'reserved' (due to the existence of gender courts) and excessively punitive (with reference to their sanctioning effectiveness)⁴⁰.

The *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*, is a comprehensive piece of legislation that includes significant changes in the labour sector. It introduces new prevention and awareness-raising obligations for companies and grants a series of rights to victims of sexual violence – particularly, but not exclusively, female workers – in the areas of labour and social security. Additionally, the law provides victims of sexual violence with similar rights and protections as those granted to victims of gender-based violence or terrorism⁴¹.

The stated aim of the law is the “adoption and implementation of effective, comprehensive and coordinated policies between the various competent public administrations, at both the national and Autonomous Community level, which can guarantee the awareness, prevention, detection and sanction of sexual violence and arrange all the appropriate protective measures capable of providing a comprehensive and specific response with respect to any form of sexual violence, as well as immediate assistance and accompaniment in all sectors of the life of women, children and adolescents, as the main victims of this type of violence” (article 1, paragraph 2) [translation by the authors].

⁴⁰ The issue is intertwined with the thesis of positive actions and anti-discrimination policies. On this point, see par. 5 in greater detail.

⁴¹ For a comment on the text, see L. SERRANI, *Profili giuslavoratistici della legge spagnola di garantía integral de la libertad sexual*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2022, p. 1178 ff.

The regulatory intervention introduces some obligations for companies. These must, first of all, pay special attention to prevention and awareness on the subject. Thus, article 12 of the *Ley Orgánica* 10/2022 states that companies “should promote working conditions that prevent the commission of crimes and other conducts contrary to sexual freedom and moral integrity in the workplace, with particular attention to sexual harassment and gender-based harassment” [translation by the authors]. At the same time, companies will be required to “devise specific procedures for the prevention of such conducts and to respond to suits or complaints that may be filed by those who have been victims of such conducts, including those occurring in a digital environment” (article 12, paragraph 1) [translation by the authors]. The companies will also be able to “establish measures to be negotiated with the workers’ representatives, such as the development and dissemination of codes of good practice, or the implementation of information campaigns, action protocols or training courses” (paragraph 2) [translation by the authors].

These measures are applicable to the entire company workforce, regardless of contractual form. Essentially, companies will be required to promote awareness and provide suitable training for all workers to ensure comprehensive protection against all forms of sexual violence in the workplace. These measures will also affect risk assessment, as companies must include sexual violence as a possible risk that female workers may face, and provide them with specific training and information to mitigate such risks.

As an incentive to make these regulations effective as soon as possible, the law also establishes that companies which adapt their structure and operating rules to these provisions will be awarded the mention of “Enterprise for a society free from gender-based violence” (article 12, paragraph 3) [translation by the authors], a sort of quality seal that acts as a stimulus for the rapid adoption of effective policies aimed at the eradication of all forms of sexual violence.

Of great social impact is the provision referred to in paragraph 5 of article 38, according to which “self-employed female victims of sexual violence who have ceased their activity, in order to have their protection or their right to full social assistance effective, will be considered in a situation of temporary cessation of activity” [translation by the au-

thors], with consequent suspension, for a period of 6 months, of the contribution obligation, which will be considered fulfilled for social security and tax purposes.

Article 39 of the law in question is also concerned with guaranteeing future work paths for victims of sexual violence, both financially and in terms of support for reintegration into the world of work, providing that in the context of the annual employment plans (referred to in article 11 of the consolidated text of the *Ley de Empleo*, approved by the *Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre*) there will be “a specific action programme for victims of sexual violence registered as job seekers” [translation by the authors], which will include “measures to encourage the start of a new self-employment activity” (article 39, paragraph 1) [translation by the authors]. Consequently, “unemployed persons who have suffered sexual violence, as well as self-employed women who have ceased their activity due to having been victims of sexual violence, will be entitled, when applying for a job, to receive the economic subsidy referred to in article 41, as well as to participate in specific work placement programmes” (paragraph 2) [translation by the authors].

Specifically, this economic aid, equal to six months of unemployment benefits, is aimed at “victims of sexual violence who do not have a monthly income higher than the minimum inter-professional wage” (article 41, paragraph 1) [translation by the authors], and can be extended only once, provided that the necessary requirements persist. It is also specified that “should the victim of sexual violence have an officially recognized disability equal to or greater than 33%, the amount will be equivalent to twelve months of unemployment benefits, which can be extended only once, provided that the conditions which had determined the concession persist” [translation by the authors]. Furthermore, in the event that the victim has dependent family members, the amount of said economic aid can have “a duration of eighteen or even twenty-four months, if the victim or any of the family members who live with her have an officially recognized disability of a degree equal to or greater than 33%” (paragraph 2) [translation by the authors], which can be extended only once at the same conditions that were initially provided.

4. *Civil legal protection in the evolution of the Italian system: from protection orders to workplace remedies*

The comprehensiveness and completeness of Spanish legislation, in terms of protection measures, make it the reference model for most European countries, including Italy. Indeed, even the Italian legal system could not avoid making legislation to combat the phenomenon of gender-based violence, either for reasons of social emergency, or in order to comply with the obligations that adherence to the Istanbul Convention entails.

However, it should be pointed out that while Spain has an organic and multidisciplinary framework, Italy has introduced actions for the protection against gender-based violence through different legislative provisions that are not solely aimed at combating this phenomenon. This presents a challenge for commentators who wish to analyse and compare these aspects, as it makes it difficult to outline the legal context of the subject matter.

Undoubtedly, the first step in the field civil law was the introduction of articles 342 *bis* and *ter* in the Italian Civil Code, and 736 *bis* in the Code of Civil Procedure, by Law No. 154 of 4 April 2001.

These are protection obligations against domestic abuse⁴² which provide for the judge to order a series of measures with a precautionary content pursuant to article 343 *ter*, when “the conduct of the spouse or other cohabitant causes severe prejudice to the physical or moral integrity or the freedom of the other spouse or cohabitant⁴³” [translation by the authors].

⁴² On the topic, see, among others, F. AULETTA, *Misure (civili) contro la violenza nelle relazioni familiari: ipotesi ricostruttive della legge n. 154/2001*, in *Famiglia e diritto*, 2003, p. 294 ff.; L. CARRERA, *Violenza domestica e ordini di protezione contro gli abusi familiari*, *ibid.*, 2004, p. 387 ff., note to Genoa Court, 7 Jan., 2003; L. CIARONI, *Le forme di tutela contro la violenza domestica*, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, no. 9, p. 1840 ff.; C. ABATANGELO, A. ZACCARIA (ed.), *Comment to articles 342 bis – 342 ter c.c.*, in *Commentario breve al diritto della famiglia*, Padova, 2008, p. 797 ff.

⁴³ Article 342 *bis*: “When the conduct of a spouse or other cohabitant causes severe prejudice to the physical or moral integrity or freedom of the other spouse or cohabitant, the judge, [if the act is not a crime punishable *ex officio*,] may, upon application by the party [736 *bis* ff. of the Code of Civil Procedure.], adopt one or more of

The case is therefore limited to intrafamily or parafamily relationships, since the type of *relatio* considered refers to marriage or cohabitation. This is an ‘extended’ meaning which equates an officialized relationship to a *de facto* one⁴⁴, but which remains confined, in any case, to the conditions specified.

When it comes to defining abusive conduct objectively, the legislator has opted to characterize it as an offense with atypical content. This definition encompasses in the notion of *abuso* (“abuse”) any harmful behaviour that may result in *grave pregiudizio* (“severe prejudice”), which can take many different forms. As such, the concept of abuse is highly adaptable and can be applied to various forms of violence. For instance, *abuso familiare* (“family abuse”) may qualify as a

the measures provided for in article 342 *ter* by means of a decree” [translation by the authors]. Article 342 *ter*: “With the decree referred to in article 342 *bis*, the judge orders the spouse or cohabitant who has engaged in the harmful conduct to cease such conduct and orders the spouse or cohabitant who has engaged in the harmful conduct to leave the family home, also prescribing, where necessary, not to approach the places habitually frequented by the applicant, in particular the workplace, the domicile of the family of origin, or the domicile of other close relatives or other persons and in the vicinity of the children’s educational institutions, unless the children must attend such places for work reasons. The judge may also order, where the intervention of the social services of the territory or a family mediation centre is necessary, as well as associations whose statutory purpose is to support and welcome women and minors or other victims of abuse and mistreatment; the periodic payment of an allowance in favour of cohabiting persons who, as a result of the measures provided for in the first paragraph, remain without adequate means, establishing the methods and terms of payment and prescribing, if necessary, that the sum be paid directly to the entitled person by the obligor’s employer, deducting it from the salary [2009; 545 Code of Civil Procedure] due to them. With the same decree, the judge, in the cases referred to in the preceding paragraphs, establishes the duration of the protection order, which runs from the date of its execution. This may not exceed six months and may be extended, upon application by the party, only if there are serious reasons for the strictly necessary time. With the same decree, the judge determines the implementation methods. If difficulties or disputes arise in relation to the execution, the judge shall issue the most appropriate measures for implementation by means of a decree, including the use of public force and a medical officer” [translation by the authors].

⁴⁴ The second case in which the provision may be applied is for cohabitants, that is, persons bound to each other by an affective and solidarity bond that materializes in a stable and lasting relationship, giving the *de facto* union a certain degree of certainty.

criminal offence, meeting the criteria for criminal liability, or it may be an act of violence that falls just short of being legally actionable.

In addition to the atypicality of the conduct, the event, as severe prejudice to physical or moral integrity or freedom, presents, in its defining features, an ‘open’ content, also referring to injuries to the ability to self-determine that do not result in compromise of physical well-being, such as denigrating or humiliating acts⁴⁵.

Although the purpose of the law is to create a legal provision capable of deterring any form of aggression, this intention is tempered by the notion of *severity of the prejudice*. Such a notion refers to the ‘uncommon’ severity of the prejudice, such that it causes injury to the person or a violation of their dignity⁴⁶. The law therefore requires injuries of a certain magnitude, which must be evaluated on a case-by-case basis through a prudent analysis entrusted to the judicial authority.

Article 342 *ter* of the Civil Code specifies the contents of protective orders, which can be tailored according to the level of protection

⁴⁵ See G. GLIATTA, *Il fenomeno dei maltrattamenti in famiglia e verso le donne tra legislazione penale e rimedi civilistici*, in *Responsabilità civile*, 2009, no. 6, p. 6 ff.

⁴⁶ “The prerequisite for granting the restraining order, within the *protective orders* provided for by articles 342 *bis* and 342 *ter* of the Civil Code, is not the conduct in itself of the cohabitant against whom the protective measures are requested, but rather the existence of severe prejudice to physical or moral integrity or freedom suffered by a cohabiting family member, attributable in causal terms to the conduct of the other (in the present case, the requested measure was denied on the dual ground of the lack of: a) violent acts resulting in significant injury to the person of one of the protected subjects, or a situation of conflict such as to predictably give rise to the concrete and current risk of serious violence against one of the cohabiting family members by others; b) an uncommon *vulnus* to the individual’s dignity, in relation to the particular sensitivity of the concretely affected dignity profiles, or due to the strong methods of the offence inflicted and the repetitiveness or prolonged duration of the suffering experienced by the victim)” [translation by the authors]. Bari Court, 28 July, 2004, in *Corriere del merito*, 2005, no. 3, p. 275, with a note by F. AGNINO. See also Florence Court, 15 July, 2002; Florence Court, 24 May, 2002 and Bari Court, 11 December, 2001, all in *Il Foro italiano*, 2003, p. 948 ff., with a note by I. MARIANI MAZZOTTA; Bari Court, 20 December 2001, in *Il Foro italiano*, Report 2002, heading *Famiglia in genere ed abusi familiari*, no. 38, and, in full, in *Famiglia e diritto*, 2002, p. 397, with a note by C. PETITTI; Taranto Court, 1 December, 2001, in *Il Foro italiano*, Report 2002, heading cited, no. 31, and, in full, in *Famiglia e diritto*, 2002, p. 627, with a note by G. DE MARZO.

required to combat the abuse and, in particular, to prevent its recurrence. These orders typically include personal measures such as the cessation of the abusive conduct, removal from the family home, and intervention by social services, as well as financial measures such as periodic alimony payments. A generally accepted interpretation holds these provisions as combinable with one another.

While these measures are grounded in civil law⁴⁷, failure to comply with them can result in criminal penalties as per article 388 (first and last paragraphs) of the Criminal Code, and as prescribed by article 6 of Law No. 154/2001.

Outside the scope of protective orders, the extension of actions to combat violence against women, from the domestic/family sphere to a broader social context, has occurred relatively recently and, as specified, at the urging of supranational entities.

It was only in 2013 that the Italian legislature introduced Decree Law No. 93 on August 14, laying down “urgent provisions on security and combating gender-based violence, as well as on civil protection and the appointment of government commissioners for the management of provinces” [translation by the authors] and was subsequently converted into Law No. 119 on 25 October 2013.

The term ‘femicide’, although being an inelegant neologism, accurately reflects the primarily repressive objectives of the legal framework aimed at combating gender-related violence, including homicide, domestic abuse, sexual crimes, threats, and stalking.

⁴⁷ The nature of these measures has been called into question. Due to their temporariness, the complex procedure resembling that of precautionary measures, the explicit reference to the procedure under article 737 of the Italian Code of Civil Procedure (where applicable), as well as the requirement of severe prejudice and summary examination (even during adversarial proceedings), these measures appear to fall within the category of precautionary provisions. However, unlike precautionary provisions, they are not preliminary to full examination. That is, since they are not instrumental in ascertaining the right to full examination, they lack one of the essential prerequisites that characterizes the precautionary function. Therefore, they could be included among summary or executive measures that have executive effectiveness but are unsuitable for establishing a framework for the regulation of disputed matters. On the topic, see A. PROTO PISANI, *Diritto processuale civile*, Napoli, p. 734.

The core of the law, therefore, involves increasing the punitive consequences of penally relevant offenses and introducing new criminal ones⁴⁸.

However, it was not until 2015 that further measures were introduced that could provide special protection to victims of violence, following the example of Spanish legislation. Specifically, article 24 of Legislative Decree No. 80/2015 was introduced as a result of the exercise of the delegation provided for in article 1, paragraph 8, of Law No. 183/2014⁴⁹. This article concerns leave entitlements for women affected by acts of violence.

This represents the first time in Italy that a labour law provision has addressed the issue of gender-based violence⁵⁰, albeit belatedly

⁴⁸ Several authors have written on the subject, including G. PAVICH, *La nuova legge sulla violenza di genere*, in *Cassazione penale*, 2013, no. 12, p. 4314 ff.; B. GIUSEPPE, *Tutela della donna e processo penale: a proposito della legge n. 119/2013*, in *Diritto penale e processo*, 2014, no. 6, p. 641 ff.; F. MACRÌ, *Le nuove norme penali sostanziali di contrasto al fenomeno della violenza di genere*, *ibid.*, 2014, no. 1, p. 12 ff.; L. PISTORELLI, *Prima lettura del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93 (Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto alla violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province)*, in www.penalecontemporaneo.it; P. PITTARO, *La legge sul femminicidio, le disposizioni penali di una complessa normativa*, in *Famiglia e diritto*, 2014, no. 7, p. 715 ff.; M. BERTOLINO, *Violenza e famiglia: attualità di un fenomeno antico*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, no. 4, p. 1710 ff.

⁴⁹ According to which “in order to guarantee adequate support for parental care, through measures aimed at protecting the motherhood of female workers and promoting opportunities for work/life balance for all workers, the government is delegated to adopt, on the proposal of the President of the Council of Ministers and the Minister of Labour and Social Policies, in agreement with the Minister of Economy and Finance and the Minister for Simplification and Public Administration in their respective areas of competence, within six months from the date of entry into force of this Law, one or more legislative decrees for the revision and updating of measures aimed at protecting motherhood and work/life balance”, in particular with regard to “the introduction of leave entitlements for women involved in protection programmes against gender-based violence duly certified by the social services of the municipality of residence” [translation by the authors].

⁵⁰ On the topic, see S. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *La violenza di genere nel decreto legislativo n. 80/2015: un primo commento con riferimento ai precedenti della disciplina spagnola*, *cit.*, p. 840 ff.

compared to other legal systems⁵¹. This initiative should be warmly welcomed, as it echoes the demands of those who have been emphasizing for years that the phenomenon cannot be combated only through legislative choices inspired by a criminalization policy of a retributive nature.

However, the initial excitement is tempered by a closer examination of the regulatory system, which appears to be decidedly weak and ineffective in addressing the broader societal issues surrounding gender-based violence⁵².

Starting from the heading, the title, which refers to a leave for women victims of gender-based violence, is partly misleading. While it seems to cover all cases, in reality, the provision only applies to female employees who are part of protection programmes certified by social services of the municipality of residence, or by anti-violence centres or shelters. As a result, domestic workers, as well as female workers holding coordinated and continuous collaboration contracts, are left without any economic coverage. In these latter cases, the only provision made is for *sospensione del rapporto* (“suspension of the contract”), with no reference to any possible care or assistance provision, or to the possibility of social security coverage.

Furthermore, the leave period is limited to a maximum of three months, a very short time frame, with no option to extend it beyond that period. The only possibility is to take the leave on an hourly basis, “allowed to the extent of half the average daily working hours during the four-week or monthly pay period immediately preceding the one in which the leave begins⁵³” [translation by the authors].

This aspect appears to be borrowed from Spanish legislation of 2004, which, as previously noted, allows victims of gender-based violence to take leave for a significantly longer period⁵⁴.

⁵¹ The reference is to the Spanish system, in which the *Ley Orgánica* of 2004 has included various measures on this issue, as discussed in § 3.

⁵² In this regard, see A. ZILLI, *Il (diritto del) lavoro per il contrasto alla violenza di genere*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2016, no. 4, p. 333 ff.

⁵³ Article 24, section 5, Legislative Decree No. 80/2015.

⁵⁴ See par. 4.

Another new provision introduced in Italy is the right to part-time work, which involves the conversion of full-time employment into part-time work, with the option for the employee to return to full-time work at the request of the worker.

The right in question is conditioned by the availability of part-time job positions in the organizational chart, which, upon closer examination, may undermine its scope. It would have been preferable to try to balance the rights of the worker with those of the employer, rather than inserting a provision capable, ultimately, of subjecting the conversion to part-time work to the almost absolute discretion of the employer.

Furthermore, a legislative discordance should be noted between Legislative Decree No. 80/2015 and No. 81/2015, in that, while the former speaks of 'vertical' and 'horizontal' types of part-time work, the latter no longer contemplates them, evidently nullifying their differential features.

Alongside the leave and part-time options, Law No. 124 of 7 August 2015 recently introduced the possibility for female employees who are victims of gender violence and enrolled in specific protection programmes to apply for a transfer to another public administration located in a different municipality than their current residence, after informing their current administration⁵⁵.

The transfer is clearly a form of individual mobility to be used as a last resort in situations where a radical change in the victim's living habits is necessary.

The provisions mentioned, initially thought to introduce alternative measures to punishing the offender for the purpose of protecting the victim, unfortunately prove to be insufficient in practice. They seem to have too many weaknesses which limit their effectiveness.

To begin with, all of them expose the complainant to a complete lack of privacy in the workplace, as entry into protection programmes is a condition for access. Moreover, those who find the courage to file a complaint represent only a small fraction of the victims of gender-based crimes.

⁵⁵ Article 14, section 6, Law No. 124/2015.

The leave periods established are negligible, and due to the current economic climate, they are scarcely usable, especially given the fear of losing one's job.

Access to part-time work is subject to the discretion of the employer and transferring to a different position is dependent on the availability of positions that match the victim's professional qualifications.

Regarding the category of employees that these measures apply to, only female public sector employees are protected, which is paradoxical since they are already working in a stable and secure environment, unlike their precarious counterparts, who work on a temporary or contracted basis.

The recent ratification of the ILO Convention C190 on the elimination of violence and harassment in the world of work, adopted in Geneva on 21 June 2019 through Law No. 4/2021, demonstrates an advanced level of interest in the topic⁵⁶. The sexual violence suffered by female workers undoubtedly falls within the scope of the C190 Convention's applicability, as clearly evidenced by the definition provided of the phrase "violence and harassment" in the world of work, establishing that it "refers to a range of unacceptable behaviours and practices, or threats thereof, whether a single occurrence or repeated, that aim at, result in, or are likely to result in physical, psychological, sexual or economic harm, and includes gender-based violence and harassment" (article 1, letter a). Therefore, the Convention provides universal protection, encompassing potential victims of harassment and all work contexts and situations where violent or harassing behaviour may occur. As a result, it extends broad protection to all individuals involved in the world of work, including workers regardless of their contractual status, job seekers, trainees, apprentices, individuals whose employment relationship has ended, persons in training, and volunteers. The protection also applies to all employers, whether in the public or private sectors, formal or informal enterprises, and rural or urban areas.

⁵⁶ See S. SCARPONI, *La Convenzione Oit n. 190/2019 su violenza e molestie nel lavoro e i riflessi sul diritto interno*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2021, no. 1, pp. 23-39.

As tangible evidence of the value and strength recognized in social dialogue and tripartism, the ILO Convention C190 assigns a prominent role to employers' and trade union organizations. Member States are required to consult them during the adoption of measures suitable for preventing and combating violence and harassment, through prevention, protection, and enforcement actions.

Moreover, the ratification of the Convention represents a significant step towards achieving the United Nations Agenda 2030 Sustainable Development Goals. Particularly, it addresses Goal 5 of achieving gender equality with special attention to eliminating all forms of violence against women, girls, and children in both public and private spheres. Additionally, it supports Goal 8 for promoting decent work and economic growth, emphasizing the importance of protecting labour rights and providing a safe and secure working environment.

As for protective measures, anti-discrimination law offers some of the most effective and satisfactory techniques. Once a judge has determined that discrimination has occurred, they may order the perpetrator to cease the discriminatory behaviour, eliminate the negative effects on the victim, and implement a plan to remove the discrimination if it is of a collective nature. In addition, if requested, the judge may award damages, even of a non-pecuniary kind. These damages, thus, assume an additional nature compared to the other remedies, with both a deterrent and compensatory function, as they are considered as harm *in re ipsa*. The obligation to pay damages may be imposed on both the employee who committed the injurious behaviour and the employer who failed to intervene despite the victim's report.

In cases where the behaviour constitutes a particularly serious offense, liability of the offender and any involved legal entity is not dependent on contractual clauses that include disciplinary measures, despite such clauses being common in contract law. Moreover, compensation is not the only remedy, as an effectiveness-based approach to protection also implies the relevance of organizational measures aimed at preventing or stopping the wrongful act and its reiteration. With regard to sexual harassment cases, recent jurisprudential developments⁵⁷

⁵⁷ Torino Court, judgement of 7 May 2020, no. 553.

suggest that if transferring the victim to a new position is deemed too burdensome, the wrongdoer should be transferred instead.

5. *Concluding remarks*

The escalation of gender-based violence is deeply ingrained in the socio-cultural fabric of society. The sociological reasons that make violence against women a manifestation of discrimination, inequality, and marginalization have been the focus of EU policies for decades. The analysis of the relationship between disparities and abuses is at the basis of the evolutionary process culminated in the inclusion of the Social Policy Protocol in the Maastricht Treaty in the 1990s, which established guidelines for promoting gender equality.

In particular, broad legitimacy is recognized for so-called 'positive discrimination', that is, those measures that allow, in derogation of the principle of formal equality, priority to be given to women in all those sectors where they have greater difficulty in asserting themselves compared to men.

With the ratification of the Maastricht Treaty, various directives and recommendations were adopted in crucial areas such as part-time work, parental leave, and women's participation in decision-making processes. In 1996, within the framework of the fourth action plan on equal opportunities for women and men, the European Commission issued the Communication *Incorporating Equal Opportunities for Women and Men into All Community Policies and Activities*, formalizing the commitment to direct community policies towards promoting gender equality⁵⁸. This gave rise to the principle of gender mainstreaming, a new strategy in which gender equality is no longer considered as a specific area of intervention among many, but rather a goal that permeates all possible areas of public intervention (employment, education, etc.). In other words, public authorities are required to evaluate the discriminatory effects of any proposed measure before its im-

⁵⁸ This refers to the European Commission Communication, *Incorporation of equal opportunities into Community policies* of February 21, 1996, COM(96) 67 final.

plementation, as a preventative measure aimed at improving the quality and effectiveness of their anti-discrimination policies.

The gender mainstreaming approach was definitively established in the Treaty of Amsterdam in 1997. In particular, articles 2 and 3 recognize “gender equality” as a fundamental objective of the Union, serving as a guiding principle in all EU policy choices.

However, these are mere principle-based provisions that affirm the commitment to pursue such a strategy but are incapable of creating actionable rights or expectations. The turning point can be traced back to Directive 2002/73/EC, where the EU legislator explicitly calls on Member States to consider gender equality as an objective to be pursued in formulating and implementing laws, regulations, administrative acts, and, in general, all political activities⁵⁹.

This represents a significant change of perspective: gender mainstreaming, from a programmatic principle, becomes an explicit normative command – whose imperativeness is mitigated by the scope of the prescriptive instrument that provides it – which, as is known, obliges Member States to achieve a result, leaving them free in the methods of implementation.

Furthermore, the Lisbon Treaty has strengthened the effectiveness of the principle, by elevating it to the status of a foundational value of the Union (article 1), a primary objective to be pursued (article 2), and a key principle guiding all political activity of the Union⁶⁰.

The doctrine of positive actions and the integrationist approach are relevant to the issue of the constitutional legitimacy of gender-based aggravating circumstances provided by *Ley Orgánica 1/2004*. With reference to the Spanish Criminal Code, these circumstances apply to crimes of bodily harm (articles 147 and 148), less serious injuries and abuse (article 153), minor threats (article 171), and minor coercion (article 172)⁶¹.

⁵⁹ For a commentary on the Directive, see B. DENTAMARO, *Parità di trattamento uomo-donna e tutela sostanziale contro le discriminazioni nella direttiva 2002/73/CE*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2004, no. 3, p. 329 ff.

⁶⁰ On the principle of *gender mainstreaming*, see www.europa.eu. For a more in-depth analysis, see D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, Padova, 2008.

⁶¹ See A. M. MAUGERI, *Le aggravanti nei confronti degli uomini autori della “violenza di genere” nella disciplina spagnola: possibile strategia politico-criminale o stru-*

The law provides for a more severe penalty in all cases in which one of the aforementioned types of conduct is committed by a man against a woman and provided that there is, or has been, an emotional relationship between the two. In the case of bodily harm, the penalty is increased to imprisonment from two to five years, if the aforementioned circumstances are present, as opposed to the punishment for the base crime, which provides for imprisonment from three months to three years. These types of conduct have been subjected to constitutional review for violation of the principle of equality enshrined in article 14 of the Spanish Constitution, in a legal system where gender diversity is not considered a general criterion for discrimination. The Constitutional Court of Spain rejected the complaints by invoking the principles of the positive actions doctrine.

Drawing on these principles, it is recognized that a law that implements positive action, not specifically directed towards a woman as an individual, but towards a victim of gender-based violence, is constitutional.

Not every difference in treatment under the Law implies a violation of the principle of equality. The principle does not mandate a strict application of the analogical principle, but rather requires that unequal legal consequences be applied to unequal factual circumstances. Therefore, the principle of equality does not forbid differences in treatment, but only those that are artificial or unjustified because they are not based on rational distinguishing criteria.

The purpose of the amendments to the Criminal Code is to protect women in a context in which they are clearly not sufficiently protected, due to an inherent situation of asymmetry and inequality.

The introduction of gender-specific provisions, while acknowledging that increased sanctions cannot be the only solution to the problem of gender-based violence, makes the Spanish legal system a cutting-edge model not only in terms of protection techniques, but also in terms of legislative policies aimed at gender equality.

Abstract

Regrettably at the center of national and international debates, fueled by the resurgence of recurring news reports, gender-based violence has become a pressing concern in modern society. Among the evolutionary trends of Western countries in combating this phenomenon, the Spanish legal system is considered to be pioneering for having enacted, as early as 2004, an organic law on “*Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*”, which represents the first normative reference model on said topic at a European level. This paper aims at delving into the aspects of Spanish legislation and comparing them with the solutions adopted by the Italian lawmakers, with the purpose of identifying key strengths and aspects which require further attention.

KEYWORDS: Gender-based violence – prevention – protection – contrasting policies – remedies

IL CONTRASTO ALLA VIOLENZA DI GENERE:
PROFILI COMPARATIVI

Amaramente al centro del dibattito moderno, nazionale ed internazionale, animato dalla recrudescenza di ripetuti episodi di cronaca, è il fenomeno della violenza di genere. All'avanguardia rispetto ai *trends* evolutivi dei sistemi occidentali al suo contrasto, appare l'ordinamento spagnolo che, già nel 2004, ha emanato una legge organica sui “*Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*”, la quale rappresenta, nel panorama europeo, il primo modello normativo di riferimento sul tema. Lo scritto si propone, quindi, di approfondire gli aspetti della normativa spagnola in una lettura di confronto con le soluzioni adottate dal legislatore italiano, allo scopo di individuarne i punti di forza e gli aspetti su cui occorre ancora riflettere.

KEYWORDS: Violenza di genere – prevenzione – protezione – politiche di contrasto – rimedi

VIOLENZA DI GENERE E VIOLENZA DOMESTICA
NELLA “LEGALITÀ RETICOLARE”:
IL SISTEMA PENALE MULTILIVELLO
ALLA PROVA DELLA POLITICA CRIMINALE

*Antonino Sessa**

SOMMARIO: 1. Il diritto penale multilivello tra essere e valore. Una premessa di metodo – 2. Violenza di genere e violenza domestica nella “legalità reticolare”: tra obblighi positivi... – 3. ... ed aporie sistematiche nell’adempiimento di obblighi di incriminazione. – 4. Ineffettività e simbolismo nell’arsenale penalistico a tutela della violenza di genere e domestica. Alle origini della norma penale-spia. – 5. Integrazione sociale e controllo penale multiagenziale della violenza contro la “persona in quanto persona”: la razionalizzazione del binario unico sanzionatorio nell’ambito di una risposta di sistema.

1. Il diritto penale multilivello tra essere e valore. Una premessa di metodo

Appare ormai ineludibile il dato per cui, sotto le progressive spinte provenienti dal diritto sovranazionale¹, sembra imporsi sempre di più,

* Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Salerno. Indirizzo e-mail: ansessa@unisa.it

¹ Si pensi a quanto avvenuto già in materia di ‘lotta’ alla corruzione che ha trovato in Italia nelle L. 6 novembre 2012, n. 190, nella L. 27 maggio 2015, n. 69 nonché nella legge n. 3 del 2019 la sua più immediata e necessaria concretizzazione delle Convenzioni di Merida (2003) e di Strasburgo (1999), unitamente alle rigorose raccomandazioni avanzate dal GRECO (il *Group of States against corruption* del Consiglio d’Europa), per maggiori ed esaustivi approfondimenti cfr. F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto “integrato”*, Torino, 2012, p. 70 ss.; V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale “multilivello” dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Napoli, 2012, p. 23 ss., p. 489 ss., p. 556 ss., p. 70 ss.; A. SESSA, *Mercimonio delle funzioni pubbliche e controllo integrato: il diritto penale multilivello alla prova delle opzioni di valore del diritto interno*, in *Archivio penale web*, 2016, n. 2, p. 1 ss.

come costante del sistema penale multilivello, una opzione di diritto positivo in virtù della quale il riassetto sistematico della disciplina penale di contrasto ad allarmanti fenomeni, così come per quello qui oggetto di studio, ha determinato nel tempo un evidente approccio problematico a discutibili per quanto irrazionali opzioni di politica criminale.

Non vi è chi non veda, infatti, come queste ultime, proprio per uscire da una criminogena *impasse* ordinamentale, hanno finito per concretizzarsi in un quanto mai necessario recupero, anche nella legalità “reticolare”, di valori di riferimento che, muovendosi all’interno di una cultura giuspenalistica di stretta derivazione normativo-superiore, potessero ispirare anche la disciplina di settore qui sottoposta al nostro esame. Solo così quest’ultima, allora, e per quanto al riparo da allarmanti cadute di garanzie e da una sanzione, quella più grave, da recuperare ad una funzione di prevenzione integratrice, si sarebbe rivelata in grado di proiettarsi in un diritto penale domestico nel quale anche la critica alla flessibilizzazione delle categorie dommatiche fosse stata capace finalmente di concorrere ad abbandonare la ineffettività di strategie di controllo inadeguate a ridurre le aggressioni ad un ordinamento come scopo primario di una politica criminale votata alla razionalità del contrasto a fenomeni complessi². Ed è proprio facendo tesoro di una tale opzione di metodo che, a seguito della consapevole divaricazione tra obblighi positivi sovranazionali, di chiara matrice politica, ed obblighi interni di (contro) limitata incriminazione valoriale³, si è pro-

² Sul punto, per tutti, cfr. la lezione di C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, 1970, trad. it. a cura di S. MOCCIA, Napoli, 1998, *passim*; da ultimo, per una visione di sintesi evolutiva tra opzione definitoria e politiche sanzionatorie in cui recuperare al momento politico la funzione di barriera contro le degenerazioni del diritto penale vivente, così M. CAPUTO, *Politica criminale*, in www.sistemapenale.it, 5 aprile 2023, p. 1 ss.

³ Per una esaustiva sintesi delle problematiche anche attuali della viva dialettica del delicato bilanciamento tra istanze costituzionali e obblighi sovranazionali in un sistema penale multilivello di protezione di diritti cfr. da ultimo G. PISTORIO, *Corte costituzionale e CEDU*, in www.treccani.it in *Il libro dell'anno del diritto* 2019, p. 1; ma anche in G. RICCARDI, *La corte di giustizia tra dialogo e monologo nella saga Taricco: silenzi, fraintendimenti e surrettizie appropriazioni di competenze penali dirette*, in www.penalecontemporaneo.it del 20 marzo 2018, p. 1 ss. e più in generale cfr. A. CALVALIERE, V. MASARONE (a cura di), *L'incidenza di decisioni quadro, direttive e conven-*

gressivamente ritenuto di dover riaffermare, soprattutto in normazioni stratificate, un misurato rapporto tra principio di sussidiarietà comunitaria e principio di sussidiarietà nazionale. E tutto questo non senza procedere anche alla valorizzazione del proposito in virtù del quale poter riorientare la relazione tra legalità e tipicità penale convenzionale⁴, tanto da abbandonare definitivamente anche quei criteri che, a seguito del tramonto dell'utopia codicistica e della conseguente espansione della categoria “*matière pénale*”, hanno portato ad imporre un diritto penale a due velocità in cui la dialettica tra dommatica e politica criminale venisse ad inserirsi in un sistema multilivello di per sé privo di una capacità ordinante statica, proprio perché dinamicamente condizionata dalla crescente giurisprudenzializzazione del diritto pronta alla ricerca di una regola *iuris* non preesistente al fatto, ma frutto di una ermeneutica casistica che, *ex post*, la adattasse più facilmente ai principi⁵.

Appare del tutto evidente, allora, come da un tale tentativo di rivisitazione ordinamentale ne sia conseguita, così, la decisa presa d'atto del superamento di una crisi della legalità come chiaro segno della decadenza dei tempi⁶ dal momento che, solo con il recupero al sistema di quelle garanzie incentrate nella certezza del diritto, si potesse rendere possibile funzionalizzare, superando l'alternativa tra verità e metodo,

zioni europee sul diritto penale italiano, Napoli, 2018, *passim*.

⁴ Sul tema cfr., per tutti, M. CATENACCI, *Legalità e tipicità del reato nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2003, *passim*.

⁵ Per tutti, ed in una consapevole divaricazione tra ‘obblighi positivi’ e obblighi di tutela penale cfr. S. MOCCIA, *Funzioni della pena e implicazioni sistematiche, relazione tenuta al convegno organizzato dall'Associazione “S. Sandano” su “I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali”*, Roma, 2012, *passim* e p. 13 ss. del dattiloscritto; S. MANACORDA, “*Dovere di punire?*” *Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2012, p. 1364 ss.; A. BARATTA, *Il Corpus iuris e la cultura giuridico-penale europea*, in S. MOCCIA (a cura di), *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, Napoli, 2004, p. 25 ss.; C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, p. 44 ss.; C. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in M. DONINI (a cura di), *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 115 ss. e p. 24 ss.

⁶ Condivisibilmente, sul punto, cfr. per tutti N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, *passim*.

le ragioni della stessa legalità a quelle della equità, in modo solo così da assicurare alla espansione ermeneutica, sul piano orizzontale, il limite della “qualitativa” riconoscibilità del precetto anche sullo stesso piano applicativo verticale⁷.

Ed ecco perché risulta facile comprendere, quindi, come soprattutto per quanto appena sopra evidenziato, l’idea di sottrarre le strategie di controllo di fenomeni complessi ad una ormai fisiologica politica penale dell’emergenza⁸ ha finito progressivamente per imporsi, ed anche prepotentemente, quale sicuro rimedio alla esaltazione di una funzione meramente simbolica della penalità⁹. Quest’ultima, per come esaltata anche nella “legalità reticolare”, quale ulteriore affidabile strumento di stabilizzazione economica, sociale e politica di un Paese, ha determinato, a sua volta, pure la necessità, ben oltre la sua reale funzione di tutela di beni giuridici, di porre rimedio al ricorso a discutibili forme di governo della paura¹⁰ che, alimentando una serie di “stranezze” di sistema¹¹, e nell’ambito di tecniche di tutela non sussidiarie¹²,

⁷ Una tale indiscutibile impostazione critica è rinvenibile in C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2014, p. 1099 ss.; ed anche in F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 54 e p. 72 ss.; O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di M. ROMANO*, vol. IV, Napoli, p. 2011, p. 2197 e spec. p. 2271 ss.

⁸ È la naturale evoluzione della limpida intuizione di S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, *passim*.

⁹ Sul punto, ed in particolare, sul rapporto tra funzioni manifeste e funzioni latenti della penalità come correttivo alla malattia congenita del diritto penale moderno cfr. A. BARATTA, *Prefazione a S. MOCCIA, La perenne emergenza*, cit., XIII ss.

¹⁰ Seguendo la fine accezione di sistema così come avanzata da J. SIMON, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Milano, 2008, *passim*.

¹¹ Identificabili, originariamente, ora nel contesto socio-politico di riferimento, ora nella esaltazione della dimensione preventiva del controllo vanificata da deficit di adozione di norme penali-spia, ora nella disarticolazione di istituti classici del diritto penale, così F. PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Diritto penale contemporaneo- Rivista Trimestrale*, 2012, p. 227 ss.

¹² Le uniche capaci di promuovere, anche nel settore qui oggetto di indagine, una effettività nel controllo di fenomeni complessi ispirati da scelte strategicamente proprie di una democrazia matura, e questo proprio perché gli effetti di una disciplina

non ha tardato chiaramente a rivelarsi come frutto di contingenti scelte di compromesso discutibilmente criminogene¹³.

Pertanto, non vi è chi non veda come, proprio in virtù degli aspetti sistematicamente evidenziati, anche l'analisi del tema oggetto della presente indagine sembra destinato, in nome di un deciso recupero di strategie razionali di controllo, a filtrare il rapporto tra obblighi positivi sovranazionali ed obblighi interni di incriminazione secondo strategie di politica criminale che, nella ricerca di una effettiva legittimazione di scelte punitive, per quanto pure orientate dal giudice delle leggi alla massima espansione dei diritti fondamentali, siano destinate a sopportare quei vincoli di stretta derivazione costituzionale i quali, pur operando in realtà tra loro eterogenee, ed a seguito dello stesso Trattato di Lisbona¹⁴, impongono in ogni caso di non poter prescindere, soprattutto nel diritto penale domestico, dalla prevalenza dell'assiologia delle opzioni di valore interne sulla discrezionalità normativa¹⁵.

L'armonizzazione tra obblighi positivi ed obblighi di incriminazione, dunque, per come da noi pure razionalmente ricostruita, sembra destinata, allora, ad operare alla stregua di una necessaria valvola di sicurezza del sistema che, a fronte della eccezionalità di previsioni impositive, non farebbe altro che confermare, anche nel sistema penale multilivello, la circostanza per cui, nel *corpus* delle Costituzioni, anche di quelle di più recente approvazione, si continuano a riscontrare poche disposizioni obbliganti il legislatore domestico sul piano delle scel-

non si esauriscano in una mera funzione propagandistica collegata ad una politica criminale simbolica ben oltre il diritto penale simbolico, sul punto cfr. C.E. PALIERO, *Il mercato della penalità*, Torino, 2021, *passim*; ID., *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1990, p. 433 ss.; ID., *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli, 2011, *passim*; A. CAVALIERE, *Effettività e criminalità organizzata*, in S. MOCCIA (a cura di), *Criminalità organizzata e risposte ordinarie*, Napoli, 1999, p. 291 ss.; nella dottrina tedesca, per tutti cfr. W. HASSEMER, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin - New York, 2001, *passim*.

¹³ Per la conferma di un tale assunto, più ampiamente v. *ultra* par. 4.

¹⁴ Per una lettura penalistica del rapporto tra fonte sovranazionale e diritto penale interno cfr. I.G. PATRONE, *La dimensione costituzionale del diritto penale dell'UE dopo il Trattato di Lisbona*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 12 novembre 2013, p. 1 ss.

¹⁵ In tal senso cfr. C. PAONESSA, *La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, p. 5 ss.

te penali. Ed un tale ultimo assunto, del resto, non manca di investire lo stesso discorso sugli obblighi di incriminazione che frequentemente discendono dalla normativa sovranazionale.

Infatti, risulta del tutto evidente come, proprio alla stregua di tale ultima considerazione, mentre gli obblighi costituzionali di penalizzazione risentono di una loro concretizzazione in una chiara dimensione valoriale, quelli sovranazionali di incriminazione, anche di fonte europea, risentono, da altra prospettiva e più specificamente, di una evidente attitudine a perseguire, piuttosto, obiettivi eminentemente politici laddove, se la proliferazione di obblighi di penalizzazione in ambito convenzionale non fa mistero dell'obiettivo di incrementare la cooperazione tra gli Stati membri, diventando essa stessa strumento per perseguire tale finalità, a destare profonda perplessità, tuttavia, è la modalità attraverso cui tale obiettivo viene ad essere perseguito e soddisfatto.

Accedendo a posizioni oltranzistiche, quindi, ed in un tale contesto sistematico, non vi è chi non veda come la produzione normativa penale europea, ad esempio, specie in ragione delle aperture operate dall'approvazione del Trattato di Lisbona, non debba ridursi a mero strumento di collaborazione formale con i legislatori interni¹⁶, e questo soprattutto perché gli obblighi di tutela penale nazionale non possono essere sguarniti della propria libera capacità di manovra rispetto a scelte razionali di politica criminale. Ed ecco perché, recuperando opzioni valoriali a scelte eminentemente politiche, la stessa "legalità penale reticolare" non manca di imporre un proprio filtro che, rispetto agli obblighi di incriminazione sovranazionale, finisce per essere finalizzato massimamente all'ossequio rigoroso della discrezionalità del legislatore nazionale in nome di un evidente *revirement* in ragione del quale riorientare un rapporto ispirato in ogni caso alla massima affermazione dei principi di uno stato sociale di diritto, per così come pure confermati da una consolidata ed illuminata deontologia ermeneutica matrice di una normatività dinamica¹⁷.

¹⁶ Così C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., p. 294.

¹⁷ Si tratta, per questa via, di ridimensionare l'incidenza indiretta mediante ete-rointegrazione sulla disciplina penale nazionale da parte della normativa di matrice europea che, portando alla ribalta aspetti acuiti da obblighi europei di penalizzazione,

Appare chiaro, pertanto, ed in ossequio alle argomentazioni sin qui sviluppate, che il diritto sovranazionale, nella sua vincolatività sub-costituzionale, non può assolutamente avere l'effetto di *bypassare*, senza poter contare su idonee garanzie suppletive, il legittimo titolare del monopolio normativo penale in ambito interno; del resto, se tutto ciò accadesse, ci si troverebbe di fronte ad una legislazione nazionale “condizionata” dall'autorità amministrativa comunitaria, laddove tecnocrazie e burocrazia ministeriale sostituirebbero il potere dei rappresentanti elettivi, tanto da determinare, così, una sorta di “scientizzazione” della politica, dalla quale ne esce fortemente ridimensionata la partecipazione democratica. E se non si vuole che tale aspetto entri in crisi in conseguenza degli obblighi di penalizzazione europea, essi vanno rigorosamente limitati, altrimenti si assisterebbe ad un sovvertimento delle radici culturali del nostro ordinamento che, non ostante la crisi del parlamentarismo, rimane ancorato con quest'ultimo ad un irrinunciabile momento di centralismo democratico e di limite alla sindacabilità costituzionale delle leggi¹⁸.

L'esperienza degli obblighi costituzionali di incriminazione dimostra, allora, inequivocabilmente ed in senso contrario, che la forza dei vincoli di tutela penale, anche multilivello, sta proprio nel fatto di non pregiudicare il contorno delle garanzie democratiche di un ordinamento; ed un tale rilievo induce a valorizzare un aspetto spesso lasciato in ombra nell'analisi degli obblighi di incriminazione, ovvero l'elemento del “consenso”, che costituisce il fattore legittimante di ogni processo di ricorso alla sanzione più grave, stante la nota carica lesiva esplicita dalle scelte punitive sulla libertà personale. Ed è proprio qui, infatti, che le Costituzioni sono chiamate a rappresentare l'espressione più alta del consenso sociale, laddove quest'ultimo, in particolare, si rinvigorisce, di volta in volta, soprattutto nella materia penale quando, soprat-

seppur nelle limitazioni desumibili dal Trattato di Lisbona, fa sorgere il problema derivante da una collaborazione tra gli Stati membri nel campo della giustizia penale e della politica criminale europea che è capace di condizionare l'autonomia legislativa interna, cfr. C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., p. 295; sembra qui ripetersi la chiara opzione di metodo così come proposta da F. PALAZZO, F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018, p. 67 ss.

¹⁸ Cfr. C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., p. 301 anche per i riferimenti bibliografici a sostegno dell'assunto.

tutto attraverso la riserva di legge, le garanzie normativo-superiori, attraverso il meccanismo della diretta rappresentanza dell'organo parlamentare, permettono di assicurare, dunque, la "fisiologica" esigenza della piena legittimazione delle scelte punitive¹⁹.

Inutile sottolineare, però, che tutto questo non accade in particolare sul fronte sovranazionale di positivizzazione comunitaria; qui, in verità, la giustificazione degli interventi di penalizzazione non può contare, almeno allo stato attuale del processo di integrazione, su un consenso che, in quanto autenticamente democratico, dovrebbe essere dinamico, e non assorbito, secondo forme tendenzialmente statiche, nel consenso espresso dal singolo Stato membro al momento dell'adesione all'organizzazione europea²⁰.

Breve: nel campo della tutela penale multilivello si impone necessariamente un salto di qualità. Un salto che necessariamente passa attraverso la consapevolezza, da un lato, dell'esistenza di una "identità" comune tra gli Stati membri e, dall'altro, del recupero di quelle radici pure comuni che, fin dal preambolo dello stesso TUE-Lisbona, si rinvenivano quali basi normative da porre a fondamento della comunanza delle "eredità culturali, religiose ed umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto". In un tale riassetto sistematico, allora, non vi è chi non veda come verrebbero ad essere facilmente rinvenibili anche quei filtri valoriali per cui in termini ancora più espliciti rispetto al passato, i diritti fondamentali, anche quando in funzione di controvalori interni di riferimento, possono essere chiamati a svolgere un importante compito aggregante per i diversi ordinamenti aderenti alla struttura sovranazionale. E tutto ciò sicuramente in nome di quelle opzioni razionali di una politica criminale che, solo così non simbolica, sarebbe finalmente in grado di filtrare "obblighi" positivi con "non obblighi" di in-

¹⁹ Cfr. C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., p. 302.

²⁰ In questa prospettiva, il richiamo alla giurisprudenza del giudice delle leggi – ed il riferimento è qui anche al rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri – lungi dall'incarnare una logica di strenuo campanilismo, tradisce proprio l'attuale fragilità del processo di integrazione europea di fronte all'idem sentire dei popoli europei che ha difficoltà a funzionare quale motore propulsore della costruzione dell'Unione, così C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., p. 302.

criminação ogni volta in cui questi ultimi saranno chiamati ad aprirsi a risposte di sistema le quali pure non mancheranno di concretizzarsi in multi agenziali strategie di controllo integrato²¹.

2. *Violenza di genere e violenza domestica nella “legalità reticolare”: tra obblighi positivi ...*

Facendo tesoro della premessa di metodo appena sopra sviluppata, il tema della violenza contro le donne in ambito sovranazionale ha registrato, nel tempo, un’importanza sempre maggiore, al punto da risentire, progressivamente, dell’allargamento della tutela delle stesse donne nella universalizzazione dei diritti da affermare senza distinzioni di genere ed in tutte le sfere della società. Del resto, ed a sostegno di un tale ultimo assunto, anche dal punto di vista definitorio, la violenza di genere, come violenza che comprende la violazione dei diritti umani delle donne, quindi come violazione di diritti fondamentali che interessano un vasto numero di persone in base al sesso, non ha mancato di riflettere, sin dalle sue origini come fenomeno, il problema della tutela di quei principi inviolabili sanciti già dalla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, per così come approvata dall’ONU nel 1948. E da qui, poi, quasi tutti i provvedimenti normativi a tutela della parità di trattamento tra uomo e donne²², ovvero della protezione della donna inquadrata come vittima del sistema, sono stati di derivazione sovranazionale, internazionale ed europea.

Sul piano internazionale, infatti, il riferimento immediato è alla Convenzione ONU per la lotta alla discriminazione femminile del 1979, con il conseguente protocollo del 1999 di allineamento della

²¹ Sembra essere questo l’approdo della suggestiva impostazione critica al rapporto tra diritto penale e fonti sovranazionali proposto da C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., p. 303; da ultimo, sul tema, verificando il principio di proporzionalità alla stregua di una politica criminale integrata e multilivello cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, *passim*.

²² Così per quanto rilevato anche da G.P. CANCELLARO, *Violenza di genere e codice rosso alla luce della riforma del processo penale: quae mutationes?*, in *Giurisprudenza penale web*, 2022, p. 3.

stessa Convenzione ai principali testi in materia di diritti umani²³. Ma il pensiero va anche alla Conferenza di Pechino, che ha costituito sicuramente il primo tassello con cui le agenzie internazionali hanno promosso, da un lato, la lotta alla marginalizzazione delle donne nell'ambito dei diritti umani e, dall'altro, la causa dell'uguaglianza fra i sessi, avendo come obiettivo comune il contrasto alla violenza contro le donne quale questione rilevante anche sul piano internazionale penale, tanto da ricondurlo nell'ambito del diritto penalistico internazionale e del diritto umanitario²⁴.

In un tale scenario sistematico, allora, risulta facile comprendere come l'attenzione alla violenza di genere abbia costituito, sin dalle sue origini, un problema riconducibile alla violazione dei diritti fondamentali delle donne, tanto da rinvenire la sua base nell'affermazione come valore universale del principio delle pari opportunità tra i generi e della non discriminazione di esse in ogni settore della vita, pubblica e privata. Da qui, di conseguenza, l'obbligo diretto degli Stati di garantire alle donne una vita libera da ogni forma di violenza, quale obbligo, poi, più strettamente concretizzantesi nella attuazione delle note 5 P²⁵, da inserire evidentemente in quella produzione normativa con cui la Comunità internazionale, attraverso raccomandazioni, dichiarazioni e convenzioni settoriali²⁶ ha contribuito a far confluire il tema della violenza di genere in un tema politico più globale.

Quest'ultimo, a dire il vero, quale espressione della universalizzazione di diritti, non ha mancato, a sua volta, di muoversi in una prospettiva femminile capace di segnare in modo evidente la presa d'atto,

²³ Per maggiori approfondimenti cfr. G.P. CANCELLARO, *Violenza di genere e codice rosso*, cit., ivi.

²⁴ Si pensi ai tribunali ex Jugoslavia e Ruanda dove statuti istitutivi contemplavano lo stupro come crimine contro l'umanità e gli abusi sessuali sulle donne nel corso di conflitti armati, cfr. A. MERLI, *Violenza di genere e femminicidio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 gennaio 2015, p. 8.

²⁵ *To promote*, promuovere una cultura che non discrimini le donne; *to prevent*, adottare ogni misura idonea a prevenire la violenza maschile sulle donne; *to protect*, proteggere le donne che vogliono fuggire dalla violenza maschile; *to punish*, perseguire i crimini commessi nei confronti delle donne; *to procure compensation*, risarcire, non solo economicamente, le vittime di violenza sulle donne.

²⁶ Così condivisibilmente A. MERLI, *Violenza di genere e femminicidio*, cit., p. 9.

con il suo contestuale superamento, della difficoltà della definizione della violenza di genere sulle donne, e tutto ciò, evidentemente, incardinato nell'ambito di una realtà di spiccata complessità tanto dal punto di vista sociologico, quanto anche da quello giuridico ed ambientale. Essi, per quanto storicamente condizionati, e a seconda delle diverse forme assunte nei relativi Paesi, hanno finito per avvalorare la recente tendenza alla regionalizzazione degli strumenti con cui affrontare il problema in ragione delle forme particolari di violenza socialmente e culturalmente determinate²⁷. Ed è proprio in virtù di tutto quanto appena sopra osservato che, allora, non risulta difficile comprendere come, nel quadro di diritto internazionale così maturato, la definizione più diffusa di violenza contro le donne, basata sul genere ed ora presa in considerazione anche a livello europeo, ha finito per assorbire ogni forma di violenza fisica, psicologica, sessuale, economica, istituzionale esercitata nei confronti della donna “perché donna”, unitamente a qualsiasi altra forma di violenza che, incidendo sulla dignità, integrità e libertà delle stesse donne, possa manifestarsi in diversi luoghi e tipi di relazioni, riconducibili alla sua dimensione privata come a quella pubblica²⁸.

Tuttavia, seppur di fronte ad una definizione così ampia, tutti i documenti giuridici internazionali, frutto di un compromesso tra posizioni molto diverse tra loro, sembrano avere assunto a loro riferimento una violenza contro le donne come fenomeno basato, da una parte, su una secolare tradizione di sottomissione delle donne agli uomini e, dall'altra, sull'esistenza di ostacoli insormontabili all'esercizio dei loro diritti, che si risolvono in meccanismi per mezzo dei quali le donne sono costrette in una posizione subordinata rispetto agli uomini.

Del resto, pure non vi è chi non veda come tale posizione di sottomissione femminile sia destinata ad assumere, di volta in volta, forme e dimensioni locali a seconda del contesto sociale, culturale e politico della società di riferimento, tanto da poter la stessa posizione essere intesa come manifestazione di una costruzione sociale non solo di forte disparità, ma anche di disomogenea distribuzione del potere tra i sessi che, al contempo, diventando prodotto e causa del sistema di dominio

²⁷ Cfr. A. MERLI, *Violenza di genere e femminicidio*, cit., p. 10.

²⁸ Cfr. A. MERLI, *Violenza di genere e femminicidio*, cit., ivi.

maschile sulle donne, provoca un contesto di violenza diffusa da parte degli uomini, in famiglia (un'area nascosta del potere maschile, e un ambito in cui la violenza si esercita nella maggior parte dei casi), o all'interno di qualsiasi altra relazione interpersonale²⁹. Ed ecco perché, su tali basi di diritto sovranazionale, allora, e più specificamente nel panorama Europeo, ha finito per assumere particolare importanza la nota Convenzione di Istanbul del 2011, quale primo strumento internazionale *ad hoc* giuridicamente vincolante non solo perché in grado di radicare il consenso della comunità a livello paneuropeo su una cornice normativa comune in materia di protezione dei diritti delle donne nella lotta alle discriminazioni di genere, ma anche perché – recependo gli esiti più maturi della prassi e del dibattito internazionali sul fenomeno della violenza contro le donne e della violenza domestica – si è venuta caratterizzando, quale atto normativo di specifico riferimento, per la previsione di strumenti assenti negli altri trattati esistenti in materia, specialmente per quanto riguarda due aree di intervento: quello in materia di prevenzione (con una speciale attenzione alle vittime di violenza di genere, sia in tempo di pace che in situazioni di conflitto armato) e quello in materia di accesso ai servizi da parte di donne che hanno subito violenza³⁰.

Per come ratificata in Italia ai sensi della legge n. 77 del 2013, la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e il contrasto alla violenza contro le donne e alla violenza domestica, aperta alla firma ad Istanbul l'11 maggio 2011, rappresenta, allora, lo strumento regionale che realizza il livello più avanzato dello *standard* internazionale di prevenzione e contrasto del complesso fenomeno della violenza di

²⁹ Volendo riprendere la esaustiva ricostruzione sistematica operata da A. MERLI, *Violenza di genere e femminicidio*, cit., pp. 11-12 anche per gli opportuni rinvii bibliografici a sostegno.

³⁰ Una puntuale rassegna del contenuto della Convenzione di Istanbul qui ripresa è rinvenibile in A. DI STEFANO, *La convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 ottobre 2012, p. 1; G. BATTARINO, *Note sulla attuazione in ambito penale e processuale penale della Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2 ottobre 2013, p. 1 ss.

genere, di protezione delle vittime e di criminalizzazione dei responsabili.

Concepito nel quadro d'azione del Consiglio d'Europa in materia di violenza contro le donne e violenza domestica il testo, dopo aver definito preliminarmente le diverse tipologie di violenza, precisa i corrispondenti obblighi statali di carattere generale, con una particolare attenzione agli obblighi di criminalizzazione di talune condotte lesive negli ordinamenti interni.

Qui la violenza contro le donne è definita, in termini generali, già nel preambolo del Trattato, come *species* di una più ampia fattispecie, quella della "violenza di genere", suscettibile di colpire anche gli uomini ed inclusiva di condotte di carattere sistematico, spesso suscitate da condizionamenti di ordine storico, sociale o culturale che producono gravi discriminazioni ai danni delle vittime, ostacolandone il pieno sviluppo della personalità e delle capacità umane.

A seguire, nell'articolato, è presente la definizione specifica di "violenza contro le donne", da intendersi (art. 3), come "una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti gli atti di violenza che, fondati sul genere, 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 che, sia nella sfera pubblica che nella sfera privata, è diretta contro una donna in quanto donna o che la colpisce in misura sproporzionata.

A tale formula ampia e comprensiva si riferisce, poi, l'autonoma categoria normativa della "violenza domestica", inclusiva di ogni genere di condotte che, caratterizzate da violenza fisica, sessuale, psicologica o economica, si verificano all'interno della famiglia o di un'unità domestica ovvero tra coniugi o ex coniugi o *partner*, e ciò indipendentemente dal fatto che l'autore della violenza condivide o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima, per una violenza di genere o domestica che, sia in tempo di pace che in situazioni di conflitto armato (art. 2), coinvolge le donne in misura prevalente o tipicamente discriminatoria.

Le categorie di riferimento proposte dal testo, così come sopra enucleate, pur essendo meramente descrittive-esemplificative, rappresentano, a ben vedere, la casistica statisticamente più significativa del

fenomeno, come nei casi di: violenze intra-familiari, parentali (ove rileva la protezione indiretta delle vittime minori nella sfera privata); violenze o abusi tra cc.dd. *intimate-partner*; violenze su soggetti anziani o disabili; *stalking* o condotte criminose perpetrate nei confronti di donne ritenute responsabili della violazione di norme familiari o comunitarie, o ancora vittime designate di pratiche tradizionali discriminatorie e gravemente lesive di diritti individuali. È interessante notare, inoltre, come in un tale contesto sistematico, la vasta gamma di ipotesi ricavabili dalle ampie formule convenzionali sia essenzialmente riconducibile ad una condotta criminosa tipica che, per quanto si concretizza in forme di violenza fisica, sessuale o psicologica, è ricorrente nelle violazioni realizzate nella sfera privata come nello spazio pubblico, e particolarmente nelle violenze che colpiscono *esclusivamente* le donne.

Il contenuto fondamentale e la natura degli obblighi internazionali degli Stati contraenti, alla luce di tutto quanto sopra, sono precisati, infine, all'articolo 5 della Convenzione di Istanbul: all'obbligo generale di astensione da condotte integrative di violenza contro le donne direttamente o indirettamente imputabili agli organi statali si accompagna, infatti, la prescrizione di uno *standard di due diligence* nel prevenire, indagare, punire i responsabili e riconoscere alle vittime adeguate misure di riparazione per i casi di violenza imputabili a soggetti privati.

In linea, dunque, con la formula tipica dei trattati europei sul contrasto di speciali forme di violenza e abuso (come la Convenzione del Consiglio d'Europa contro la tratta di esseri umani e la Convenzione sulla protezione dei minori da abusi e sfruttamento sessuale), anche nella Convenzione di Istanbul il riferimento è sistematicamente a momenti costitutivi di quella architettura garantistica convenzionale (a quelle "P", *Prevention, Protection and Prosecution*) che, per quanto riferibile rispettivamente alla prevenzione (Capitolo III), alla protezione e sostegno delle vittime (Capitolo IV) e alla punizione degli autori delle violazioni (Capitolo VI), risulta corredata e rafforzata da una serie di altri impegni, di carattere politico e sociale (Capitolo II), intesi alla realizzazione di strategie integrate per il contrasto e l'eliminazione della violenza contro le donne e della violenza domestica.

Non risulta difficile comprendere, allora, come proprio sul piano sostanziale, e facendo tesoro delle osservazioni sin qui svolte, l'approccio privilegiato nella stesura del documento convenzionale qui

oggetto di esame non ha trascurato, allora, un’adeguata considerazione di fattispecie gravi e sistematiche di violenza subite tipicamente (matrimoni forzati) o esclusivamente (pratiche lesive tradizionali, mutilazioni genitali; gravidanze forzate, schiavitù sessuale nel corso di conflitti armati) dalle donne (Capitolo V). Quest’ultimo versante di disciplina appare, poi, particolarmente urgente nei casi di violenze o abusi la cui dimensione internazionale (è ancora il caso dei *forced marriages* o dei rimpatri forzati di donne migranti nei paesi d’origine per essere sottoposte a mutilazioni genitali) impone un intervento preventivo-repressivo sul piano proprio della cooperazione internazionale, nelle forme, per esempio, della cooperazione transfrontaliera o della protezione consolare (Capitoli VII e VIII).

Inutile dire, dunque, a questo punto del nostro discorso, che il testo della Convenzione di Istanbul, e per quanto attiene più specificamente la prospettiva qui oggetto di studio, include proprio al Capitolo V (“Diritto sostanziale”) particolari clausole convenzionali di interesse penalistico che, valorizzate in un contesto rigorosamente sistematico, sono volte a sancire ulteriori e precisi obblighi di penalizzazione di condotte costitutive di fattispecie di violenza, ovvero lesive di diritti fondamentali e discriminatorie nel senso precisato dalla Convenzione. Così è per le ipotesi di violenza psicologica (art. 33), atti persecutori (*Stalking*, art. 34), violenza fisica (art. 35), violenza sessuale, compreso lo stupro (art. 36), matrimonio forzato (art. 37), mutilazioni genitali femminili (art. 38), aborto forzato e sterilizzazione forzata (art. 39), molestie sessuali (art. 40, la cui formula normativa prevede l’obbligo statale di adottare “misure legislative o di altro tipo” volte a garantire che le condotte tipiche della fattispecie in parola siano sottoposte “... a sanzioni penali o ad altre sanzioni giuridiche”). Con l’esclusione di tale ultima disposizione, poi, gli Stati Parti devono adottare le misure necessarie per perseguire penalmente il favoreggiamento o la complicità intenzionali in ordine alla commissione dei reati contemplati dalla Convenzione stessa, nonché i tentativi intenzionali di commissione dei reati di cui agli articoli 34, 35, 37, 38 (a) e 39 (art. 41). Inoltre, e precisato che i reati previsti dallo strumento convenzionale si applicano a prescindere dalla natura del rapporto tra la vittima e l’autore del reato, un regime tipico delle relative sanzioni e misure repressive è delineato anche attraverso formule normative di portata generale e la possibile

previsione di circostanze aggravanti, conformemente alle disposizioni pertinenti del diritto nazionale (art. 46).

Ma accanto alla disciplina di diritto sostanziale, la Convenzione di Istanbul, si completa, in un'ottica ordinamentale complessiva di contrasto, anche sul piano procedimentale, e ciò avviene con previsioni che, relative alla determinazione della *jurisdiction* per le fattispecie di reato contemplate dal Trattato, ed intese ad evitare possibili limitazioni dell'esercizio della giurisdizione penale (art. 44), si accompagnano, da un lato, ad interventi volti ad agevolare il tempestivo avvio e l'efficacia del processo penale nonché, dall'altro, ad adeguate misure di protezione dello stato e degli interessi delle vittime, nel rispetto degli strumenti internazionali e regionali di cooperazione giudiziaria in materia (civile e) penale (Capitoli VI-VIII).

Il regime specifico, infine, delle riserve al Trattato sancisce un divieto generale di dichiarazioni che escludono l'applicazione o consentono un'applicazione limitata delle stesse disposizioni Convenzionali, fatta eccezione per le clausole richiamate ai §§ 2 e 3 dell'articolo 78. Gli Stati o l'Unione europea possono, a ragione di quanto appena evidenziato, ed al momento della firma o del deposito dello strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione, espressamente dichiarare, infatti, di riservarsi il diritto di optare per sanzioni non penali nel caso di comportamenti riconducibili a violenza psicologica (art. 33) e *stalking* (art. 34).

Pertanto, ed in via di sintesi generale, come pure già emerso in sede di lavori preparatori, la disciplina convenzionale degli obblighi statali di criminalizzazione delle condotte lesive per quanto sopra passate in rassegna, unitamente e quella specifica delle riserve al Trattato, non può non lasciare alle autorità nazionali, in una chiara ottica di controllo integrato, ampio margine politico-criminale nella determinazione del tipo di sanzioni (amministrative, civili o penali) utili ad un efficace ed effettivo contrasto in ambito regionale del fenomeno qui da controllare (un esempio può ricavarsi, tra l'altro, dalla formula dell'art. 36, § 3, ove l'obbligo di criminalizzazione dei casi di *marital rape* sembra escludere i casi di relazioni di fatto non riconosciute dal diritto interno). Del resto, proprio per questo e per sistematicità nella valorizzazione di *standards* garantistici, la Convenzione di Istanbul si inquadra, in definitiva, nell'interessante filone di sviluppi normativi della prassi

internazionale variamente maturato tanto nei sistemi regionali di protezione dei diritti umani (si pensi alla Convenzione interamericana di Belém do Pará del 1994 sulla prevenzione, la punizione e l'eliminazione della violenza contro le donne, e il Protocollo di Maputo alla Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli sui diritti delle donne in Africa, del 2003), quanto, e prima ancora, nel contesto proprio dell'organizzazione delle Nazioni Unite (cfr. in particolare, a livello universale, Comitato CEDAW, *General Recommendation no. 19 of the United Nations Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, del 1992; nonché la Dichiarazione dell'Assemblea Generale Onu sull'eliminazione della violenza contro le donne, *United Nations General Assembly Resolution 48/104* del 1993).

3. ... ed aporie sistematiche nell'adempimento di obblighi di incriminazione

Ma a questo punto del nostro discorso, e volendo massimizzare la ricostruzione sistematica sinora operata, sembra chiaro che nei rapporti tra diritto sovranazionale e diritto penale domestico della violenza di genere si impone la verifica dell'opzione di politica criminale multilivello per cui è fatto salvo il diritto degli Stati, *ex artt.* 33 e 34 della Convenzione di Istanbul, di optare per sanzioni non penali anche nel caso di comportamenti penalmente rilevanti, e ciò specialmente quando problemi di effettività della sanzione più grave lo impongano razionalmente in nome di una risposta di sistema tesa ad armonizzare gli obblighi politici di criminalizzazione sovranazionale di condotte lesive con obblighi di incriminazione filtrati valorialmente dal diritto interno. Si è trattato e si tratta ancora, per questa via, di ribadire come non sia possibile sottrarre così alle autorità nazionali un ampio margine nella determinazione del tipo di (non) sanzioni – amministrative, civili o penali – utili ad un efficace ed effettivo contrasto del fenomeno da controllare in ambito regionale, alla stregua di provvedimenti da inserire nell'ambito di una serie di altri impegni, di carattere politico e sociale (Capitolo II della Convenzione di Istanbul), intesi alla realizzazione di strategie integrate per il contrasto e l'eliminazione della violenza contro le donne e della violenza domestica.

In un tale contesto multilivello, quindi, la definizione dei rapporti tra obblighi positivi di matrice politica ed obblighi di incriminazione di matrice valoriale ha trovato, per quanto attiene più nello specifico al nostro sistema penale, il suo ennesimo banco di prova per la sua naturale composizione nella disciplina tesa al controllo della violenza di genere. Gli obblighi positivi di fonte sovranazionale di tutela per persone vulnerabili, tra cui i soggetti vittima di violenza di genere, hanno registrato, così, una prima concretizzazione sostanziale, ma anche procedurale, nella tutela della vittima debole (intesa come soggetto determinato), con riguardo soprattutto alle violenze e aggressioni consumate nell'ambito familiare o comunque affettivo. Il riferimento qui è: agli ordini di protezione civilistici di cui all'art. 342-*bis* e 342-*ter* c.c.; alla misura coercitiva dell'allontanamento dalla casa familiare *ex* art. 282-*bis* c.p.p., con una dimensione spaziale che trascende l'ambiente domestico e con un'applicazione per i reati intrafamiliari tassativamente indicati che prescinde dai limiti edittali previsti in generale dall'art. 280 c.p.p.; al divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa ai sensi dell'art. 282-*ter* c.p.p. Sono misure, queste ultime, con cui il nostro ordinamento, a ben vedere, ha tentato di dare, in ossequio proprio alle sollecitazioni di diritto sovranazionale, adeguata risposta all'interesse della vittima a ricevere un'efficace protezione “*per mezzo* del procedimento penale”, tanto da riconoscere, così, alla stessa vittima il diritto di “essere protetta da ulteriori azioni criminose da parte dell'aggressore (cd. vittimizzazione ripetuta)”, e ciò, soprattutto, attraverso la predisposizione di strumenti che mirano ad evitare nuovi contatti pericolosi con il presunto aggressore³¹.

Tuttavia, pur rinvenendo le effettive origini della lotta alla violenza di genere nella legge n. 119 del 2013, è proprio in considerazione della premessa di cui appena sopra che sembra opportuno rilevare sin da subito come, nell'ambito di un provvedimento di chiara marca emergenziale di stampo simbolicamente populista, la stessa legge n. 119, in nome di una disciplina di settore di chiara impronta compulsiva, non ha mancato di rivelare una non perfetta sintonia con la stessa Conven-

³¹ Cfr. R. CASIRAGHI, *La corte di Strasburgo condanna l'Italia per la mancata tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 marzo 2017, p. 1.

zione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne, adottata a Istanbul dal Consiglio d'Europa l'11 maggio 2011, e resa esecutiva in Italia con l. n. 77/13. E ciò soprattutto in quanto nel diritto penale della violenza di genere il legislatore sembra aver trascurato aspetti di sistema necessari non solo alla rimozione delle cause del problema che ci si propone di regolare, ma anche al recupero della soggettività femminile come richiamata dalla Convenzione di Istanbul e, dunque, per l'auspicabile (reale) tutela della donna³².

Infatti, la legge n. 119 qui oggetto di verifica, concentrandosi sull'ampliamento delle possibilità di irrogare misure *ante o praeter delictum* e sull'accentuata utilizzazione di istituti precautelari, denota la tendenza all'adozione di strumenti di forte anticipazione dell'intervento penale da cui ne risulta ampiamente dilatato il campo di azione in virtù:

- a) di un ennesimo giro di vite sanzionatoria che, in nome di un discutibile effetto “zibaldone della deterrenza”, e nella particolare materia della violenza sulle donne, troverebbe ulteriore conferma sistematica anche in quelle ulteriori modifiche le quali, intervenendo sulla norma che incrimina gli atti persecutori, sono state apprestate proprio per ovviare a palesi vizi di costituzionalità denunciati, ad esempio, per la stessa fattispecie di cui all'art. 612-*bis* c.p.;
- b) del mutamento del regime della irrevocabilità della querela e della nuova disciplina dell'ammonimento in materia di violenza domestica in termini di specificazione della violenza di genere;
- c) dell'intervento sull'art. 572 c.p. quando, con modifica della legge

³² Per una puntuale rassegna, anche critica, del contenuto normativo della legge cfr. per tutti, E. LO MONTE, *Repetita (non) iuvant: una riflessione a caldo sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. n. 94/2013, con. in l. n. 119/13, in tema di femminicidio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 12 dicembre 2013, p. 1 ss.; F. BASILE, *Violenza sulle donne: modi, e limiti, dell'intervento penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 dicembre 2013, p. 1 ss.; per un esempio, infine, di inadeguatezza del reato di maltrattamenti previsto dall'art. 572 c.p. nella repressione della violenza domestica, per come pure rilevato nella prassi, cfr. C. PECORELLA, *La risposta penale alla violenza domestica: un'indagine sulla prassi del Tribunale di Milano in materia di maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 aprile 2018, p. 1 ss.

172 del 2012 attuativa della Convenzione di Lanzarote³³, la violenza sessuale avviene su persone straniere, in danno di minori, di donna in stato di gravidanza ovvero di persona familiare e relazione affettiva anche senza convivenza, ma pur sempre su soggetti accomunati da uno stato di vulnerabilità³⁴.

È facile comprendere, allora, come in questo clima di rinnovata “zero tolleranza”³⁵ possa avere trovato origine, ed in continuità con un chiaro *trend* di marca emergenziale, l’ennesimo “pacchetto” normativo, il c.d. Codice Rosso che, decisamente teso a rafforzare l’armamentario contro il “nemico violento”³⁶, è venuto a tradursi con la legge n. 69 del 2019 nella attuazione evolutiva di obblighi positivi di tutela penale sovranazionale³⁷ per quanto esatti: a) dalla Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (Convenzione di Istanbul dell’11 maggio 2011), ratificata dall’Italia ai sensi della l. n. 77/2013, in attuazione, in particolare, degli artt. 15 e 50 relativi, rispettivamente, alla

³³ Cfr. C. PARODI, *Mobbing e maltrattamenti alla luce della legge n. 172/2012 di ratifica ed esecuzione della Convenzione di Lanzarote*, in *www.penalecontemporaneo*, 19 novembre 2012, p. 1 ss. e, da ultimo, per un razionale bilanciamento tra sanzione penale e principi generali in materia di violenza domestica cfr. A. ROIATI, *La fattispecie dei maltrattamenti contro familiari e conviventi tra interventi di riforma, incertezze interpretative e prospettive de iure condendo*, in *www.sistemapenale.it*, 30 marzo 2023, p. 1 ss.

³⁴ Cfr. E. LO MONTE, *Repetita (non) iuvant*, cit., p. 4 ss.

³⁵ Per una razionale critica ad una tale strategia criminogena di diritto penale totale cfr. per tutti A. DE GIORGI, *Zero tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, Roma, 2000, *passim*.

³⁶ Sul diritto penale del nemico, in cui si assiste ad un evidente affievolimento delle garanzie in nome di una affermazione dell’ordinamento che pure registra in via emergenziale una inaccettabile sospensione della legalità, cfr. per tutti M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Il diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, *passim*; A. GAMBERINI-R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007. Nella dottrina tedesca resta ancora fondamentale il riferimento a G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung (Referat auf der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt a.M. im Mai 1985)*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1985, n. 97, p. 753 ss.

³⁷ Come pure evidenziato da E. LO MONTE, *Il c.d. revenge porn nel contesto del ‘codice rosso’: i limiti della ricostruzione come subspecies della ‘violenza di genere’*, in *Iura and legal system*, 2021, n. 1, pp. 109-111.

formazione delle figure professionali che si occupano delle vittime o degli autori di tutti gli atti di violenza e alla tempestività e adeguatezza della protezione offerta alla vittima, anche con riguardo alla modalità di raccolta delle prove dei reati; b) dalla direttiva 2012/29/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato a cui è stata data attuazione con il d.lgs. n. 212/2015, e in particolare al Capo 4 (artt. 18-24) dedicato alla protezione delle vittime e al riconoscimento di specifiche esigenze di protezione delle stesse nel tentativo di recuperare, anche se in modo pur sempre simbolico, una necessaria tempestività nel dare attuazione alle direttive euro unitarie, per come pure dimostrato nella decisione della Corte europea che ha condannato lo Stato italiano per violazione degli artt. 2, 3, 14 della Cedu quando “non avendo agito prontamente in seguito a una denuncia di violenza domestica fatta dalla donna”, le autorità italiane, specifica la Corte, “hanno privato la denuncia di qualsiasi effetto creando una situazione di impunità che ha contribuito al ripetersi di atti di violenza, che in fine hanno condotto al tentato omicidio della ricorrente e alla morte di suo figlio”³⁸.

Ed ecco perché, e più specificatamente in un’ottica di diritto interno, il c.d. Codice Rosso ha previsto, strutturalmente e sistematicamente, una serie di modifiche di diritto penale sostanziale, processuale e penitenziario, con innovazioni, d’altro canto, anche sul terreno delle misure di prevenzione.

Con riferimento al diritto penale sostanziale vanno segnalate quattro nuove fattispecie incriminatrici: 1) Violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art 387-*bis*); 2) Costrizione o induzione al matrimonio” (art 558-*bis*); 3) Deformazione dell’aspetto della persona tramite lesioni permanenti al viso (art 583-*quinques*); 4) Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (c.d. “*revenge porn*”, art 612-*ter*). La legge, poi, non manca di apportare ulteriori modifiche al codice penale; in particolare: a) la figura delittuosa degli atti persecutori (art. 612-*bis*

³⁸ Per le opportune motivazioni cfr. R. CASIRAGHI, *La corte di Strasburgo condanna l’Italia*, cit., ivi.

c.p.) vede ulteriormente inasprito il regime sanzionatorio; b) il delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.) risulta innovato mediante l'irrigidimento delle sanzioni e con la previsione di una circostanza aggravante speciale quando il delitto è commesso in presenza o in danno di minore, di donna in stato di gravidanza o di persona con disabilità, ovvero se il fatto è commesso con armi; in caso di maltrattamenti contro familiari e conviventi il minore che assiste a tali atti è sempre considerato persona offesa dal reato; c) la fattispecie di violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.) viene riveduta con l'inserimento di un aumento delle pene e con l'ampliamento del termine concesso alla persona offesa per sporgere querela (dagli attuali sei mesi a dodici mesi); il provvedimento legislativo qui oggetto di esame, inoltre, e sempre con riferimento all'art. 609-*bis* rimodula e inasprisce le aggravanti quando la violenza sessuale è commessa in danno di minore; d) la figura delittuosa degli atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater* c.p.) risulta emendata attraverso la previsione di un'aggravante quando gli atti siano commessi con minori di quattordici in cambio di denaro o di qualsiasi altra utilità, anche solo promessi; tale delitto diviene inoltre procedibile d'ufficio; e) riveduto è anche l'art. 577 c.p., con l'estensione del campo di applicazione delle aggravanti in relazione all'omicidio commesso in costanza di relazioni personali; e) ritoccato, infine, è l'art. 165 c.p., nel senso di subordinare la sospensione condizionale della pena alla partecipazione a specifici percorsi di recupero presso enti o associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati per i reati di cui agli artt. 572, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies* e 612-*bis*, 582 e 583-*quinquies* nelle ipotesi aggravate ai sensi degli artt. 576, co. 1 nn. 2, 5, e 5.1, e 577, co. 1 n. 1, e co. 2.

Altre innovazioni, come si accennava, interessano, poi, e in un'ottica di sistema, il codice di procedura penale, il diritto penitenziario e le misure di prevenzione. In via di estrema schematizzazione: il codice di rito viene modificato con la previsione di strumenti funzionali a velocizzare: a) l'instaurazione del procedimento penale per i delitti di violenza domestica e di genere; b) l'eventuale adozione di rimedi a protezione delle vittime. E sotto quest'ultimo profilo il provvedimento normativo si adegua alla direttiva 2012/29/UE, e in particolare al capo

4 (art. 18-24) dedicato alla salvaguardia delle vittime e al riconoscimento di specifiche esigenze di anticipata protezione delle stesse³⁹.

A completamento di tale arsenale disciplinare è intervenuta, infine, la legge n.134 del 2021, che ha fatto registrare una implementazione del c.d. Codice Rosso in un sistema rafforzato di prevenzione della vittimizzazione ripetuta seppur con evidenti limiti in cui troverebbe conferma, ancora una volta, una impostazione chiaramente deficitaria, sul piano politico-criminale, rispetto alla tutela di soggetti vulnerabili da violenza di genere o domestica nell’ambito di una aporetica visione di insieme del sottosistema sostanziale e processuale in materia.

Infatti, per quanto riguarda la tutela specifica di vittime di violenza di genere e minori si assiste, nella legge del 2021 appena sopra invocata, non solo al richiamo in essa a cataloghi di reato non pienamente coincidenti, ma anche al paradosso di non associare la vulnerabilità presunta della persona offesa ad altri soggetti che, pure atomisticamente legati alla vittima, verrebbero esclusi dall’obbligo di procedere alla comunicazione *ex officio* ad essi ed al loro difensore della scarcerazione o evasione del condannato o imputato. Infatti, quel fine condivisibile di assicurare la necessaria *compliance* agli obblighi sovranazionali di informazione all’offeso vulnerabile, con l’intento neppure malcelato di consentirgli il ricorso ad opportune cautele, come ad esempio l’adozione tempestiva in tempi più rigidi di attività di indagine avviata dal pubblico ministero e dalla P.G. per delega, si perderebbe, unitamente alla implementazione della celerità dell’azione nella disposizione di misure cautelari e di prevenzione⁴⁰, con riferimento alla possibilità di assicurare un rafforzamento di tutela anche a quegli altri soggetti vulnerabili che pure potrebbero essere ragionevolmente esposti a tale eventualità⁴¹.

Ma la legge n. 134 del 2021, la c.d. riforma Cartabia, poi, pure non manca, a ben vedere, di confermare una tale impostazione sistemati-

³⁹ Volendo riprendere la puntuale ricostruzione normativa di E. LO MONTE, *Il c.d. revenge porn nel contesto del ‘codice rosso*, cit., p. 111.

⁴⁰ Sin qui B. ROMANELLI, *La vittima e l’azione civile da reato nel processo penale*, in D. CASTRINUOVO-M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano 2023, p. 545 ss.

⁴¹ Si immagini i parenti dell’offeso, così come nel recentissimo caso Dimauro, v. *ultra* par. 4.

camente discutibile anche in quelle ipotesi in cui la stessa legge, seppur in piena attuazione della *ratio* di prevenzione della vittima per come esatta nella Convenzione di Istanbul, ed avvertendo la necessità di specificare in via estensiva l'applicazione delle disposizioni riferibili ai reati in essa previsti pure ai reati commessi in forma tentata⁴², finisce per non risolvere ulteriori problemi di ragionevolezza, così come per i casi appena sopra evidenziati, e riconducibili qui ad un intervento legislativo ancora una volta simbolicamente riduttivo in difetto di una specificazione espressa che, pure quando riconosce autonomia alla stessa fattispecie tentata, non ne impedisce una parificazione alla consumazione⁴³. Infatti, anche in questi casi, l'art. 347 comma 3 c.p.p., introdotto proprio dalla legge n. 69 del 2019, nell'evidenziare un difetto di coerenza sistematica nella pur apprezzabile ottica di accelerare le indagini in forza di una presunzione legislativa di urgenza, continua a non riguardare il tentativo dei delitti di cui agli artt. 572, 609 *bis*, *ter*, *quaterquinqies*, *octies*, 612 *bis* e 612 *ter* del c.p., nonché quello di cui agli artt. 582 e 583 *quinqies* nelle ipotesi aggravate *ex art.* 576 comma 1 n. 2.5 e 5.1 e 577 comma 1 n. 1 e comma 2 c.p. Appare chiaro, pertanto, come da una tale disciplina normativa, non ne possa conseguire, paradossalmente, che l'espresso richiamo in essa all'omicidio tentato finisce per ricollegarsi alla opportunità di includere nel circuito di tutela rafforzata per i "reati sentinella" del femminicidio la sola ipotesi in cui il reo attentò alla vita dell'offeso, seppur il carattere generale del richiamo andrebbe riferito anche ad omicidi tentati estranei alla sfera della violenza di genere⁴⁴. E a tutto ciò si aggiunga, inoltre, che, unitamente a tale incapacità a porre rimedio ad un tale *vulnus* di disciplina, anche il mancato richiamo all'omicidio consumato ad opera della riforma Cartabia, se può trovare solo una razionale spiegazione per la venuta meno del soggetto da proteggere, finisce, tuttavia, per escludere ancora una volta dal perimetro di tutela sistematica quelle ulteriori

⁴² Con aggiunta all'elenco del tentato omicidio, cfr. B. ROMANELLI, *La vittima e l'azione civile da reato nel processo penale*, cit., ivi.

⁴³ E ciò in nome di quanto pure evidenziato dagli stessi giudici di legittimità, per tutte Cass. Sez. Un. 19 marzo 2018, *Di Maro e altro*, in *Cassazione penale*, 2019, p. 547 ss.

⁴⁴ Cfr. B. ROMANELLI, *La vittima e l'azione civile da reato nel processo penale*, cit., p. 548 ss.

eventuali aggressioni che, per come confermate, invece, dalla prassi, si riferiscono a soggetti vulnerabili pure legati all’offeso e che si vedrebbero menomati da tutele preventive se non successivamente ed irragionevolmente alla realizzazione di fatti di reato⁴⁵.

Per quanto attiene, infine, al contrasto alla vittimizzazione ripetuta sembra impossibile, però, tacere una ulteriore svista sistematica. Essa, a ben vedere, risulta legata al fatto che la legge n. 134 del 2021, con l’intento di rimediare al *deficit* processuale del delitto di cui all’art. 387 *bis* c.p., per come inserito dalla legge n. 69 del 2019, ha inteso, in caso di violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare o di divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dall’offeso, recuperare tali ipotesi tra quelle nominativamente previste per i casi di arresto obbligatorio o facoltativo in flagranza *ex* art. 380 comma 2 lett. *L-ter* c.p.p. Tuttavia, anche qui, e pur nell’intento apprezzabile di rafforzamento della tutela di soggetti vulnerabili, una proiezione sistematica di tale disciplina sembra non potersi sottrarre ad una ennesima aporia sistematica. Ed una tale allarmante affermazione, infatti, finisce per trovare inesorabilmente la sua conferma nel difetto di coordinamento di tale rinnovato apparato normativo con la disciplina delle misure cautelari applicabili in udienza di convalida, dal momento che, restando insufficiente il limite edittale dell’art. 387 *bis* c.p. di cui immediatamente sopra per l’applicazione di cautele coercitive, neppure finisce per soccorrere a rimedio di una tale *impasse* la disciplina di cui all’art. 391 comma 5 c.p. che, nel consentire la deroga in udienza di convalida ai limiti edittali *ex* art. 274 comma 1, lett. c. e 280 del c.p.p., non è passibile di estensione analogica. E se tutto questo è vero, risulta altrettanto chiaro che, per questa via, si finisce per assistere, così, ad un ennesimo evidente disallineamento irrazionale tra presupposti applicativi di misure cautelari e precautelari che, all’interno di un meccanismo di porte girevoli di dubbia legittimità costituzionale, sono riferibili ad un pubblico ministero impossibilitato a richiedere misure coercitive in ragione di un persistente *deficit* di tutela della vittima⁴⁶, per una macroscopica ed ennesima lacuna sistematica che, ad oggi, continua a persistere

⁴⁵ Il riferimento è al caso Dimauro, per maggiori approfondimenti v. par. 4.

⁴⁶ Cfr. B. ROMANELLI, *La vittima e l’azione civile da reato nel processo penale*, cit., p. 551.

non ostante gli sforzi compiuti nella scorsa legislatura nel tentativo di porre rimedio al diffuso ripetersi di nefaste e paradossali conseguenze in tema di tutela delle vittime dei reati del c.d. Codice Rosso⁴⁷.

4. Ineffettività e simbolismo nell'arsenale penalistico a tutela della violenza di genere e domestica. Alle origini della norma penale-spia

Alla luce delle considerazioni sin qui sviluppate, non vi è chi non veda come l'apparato normativo per come sopra passato in rassegna critica, pur rappresentando un apprezzabile sforzo di sintesi tra obblighi positivi ed obblighi di incriminazione in materia di violenza di genere e violenza domestica, non manca di riconfermare, accanto a discutibili aporie di sistema, anche evidenti *deficit* di effettività nel contrasto al fenomeno criminale qui oggetto di studio. Nella materia che qui ci occupa, infatti, una politica criminale simbolica sembra continuare ad affondare le sue radici, da un punto di vista definitorio, in quelle strategie irrazionali che, sul piano degli esiti, non solo continuano ad impedire ad un modello integrato e multi agenziale di affermarsi sistematicamente, ma anche che, non ostante gli auspici presenti nella stessa Convenzione di Istanbul pure invocata alla base della normativa di riferimento⁴⁸, neppure riescono ad arginare aggressioni all'ordinamento recidivanti e, proprio per questo, fallimentari in termini di prevenzione terziaria⁴⁹. Ed un tale ultimo suggestivo assunto, a ben

⁴⁷ Cfr. B. ROMANELLI, *La vittima e l'azione civile da reato nel processo penale*, cit., p. 552. Per una necessaria sintesi critica alla legge Cartabia, anche sulla compatibilità con la giustizia riparativa ai principi della Convenzione di Istanbul, nonché dei contenuti del d.d.l. A.S. 2530 che, all'indomani della legge 234 del 2021, ha inteso porre rimedio con correzioni e modifiche normative alla riforma appena introdotta, innovandola sotto più profili relativi alla tutela delle vittime vulnerabili cfr. RED., *Il governo corre ai ripari suol "codice rosso": nuovo ddl sulla violenza domestica*, in www.studiolegalegiovannonibettella.com, p. 1; A.S. ZANINI, *La riforma Cartabia e la violenza domestica e di genere nel processo penale*, in www.avvocatipersonefamiglia.it, 7 novembre 2022, p. 1; S. ROSSITTO, *La giustizia riparativa nei casi di violenza contro le donne è contro la legge*, in www.ilsole24ore.com, 20 febbraio 2023, p. 1.

⁴⁸ Vedi *supra* par. 2.

⁴⁹ Sul punto per tutti cfr. G. FORTI, *L' immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 108.

vedere, non ha fatto altro che prendere le mosse da un dato incontestabile, vale a dire quello per cui, negli ultimi quattro anni, così come si evince chiaramente dal *report* elaborato dalla Direzione centrale della polizia criminale presso il Ministero dell'Interno⁵⁰, si è finito per registrare l'inesorabile misura della ineffettività di una disciplina penalistica di settore. In essa, per quanto attiene ai reati di maltrattamenti, atti persecutori, violenza sessuale e divieto di avvicinamento nonché di obbligo di allontanamento (d)alla casa familiare, il rapporto tra reati azionati e sentenze di condanna, seppur ragionevolmente apprezzabile, non ha impedito una progressione criminosa alla base della quale si è assistito ad una inarrestabile evoluzione di fatti di violenza di genere in femicidi ed omicidi di donne, quali espressione del loro massimo disvalore in relazione al fatto originario.

Infatti, e proprio in ragione di tutto quanto appena sopra osservato, nonostante l'adozione di pacchetti sicurezza ed il varo di “cama-leontici” codici *ad hoc* in favore del dispiegamento di un arsenale penalistico di chiara marca emergenziale, ancora oggi una donna ogni tre giorni continua a morire, e questo pur in presenza, appunto, di reati puniti con sentenza di condanna definitiva, e con una conseguente spesa a carico del fondo tutela vittime in aumento del 30% ogni anno. Basti pensare che, per quanto a riprova di una inoppugnabile presa di posizione criminologica, una tale affermazione finisce per affondare, poi, le sue radici in quanto accade emblematicamente per il reato di atti persecutori (*c.d. stalking*)⁵¹. Quest'ultimo, in verità, confermandosi

⁵⁰ Conferma nella sintesi dei dati a fondamento della nostra argomentazione è rinvenibile in *Ministero dell'Interno. Dipartimento della pubblica sicurezza. Direzione centrale della polizia criminale. Servizi analisi criminale*, in www.interno.gov.it, Roma, febbraio 2021, p. 6 ss.; C. AMORELLI, *Femminicidio e violenza domestica: tutti i dati in Italia. Il reato è un fatto di famiglia*, in www.claudioamorelli.it, 2020, p. 1; L. ZANCANER, *Violenza sulle donne: in calo i reati spia, aumentano le violenze sessuali*, in www.ilsole24ore.com, 22 novembre 2022, p. 1; C. VOLTATTORNI, *Violenza sulle donne, crescono i reati spia (soprattutto in famiglia)*, in www.corriere.it, 9 marzo 2022, 1; RED., *Violenza contro le donne meno vittime, ma attenzione ai reati spia*, in www.leurispes.it, 23 novembre 2022, p. 1; RED., *Il Governo corre ai ripari sul “codice rosso”: nuovo d.d.l. sulla violenza domestica*, in www.studiolegalegiovannibettella.com, *passim*.

⁵¹ L'assunto muove dalla constatazione per cui tale reato, come reato di evento ed a seguito delle rivisitate perplessità sui problemi di determinatezza e di empirica verifica processuale dello stesso, anche a seguito di quanto affermato dal giudice delle leggi

reato-spia per eccellenza, sembra continuare a muoversi all'interno non solo di indicatori di genere, quale espressione di quella violenza fisica, sessuale, economica e psicologica diretta contro una donna "in quanto tale"⁵², ma anche di una spirale criminale che, pur finendo per sconfinare in massime aggressioni in termini di reati di femicidio, giunge a qualificarsi come punto estremo di una particolare violenza evolutiva.

Sembra evidente, allora, come grazie anche a tali ultime considerazioni, si è finito per assistere, così, e nel settore qui oggetto di studio, a nuove ipotesi di implacabile ineffettività del controllo penale che, ben oltre il "simbolismo del reato non punito"⁵³, si sono manifestate più propriamente in intriganti forme criminogene di "ineffettività da reato punito"; e tutto ciò, a ben vedere, tanto per le ipotesi di esemplare progressione di violenza di genere legata al reato di atti persecutori, quanto, ed in modo ancora più socialmente allarmante, per la realizzazione, come in un recente caso di cronaca, di fatti di femicidio forieri di "atomistica" violenza ripetuta, se non sulla vittima, su familiari della stessa⁵⁴. Ed ecco perché, dal simbolismo del "reato non punito" alla

nel 2014, registra da ultimo un apprezzabile livello di (in)effettività riconducibile ad un incremento delle condanne del 30% ogni anno, sul punto cfr. F. MACRÌ, *Art. 612 bis c.p.*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Trattato di Diritto penale*, Torino, 2022, p. 6537 ss.; Statistiche Istat, *Violenza sulle donne, percorso giudiziario, condanne*, 2018, in *www.istat.it*.

⁵² È la definizione di reato-spia rinvenibile in Ministero dell'Interno. Dipartimento della pubblica sicurezza. Direzione centrale della polizia criminale. Servizi analisi criminale, cit., p. 5.

⁵³ Cfr. sul punto le stringenti osservazioni di C. LONGOBARDO, *Sistematica e politica criminale: un ritorno, poco auspicabile, all'irriducibilità del binomio?*, in *Critica del diritto*, 2002, p. 387 ss.; più in generale, e per un approccio critico al diritto penale a due velocità cfr. per tutti J.M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, trad. it. a cura di V. MILITELLO, Milano, 2004, *passim* e, da ultimo, per una rigorosa disamina degli eccessi di criminalizzazione, anche giurisprudenziale, forieri di uno stigma sociale che lo stesso reato comporta e che, per non esaurirsi in una mera sanzione processuale, dovrebbe orientarsi ad una razionale distinzione tra reati e illeciti amministrativi secondo regole qualitative di depenalizzazione sostanziale, così lucidamente A. CADOPPI, *Il "reato penale". Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, 2022, *passim*.

⁵⁴ Il riferimento è al recente caso Dimauro, femmicida ricomparso dopo 32 anni per perseguitare la sorella della ragazza che aveva ucciso nel 1991 a coltellate dopo

“ineffettività del reato punito” il passo è breve, tanto da assistere, così, inesorabilmente ad una parabola involutiva di sistema che, pur a seguito del diritto penale muscolare della legge n. 69 del 2019, ha portato sin da subito ad immaginare una ennesima modifica alla stessa che, nel tentativo neppure malcelato di fronteggiare una discutibile emergenza nell'emergenza, e pur restando ancora inattuata, non sembra, tuttavia, cogliere nel segno, in considerazione di quanto pure appena sopra da noi rilevato⁵⁵.

Occorre promuovere, allora, anche per uscire da una tale *impasse* ordinamentale, una chiara inversione metodologica. Con essa, infatti, una razionale risposta (non) sanzionatoria penale non può non essere affidata a strategie di controllo che, orientate da una politico-criminale di stretta derivazione normativo-superiore, devono impattare le cause di un fenomeno, senza esaurirsi sui suoi meri effetti che, per quanto derivanti dalle stesse aggressioni all'ordinamento, subirebbero il limite inevitabilmente legato ad esiti criminogeni e recidivanti.

Ed è proprio da questo punto di vista che, allora, e senza volersi limitare ad una qualificazione meramente formalistica del fatto penalmente rilevante, si tratta di investire quest'ultimo del suo disvalore complessivo, vale dire di quegli esiti che non possono prescindere dalla considerazione di difetti di personalità idonei a portare l'autore a strumentalizzare un reato contro la persona come modalità di affermazione di possesso e di conseguente reificazione della vittima⁵⁶. Del resto, se tutto questo è vero, pure è possibile affermare come in tali ipotesi, e sotto il profilo politico-criminale, le lancette del diritto penale sembrano destinate a spostarsi irriducibilmente di quattromila anni addietro quando, con riferimento al codice di Hammurabi, i reati di violenza sulle donne venivano classificati come reati contro la proprie-

averla ossessionata per anni, cfr. RED., *Torna 32 anni dopo femminicidio per molestare sorella vittima*, in *www.ansa.it* del 28 marzo 2023, p. 1.

⁵⁵ E questo anche alla luce di quanto sopra rilevato, v. par. 3.

⁵⁶ Sul punto, per tutti, cfr. da ultimo E. MEI, R.LAI, *La violenza di genere, epilogo annunciato di un incontro irrisolto. Dinamiche psicologiche, psicopatologiche e psichiatrico-forensi*, in E. MEI (a cura di), *Violenza di genere. Percorso storico, dinamiche psicologiche, psicologiche e psichiatrico-forensi. La politica criminale*, Roma, 2020, *passim* e spec. p. 33 ss.

tà⁵⁷. E da qui le basi anche per una rilettura criminologica dello stesso sfregio, come fatto strumentale alla limitazione della trasferibilità della cosa/persona, e del femicidio come ulteriore fatto strumentale ad assicurare, in una progressione della violenza di genere, l'impossibilità di impossessamento altrui della cosa/vittima mediante la sua neutralizzazione.

5. Integrazione sociale e controllo penale multiagenziale della violenza contro la "persona in quanto persona": la razionalizzazione del binario unico sanzionatorio nell'ambito di una risposta di sistema

In ragione di tutto quanto sopra osservato, allora, e volendo avviarcì alla conclusione del nostro discorso, sembra qui quanto mai opportuno evidenziare come, in un contesto sistematico di chiara marca emergenziale, per così come già illustrato, le ipotesi di violenza di genere, chiaramente destinate a muoversi in una cruda relazione estremamente oggettivizzata tra ontologismo e normativismo⁵⁸, sono palesemente alimentate da una evolutiva progressione criminosa di settore che, per quanto pure impietosamente confermata in statistiche quale evidente espressione di simbolismi tipici di una penalità fallimentare sul piano politico-criminale, può trovare il suo più naturale rimedio solo nella adozione di razionali strategie di controllo integrato. Esse, infatti, ed a seguito della inesorabile presa d'atto del dato per cui, rispetto al passato, la stessa ineffettività del controllo penale non sembra più ancorata alla assenza di sentenze di condanna, quanto piuttosto ad una aporetica esecuzione della stessa sanzione più grave, dovrebbero, ben oltre la ricerca di "qualcosa di meglio del diritto penale"⁵⁹, decisamente abbandonare fallimentari tecniche di prevenzione terziaria

⁵⁷ Per tutti, cfr. F. PANZAR, *Reato di violenza sessuale: l'evoluzione della fattispecie dal Codice di Hammurabi ad oggi*, in *www.traileoni.it*, 1 aprile 2023, p. 1.

⁵⁸ Si tratta di cogliere un rapporto che riflette allo stesso tempo quello tra scientismo e scienza nel diritto penale razionale, cfr. il suggestivo studio di F. SCHIAFFO, *Il diritto penale tra scienza e scientismo*, Napoli, 2012, *passim*.

⁵⁹ Per impedire ad un'istituzione di essere condannata alla recidiva, sembra quanto mai illuminante l'insegnamento autorevole di G. RADBRUCH, *Der Mensch im Recht*, Göttingen, 1957, *passim*.

per approdare, in nome di una necessaria rivisitazione normativa, alla adozione di strumenti positivamente preventivi che, per quanto capaci di contribuire alla riduzione della recidiva, avrebbero come principale obiettivo proprio quello di impedire, contrariamente a quello che oggi è sotto gli occhi di tutti, la (ri)espansione criminogena della violenza di genere nella sua massima evoluzione dei reati-spia verso fatti più gravi di femminicidio ed omicidio. Ed ecco perché, se il nostro ragionamento è corretto, neppure sembra azzardato rinvenire, dunque, l'origine di tutto ciò in quella ancora irrazionale attuazione di obblighi di incriminazione che, soprattutto in nome delle attese di diritto sovranazionale nel settore che qui ci occupa, non solo non riescono a tradursi nei termini valoriali di una politica criminale “non simbolica”, ma che neppure abbandonano nel diritto penale interno⁶⁰ l'alveo politico di obblighi positivi “reticolari” che, acriticamente, sono forieri di aporie sistematiche dagli esiti criminogeni. Infatti, come pure sopra evidenziato, lo stesso c.d. Codice Rosso, all'indomani della sua adozione, non ha mancato di ripetere irragionevolezza ordinamentali che, nel diritto penale del “nemico violento”, ancora oggi attendono di essere giustiziate⁶¹. E tutto questo, a ben vedere, quale diretta espressione di una risposta penalistica alla violenza di genere che, nel tempo, sembra destinata a ripetere le caratteristiche tipiche di una normazione di stampo emergenziale in cui anche il tentativo di una proposta razionale di risposta ordinamentale – il riferimento è alla c.d. riforma Cartabia – seppur abbozzata, non solo continua ad affrontare problemi di ordine sociale come problemi di ordine pubblico, ma finisce, in verità, anche per riproporre, secondo schemi tipici di un diritto penale della *prima ratio*, strategie destinate più al controllo degli effetti che non a quello delle cause del fenomeno che, anche criminale, ci si propone di volta in volta di controllare⁶². Ed infatti, anche nella più recente legislazione

⁶⁰ Per un approccio critico al tema sia consentito rinviare a A. SESSA, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica criminale delle 'non scelte' alla prova della tenuta democratica del sistema*, in *Diritto penale e processo* 2017, p. 522 ss.

⁶¹ Per maggiori approfondimenti sull'assunto v. *supra* parr. 3 e 4.

⁶² Una impostazione critica a tale metodo nella tematica che qui ci occupa, secondo un approccio culturale lontano da securitarismo indifferenziato e di impronta populista, è rinvenibile, da ultimo, in F. FILICE, *Diritto penale e genere*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 29 settembre 2019, p. 1 ss.; più in generale,

penale in materia di violenza di genere, e pur di fronte alla consapevolezza normativa di contribuire alla rimozione di ragioni di disegualianza sociale ed alla adozione di provvedimenti di prossimità, per quanto anche previsti dal decreto attuativo della Convenzione di Istanbul con riferimento ai centri antiviolenza⁶³, è nella parte più strettamente penalistica che, nel riprodurre una filosofia tipica di provvedimenti in materia di sicurezza pubblica, l'ordinamento sembra chiaramente destinato a riconfermare, disattendendo una chiara *ratio* di politica criminale, quelle vecchie inadeguatezze del passato le quali, tipiche di un ordinamento che non si difende "con il diritto penale", portano, invece, i destinatari delle norme a doversi "difendere dal diritto penale"⁶⁴. E ciò soprattutto in ragione di un uso simbolico della sanzione più grave, per quanto determinato: a) dalla irrazionalità politico-criminale dei progressivi inasprimenti sanzionatori di un diritto penale muscolare; b) dai soliti problemi di sovrapposizione tra norme nella corretta individuazione della disciplina del caso concreto che, per questioni spinose di diritto intertemporale, è condizionato dalla confluenza sullo stesso della disciplina passata e della disciplina futura⁶⁵; c) da un uso diffuso della norma penale come strumento di stabilizzazione del consenso sociale, vale a dire come strumento atto a assicurare i consociati manipolando, così, l'effetto tipico di quel governo della

sul nesso tra questione securitaria e crisi del modello dello Stato sociale, cfr. M. PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in *Cassazione penale*, 2009, p. 805 ss.; A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in M. PALMA, S. ANASTASIA (a cura di), *La bilancia e la misura*, Milano, 2001, p. 21 ss.; E. R. ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale*, Napoli, 1994, *passim*.

⁶³ Così come pure osserva E. LO MONTE, *Repetita (non) iuvant: una riflessione a caldo sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. n. 93 /13, con. In l.n. 119/13, in tema di "femminicidio"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 12 dicembre 2013, p. 18.

⁶⁴ Volendo fare propria l'opzione di metodo avanzata lucidamente da W. HASSEMER, *Sicurezza mediante il diritto penale*, in *Critica del diritto*, 2008, p. 15 ss.

⁶⁵ Si tratta di aggiornare nel tempo quanto ancora rilevato come espressione di una politica criminale irrazionale dagli esiti criminogeni da E. LO MONTE, *Il c.d. revenge porn nel contresto del 'codice rosso': i limiti della ricostruzione come subspecies della 'violenza di genere'*, in *Iura and Legal Systems web*, 2021, p. 111 ss.

paura che ha radicato e continua a radicare il suo potere nelle aporie sistematiche del rapporto tra diritto e prassi dell'emergenza⁶⁶.

Su queste basi, allora, non risulta difficile comprendere come il cammino verso una adeguata attuazione della Convenzione di Istanbul nell'adempimento di razionali obblighi di incriminazione di diritto interno, per come derivanti da obblighi politici positivi sovranazionali, resta ancora da realizzarsi nella sua compiuta pienezza. Infatti, e per come pure sollecitato nel Rapporto GREVIO⁶⁷, si tratta in definitiva, e nel settore che qui ci occupa, non solo di correggere, sul piano sistematico, tutte quelle prassi applicative che, vittimizzando in via secondaria la donna che denuncia abusi subiti, finiscono per indebolire la credibilità nella risposta di sistema e la affidabilità di un intervento di prossimità, ma anche di intervenire su di una riforma processuale in cui vengano rispettati rigorosamente i cardini che la stessa Convenzione di Istanbul prevede a favore delle vittime di violenza di genere. E tutto ciò non senza arrivare a proporre una sintesi razionale tra procedibilità a querela e giustizia riparativa che, non collidendo con quella procedibilità d'ufficio per come evocata dal diritto sovranazionale proprio per reati di violenza contro le donne, ha trovato poi una sua verifica anche nella riforma Cartabia⁶⁸.

Ma accanto ad una rivisitazione della disciplina processuale, poi, e

⁶⁶ Cfr. sul tema A. SESSA, *La fisiologica sistematicità dell'emergenza: tendenze autoritarie nel diritto giurisprudenziale penale compulsivo*, in *Indice penale*, 2016, p. 785 ss.; facendo propria e sviluppando la lezione di S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, *passim*.

⁶⁷ Intendendo con questo il Rapporto del Gruppo di esperti di violenza contro le donne quale organismo indipendente costituito dal Consiglio d'Europa per il monitoraggio nella applicazione della Convenzione di Istanbul, maggiori dettagli in www.direcontrolaviolenza.it, p. 1.

⁶⁸ La convenzione di Istanbul, infatti, vincolerebbe gli Stati a sviluppare la disciplina della violenza di genere e domestica secondo note direttrici ovvero pilastri – prevenire la violenza, proteggere le vittime, perseguire gli autori – per cui ogni modifica proposta nel nostro ordinamento andrebbe in crisi quando porterebbe ad una estinzione di reati particolarmente gravi, come la violenza sessuale, mediante condotte riparatorie con risarcimento imposto alle vittime per accelerare la chiusura del processo quale rimedio alla alta vittimizzazione secondaria, così G.P. CANCELLARO, *Violenza di genere e codice rosso*, cit., p. 11 ss.; B. ROMANELLI, *La vittima e l'azione civile da reato nel processo penale*, cit., ivi.

sul terreno più strettamente di diritto sostanziale, la dialettica tra legalità e tipicità penale, che da sempre accompagna la (ri)definizione dei confini tra obblighi positivi e obblighi di incriminazione nel sistema penale multilivello, sembra doversi caratterizzare qui, a ben vedere, e per quanto pure sopra rilevato, in un approccio più decisamente orientato alla rivisitazione di quegli schemi che, a differenza del passato, devono abbandonare un discutibile affievolimento di garanzie quale carattere comune al controllo di fenomeni notoriamente complessi.

Il diritto penale di genere, infatti, nella lotta al “nemico violento”, per così come individuato nell’armamentario di contrasto che ha caratterizzato la legislazione italiana di settore dell’ultimo decennio, non può più continuare a perdere di vista che, il simbolismo ineffettivo della sanzione più grave, ben oltre lo stigma processuale del “reato non punito”, non può più radicarsi progressivamente, e per come statisticamente dimostrabile, nella ineffettività di una sanzione penale che, pur a seguito di condanna, non riesce ad assolvere, nella fase più specificamente esecutiva, alla sua funzione di prevenzione terziaria, vale a dire di eliminazione e/o riduzione della recidiva – una donna ogni due giorni continua a morire.

Pertanto, alla stregua proprio della consapevolezza di un tale scenario ordinamentale, sembra di tutta evidenza come il compito della politica criminale, anche multilivello, debba essere proprio, ed ancora una volta, quello di razionalizzare l’esistente. E tutto ciò è realizzabile solo nella rigorosa ricerca di una risposta di sistema che, accanto ad un diritto penale capace di prendere coscienza di norme incriminatrici in funzione di “spia” evolutiva di violenze in personalità difettose⁶⁹, sappia trovare le ragioni per cui giungere, nell’ambito della acquisizione di un binario unico sanzionatorio integrato⁷⁰, alla inversione della

⁶⁹ Una compiuta analisi della relazione concettuale, criminologica e personologica della violenza sulla donna in quanto donna è da ultima proposta da E. MEI, R. LAI, *La violenza di genere, epilogo annunciato di un incontro irrisolto. Dinamiche psicologiche, psicopatologiche e psichiatrico-forensi*, cit., p. 33 ss.

⁷⁰ Per il superamento del doppio binario – pena e misura di sicurezza – irrazionalmente legato a schemi non preventivi di integrazione sociale e, quindi, lontani da un binario unico in cui pena e misura di sicurezza sono qualcosa di diverso, ma non più di altro in ragione delle loro funzioni preventive da far prevalere per esigenze di trattamento valorialmente differenziato cfr. da ultimo, sul punto, ed in applicazione

normale successione di pena e misura di sicurezza *ex art.* 220 co. 2 del codice penale vigente.

Infatti, una tale osservazione non manca di trovare conferma, in un diritto penale di stretta derivazione costituzionale, nel possibile superamento della discussa rigidità dell'opzione esecutiva tipica del doppio binario sanzionatorio quando, di chiara marca autoritaria, risulta palesemente non orientato da razionali strategie preventive di integrazione sociale⁷¹. E sono proprio qui rinvenibili le basi politico-criminali, a ben vedere, in cui si afferma il fondamento ordinamentale per rivedere, in verità, la disciplina secondo cui, *ex art.* 211 c.p. vigente, la normale successione che vuole la misura di sicurezza normalmente eseguita dopo la pena, per quanto unanimemente criticata, sia capace di trovare i presupposti normativi che, nel riprendere perplessità sistematiche riproponibili anche nella materia che qui ci occupa, fondino le ragioni di sistema per abbandonare una visione neutralizzatrice della stessa funzione preventiva. Essa, per il “nemico violento di genere”, così come per il semi imputabile, è destinata, per quanto pure appena sopra evidenziato, a rivelarsi totalmente irrazionale ogni volta in cui, omettendo di fornire al soggetto un trattamento adeguato, perché indifferente alle sue condizioni, porterebbe con sé il rischio di eseguire la misura in un momento in cui essa si riferirebbe ad una situazione personale dell'individuo, se non compromessa, ulteriormente deteriorata per la detenzione in carcere, tanto da raggiungere esiti di marcata ineffettività proprio sul terreno della potenziale recidiva. Ed è facile comprendere come tutto ciò avviene, soprattutto, quando la stessa misura penale non manca di rivelarsi, allora, quale mero *surplus* di pena in-

coerente del diritto penale della ri-educazione ci sia consentito rinviare a A. SESSA, *Imputabilità e minore età: il sistema penale tra bisogno (ri)educativo del giovane adulto e dell'adulto giovane*, in *www.dirittoegustiziaminorile.it*, 2021, p. 83 ss. Si tratta di una impostazione che affonda le sue radici culturali nella ricostruzione giuridico-penale del sistema sanzionatorio operata finemente da S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, *passim* e spec. p. 83 ss.; per come pure riproposta in M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, *passim*.

⁷¹ Sul diritto penale dell'integrazione sociale, cfr. per tutti limpidamente S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., *passim* e spec. p. 83 ss.

tilmente repressivo-sanzionatorio, vale a dire quando le esigenze di prevenzione speciale vengono sacrificate, ma simbolicamente, in nome delle superiori esigenze di protezione della società.

Breve: valorizzando la prospettiva sistematica per come sopra ricostruita, si tratta, nel controllo integrato della violenza di genere, di abbandonare il vuoto dei fini di un doppio binario sanzionatorio di stampo autoritario⁷². Si tratta, in ossequio ad una tale opzione sistematica, e per come imposta da principi normativo-superiori, di proporre, infatti, un binomio unico sanzionatorio integrato che, per come orientato alla ri-educazione del reo⁷³, ed in nome di esigenze di razionalizzazione provenienti dal diritto penale “reticolare”, si riveli capace di consentire al comma 2 dell’art. 220 c.p. vigente di assecondare non più una pura funzione di deroga alla normale successione tra pena e misura di sicurezza, ma la “normalizzazione” di una razionale esecuzione anticipata delle esigenze, di cura e non, di prevenzione speciale positiva del soggetto agente rispetto a quelle più propriamente di prevenzione generale della pena. E tutto ciò, a ben vedere, pure appare inesorabilmente destinato a tradursi, in una democrazia penale, in una facoltà che rappresenti, per il giudice, non più un carattere quasi eccezionale, in quanto limitato ai seminfermi psichici – quando il carcere, infatti, porterebbe a concorrere a determinare un completo stato di demenza – quanto, piuttosto, la ordinaria concretizzazione, sul piano esecutivo, della necessità di regolarizzare la possibilità di non disattendere, soprattutto nel diritto penale della violenza di genere, quelle razionali esigenze di integrazione sociale atte ad impedire condotte recidivanti e vanificatrici di una prevenzione penale terziaria soprattutto quando, come pure da noi evidenziato in questo nostro studio, non si imponga l’esigenza di ordinare sempre e comunque la pena posticipata

⁷² Per una ricostruzione della commisurazione della pena orientata da valori razionali di politica criminale, resta ancora illuminante il rinvio a E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, *passim*; L. MONACO, *Prospettive dell’idea dello scopo nella teoria della pena*, Napoli, 1985, *passim*.

⁷³ Da ultimo, sul punto, in applicazione coerente del diritto penale della ri-educazione ci sia consentito rinviare a A. SESSA, *Imputabilità e minore età: il sistema penale tra bisogno (ri)educativo del giovane adulto e dell’adulto giovane*, cit., p. 83 ss.

non appena risultino superate le particolari condizioni indicate nell’art. 220 comma 3 c.p.⁷⁴.

Così, e solo così, allora, anche il diritto penale multilivello del “cittadino” “non nemico violento” saprà porsi, nello stato sociale di diritto, al servizio di quei valori normativo-superiori che, per quanto universali ed orientati alla massima estensione dei diritti fondamentali⁷⁵, non solo concorreranno, anche nella legalità “reticolare, ad armonizzare esigenze special preventive e general preventive positive di integrazione sociale, ma troveranno anche, ben oltre l’autore, il loro completamento pur sempre in quel controllo ordinamentale che, per fenomeni complessi come quello qui affrontato, saprà mettere in campo anche azioni multiagenziali di prossimità – sociale e di polizia – in grado, a loro volta, di rafforzare anche la tutela della vittima rispetto alla sua capacità di affidamento e di credibilità nelle istituzioni. E se in tutto questo di utopia si tratta, si tratterà certo di utopia dinamica e non statica⁷⁶, perché fondata su principi, quei principi con i quali tutti noi giuristi prima o poi saremo chiamati a fare i conti.

⁷⁴ Per maggiori approfondimenti a sostegno della nostra argomentazione cfr. F. ZAVATARELLI, *Art. 220 c.p.*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2011, p. 2288 ss.

⁷⁵ Volendo qui riprendere la condivisibile impostazione di un costituzionalismo al di là dello Stato così come lucidamente ricostruita da L. FARRAJOLI, *Per una costituzione della terra. L’umanità al bivio*, Milano, 2022, *passim* e spec. p. 91 ss.

⁷⁶ Seguendo qui la magistrale lezione di E. BLOCH, *Atheismus im Christentum. Zur Religion des Exodus und des Reichs*, Suhrkamp, 1968, *passim*.

Abstract

La dialettica tra legalità e tipicità penale, che da sempre accompagna la (ri)definizione dei confini tra obblighi positivi e obblighi di incriminazione nel sistema penale multilivello, sembra trovare, anche nel contrasto alla violenza di genere e domestica, un approccio decisamente orientato alla riproposizione di schemi caratterizzati da affievolimento di garanzie. Il diritto penale, qui, del “nemico violento”, continuando a non perdere, infatti, il suo carattere costantemente simbolico ed ineffettivo, impone alla politica criminale “reticolare” di razionalizzare l’esistente nella ricerca di una risposta di sistema. Essa, accanto ad un diritto penale capace di prendere coscienza di norme incriminatrici in funzione di “spia” di personalità difettose, deve saper trovare, anche nel rigoroso ossequio di una prevenzione integratrice, le ragioni per cui giungere alla inversione della normale successione di pena e misura di sicurezza, e tutto ciò tanto nell’ambito di un binomio sanzionatorio unico integrato quanto, in via complementare, nella ricerca di qualcosa di meglio del diritto penale.

KEYWORDS: Violenza – genere – penale – multilivello – politica criminale

GENDER-BASED VIOLENCE AND DOMESTIC VIOLENCE
IN THE “RETICULAR LEGALITY”:
THE MULTILEVEL PENAL SYSTEM
TO THE TEST OF CRIMINAL POLICY

The dispute between legality and penal typicality, which has always accompanied the (re)definition of the boundaries between positive obligations and incrimination obligations in the multilevel penal system, seems to find, also in the fight against gender-based and domestic violence, an approach decidedly oriented towards the repositioning of schemes characterized by the weakening of guarantees. The criminal law, here, of the “violent enemy” continuing not to lose, in fact, its constantly symbolic and ineffective character, imposes the “reticular” criminal policy to rationalize the existent in the search for a systemic response. Alongside a criminal law capable of becoming aware of incriminating norms as a “spy” of defective personalities, it must be able to

identify, even in the rigorous observance of integrative prevention, the reasons for reaching the inversion of the normal succession of penalties and security measures, and all this in the context of a single integrated sanctioning pair as well as, in a complementary way, in the search for something better than criminal law.

KEYWORDS: Violence – gender – criminal – multilevel – criminal policy

LA VIOLENZA DI GENERE E LA TRATTA NEI GIUDIZI PER LA PROTEZIONE INTERNAZIONALE

*Lucia Tria**

SOMMARIO: 1. Le violazioni dei diritti umani e la povertà colpiscono soprattutto le bambine, le ragazze e le donne. – 2. Storie che vengono da Paesi lontani ma a noi molto vicine. – 2.1. Lo sfruttamento sessuale delle migranti nigeriane. – 2.2. Il delitto d'onore. – 2.3. Le spose bambine. – 3. L'audizione personale della/del richiedente asilo: "prova regina". – 4. La non obbligatorietà dell'audizione in sede di giudizio. – 5. Il bilanciamento degli interessi effettuato dalla Corte di Cassazione. – 6. La pluralità di saperi necessaria per effettuare l'audizione. – 7. L'audizione delle vittime di violenze o di tratta. – 8. Collegamento della tratta alla schiavitù. – 9. Principi basilari in tema di valutazione dei casi di tratta. – 10. Le situazioni di violenza di genere non necessariamente legate alla tratta. – 11. I figli minorenni come elemento di integrazione in Italia della richiedente asilo. – 12. Conclusioni.

1. Le violazioni dei diritti umani e la povertà colpiscono soprattutto le bambine, le ragazze e le donne

In una recente nota ufficiale dell'UNHCR è stato sottolineato che in tutto il mondo per le persone costrette a fuggire dal proprio Paese il momento attuale è particolarmente critico, per molteplici ragioni: l'aumento delle diseguaglianze, le pesanti conseguenze della pandemia, i mutamenti climatici, le numerose guerre che vi sono nel mondo, a

* Consigliere della Corte Suprema di Cassazione. Indirizzo e-mail: lucia.tria@giustizia.it

Rielaborazione aggiornata e approfondita di una relazione tenuta il 2 dicembre 2022 nel corso della Tavola Rotonda organizzata dal CIR (Comitato Italiano Rifugiati) su "Donne rifugiate vittime di violenza di genere e tratta: nuovi strumenti di supporto e prossime sfide".

partire da quella Ucraina, in Europa i cui effetti a catena comportano, fra l'altro, aumenti esorbitanti dei prezzi dei beni essenziali¹.

Chi ne soffre di più sono soprattutto le donne e le ragazze perché, di fronte alla carenza di cibo e all'aumento dei prezzi, spesso sono costrette a subire o a prendere decisioni strazianti per sopravvivere². Così

¹ In base ai dati forniti da *Armed Conflict Location & Event Data Project* (ACLED) una parte considerevole del globo è ancora sommersa da una qualche forma di conflitto. Secondo una classificazione piuttosto utilizzata (anche se poco indicativa) suddividendo le guerre in base al numero di persone che perdono la vita ogni anno a causa di essi, si distinguono tre categorie di conflitti: le guerre maggiori, le guerre, i conflitti minori. Di conseguenza Da ciò si desume che attualmente sono in corso 10 conflitti maggiori (che a volte vanno avanti da tempo e che comunque potrebbero peggiorare o evolvere in senso negativo). Tali conflitti riguardano i seguenti Stati: Etiopia, Yemen, Sael, Nigeria, Afghanistan, Libano, Sudan, Haiti, Colombia, Myanmar. ACLED è una organizzazione no profit finanziata da vari enti tra cui il Bureau of Conflict and Stabilization Operations presso il Dipartimento di Stato degli Stati Uniti, il Ministero degli Affari Esteri olandese, il Ministero degli esteri tedesco, la Fondazione Tableau, l'Organizzazione internazionale per le migrazioni e l'Università del Texas ad Austin. In applicazione alla suddetta classificazione si sono sottolineate nel mondo sono in corso attualmente molti altri conflitti "dimenticati" (sicuramente più di 30) e che in molti di questi conflitti, in particolare in Mali, Siria, Libia è stato protagonista il violento gruppo Wagner, la compagnia militare privata russa che sta "aiutando" Putin anche nella guerra in Ucraina. E, per quel che riguarda il Mali (da cui provengono molti immigrati in Italia) si calcola che il conflitto che va avanti da molti anni abbia causato più di 15mila morti. Per la maggior parte di questi Paesi *Save the Children* ha lanciato l'allarme sottolineando che in essi i bambini vivono ogni giorno l'inferno e spesso sono malnutriti. Per eventuali approfondimenti: A. DEGLI INNOCENTI, *Non solo Ucraina: ecco quante e quali sono le guerre nel mondo*, www.italiachecambia.org, 3 aprile 2022; D. GUARINO, *Non solo Ucraina. Dallo Yemen alla Siria, ecco le guerre dimenticate che oggi si combattono nel mondo*, <https://luce.lanazione.it>, 2 aprile 2022.

² Vedi, al riguardo, fra l'altro: I. BOIANO, *Le persecuzioni nei confronti delle donne e il sistema di protezione internazionale: quale Paese può dirsi "sicuro" per le donne?*, in *Questione giustizia*, 2022, n. 4, <https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/le-persecuzioni-nei-confronti-delle-donne-e-il-sistema-di-protezione-internazionale-quale-paese-puo-dirsi-sicuro-per-le-donne>. A margine di questo articolo si può osservare che nel decreto del Ministero degli Esteri del 17 marzo 2023, la Nigeria è stata inserita tra i Paesi di origine sicuri. Inoltre, pur potendo la designazione di un Paese come di origine sicuro essere fatta eccettuando parti del suo territorio o categorie di persone, il suddetto decreto non contiene alcun riferimento alle regioni della Nigeria dove imperversa Boko Haram né al fenomeno della tratta delle ragazze e delle donne

vi sono bambine mandate a lavorare invece che a scuola, mentre alcune non hanno altra scelta che chiedere l'elemosina o praticare la vendita o lo scambio di sesso per denaro.

A ciò si aggiunge il preoccupante aumento di rischi di sfruttamento non solo sessuale ma anche domestico e lavorativo, di traffico di esseri umani, di matrimoni precoci (volti a incrementare il reddito familiare) e di violenze nelle relazioni di coppia o endo-familiari, in genere.

Né va dimenticato che il delitto d'onore, praticato in India, in Pakistan e in molti altri Paesi specialmente asiatici, uccide diverse migliaia di persone ogni anno.

Quando una delle vittime di queste situazioni chiede la protezione internazionale non sempre viene correttamente ricostruita e compresa la sua vicenda personale.

2. Storie che vengono da Paesi lontani ma a noi molto vicine

Un primo ostacolo per la suddetta comprensione è quello linguistico.

Infatti, si deve considerare che la maggior parte di queste persone non parla inglese ma parla dialetti regionali che sono difficili da tradurre sicché da tempo si rileva la carenza di persone capaci di farlo, mentre una corretta traduzione è assolutamente essenziale.

Vi è poi una difficoltà di comprensione del contenuto delle storie derivante da un approccio nell'ascolto prevalentemente eurocentrico mentre le narrazioni e anche l'atteggiamento delle interessate che le effettuano vanno valutati con un approccio di tipo antropologico basato sulla vita, gli usi e i costumi esistenti nel loro Paese di origine considerando altresì il genere, l'età, l'istruzione e la cultura (locale) della singola persona.

2.1. Lo sfruttamento sessuale delle migranti nigeriane

Per fare qualche esempio basta pensare alle donne nigeriane vittime

ai fini della prostituzione che si registra specialmente in alcune parti del territorio nigeriano (come Edo State).

me di tratta per prostituzione (che sono la maggioranza delle vittime di tratta per questa ragione presenti nel nostro territorio nazionale)³.

Come rilevato da attenti studiosi⁴, lo sfruttamento sessuale delle migranti, che da Edo State, nel sud della Nigeria, si muovono verso l'Europa, è un fenomeno che coinvolge l'Italia da più di due decenni e che spesso nei media italiani viene registrato esasperando la dimensione orrorifica dei rituali, ponendo l'accento sul sangue, i sacrifici, gli intrugli, e restituendo al pubblico un immaginario infantile di stregoneria e magia nera, così prendendone le distanze rispetto alla nostra realtà. Negli ultimi anni il *voodoo* e delle non meglio precisate usanze cannibaliche sono diventati parte dei discorsi sulla mafia nigeriana, stimolando le fantasie anti immigrazione⁵.

Ma, già questa impostazione dimostra che si è voluto esotizzare le pratiche legate al *juju* ponendole anche al centro dei discorsi sulla malavita nigeriana e quindi trasformandole da consuetudini comunitarie locali a dato costitutivo del fenomeno migratorio, come tale a noi lontano. Mentre in realtà i termini – *juju* e *voodoo* – pur evocando rituali esoterici, secondo una lettura d'impronta africanista sono da considerare prassi determinate da precise condizioni storiche e politiche, che pur evocando usanze arcaiche vanno collegate alle violenze e ai disequilibri del presente.

Basta pensare che, secondo un recente rapporto della *Walk Free Foundation* – che analizza la schiavitù moderna e il traffico di esseri umani in 167 Paesi – in Europa l'Italia è al terzo posto di questa triste classifica, preceduta da Polonia e Turchia, mentre almeno 10.000 bambini riconosciuti come rifugiati – di cui 5.000 in Italia e 1.000 in Svezia – risultano ora dispersi.

Inoltre, secondo uno studio di *Save the children* le vittime dello

³ Vedi M. CORREGGIA, *Il mio nome è Aoise*, Milano, 2022, che ci racconta la storia di queste donne tra Nigeria e Italia.

⁴ Vedi, per tutte: A. BRIVIO, *Assoggettamento da juju? Decostruire le categorie della dipendenza tra le giovani migranti dalla Nigeria*, in *Rivista della Società Italiana di Antropologia Culturale*, 2021, vol. 10, n. 1, pp. 161-185.

⁵ A. BRIVIO, *Assoggettamento da juju? Decostruire le categorie della dipendenza tra le giovani migranti dalla Nigeria* cit., riferisce che, ad esempio, anche l'attuale Presidente del Consiglio Giorgia Meloni, tempo fa, ha scritto a sei mani un volume dal titolo: *Mafia nigeriana. Origini, rituali, crimini*.

schiaivismo contemporaneo – che, anche in Italia, si può riscontrare in moltissime situazioni, tra le quali: la prostituzione forzata, la pedofilia, la servitù domestica, ma anche lo sfruttamento di manodopera spesso clandestina, il prestito ad usura, il lavoro forzato, fino ad arrivare alla tratta di donne e bambini da sfruttare come strumenti del sesso oppure di forme di servitù matrimoniale – in genere sono persone dotate di una ridotta autonomia economica e/o psicologica.

Quindi si tratta in prevalenza di giovani e di soggetti socialmente vulnerabili e a rischio discriminazione, tra i quali anche in ambito UE, vengono compresi in primo luogo le donne ma anche le persone minorenni, le persone con disabilità e gli immigrati in genere.

In questo contesto si inseriscono le storie delle ragazze e delle donne nigeriane costrette a prostituirsi nel nostro Paese che di solito cominciano con la decisione della famiglia (consapevole del “lavoro” che la ragazza andrà a fare) di sacrificare la figlia (che, invece, normalmente pensa di andare a fare la parrucchiera o altro simile lavoro) per poter ottenere i mezzi per vivere e che lo fa obbligando la ragazza a prestare un giuramento “sacro” *juju*⁶ – noto in Italia come *voodoo* – con un rito violento e terrificante, davanti ad un c.d. sacerdote spesso complice dei trafficanti.

Questo è il principale strumento per rendere possibile il controllo delle schiave (visto che questa sarà la loro condizione).

Infatti, con questo giuramento – che l’interessata considera solenne – si assume l’impegno non solo di restituire alla madame e ai suoi amici tutti i soldi pagati per il viaggio ma soprattutto di fare tutto quello che queste persone chiederanno, di non provare a scappare e di non parlare mai a nessuno di quello che si farà.

E il c.d. sacerdote suggella l’impegno aggiungendo che, in caso di tradimento del giuramento, verranno scatenati dal semidio Eshu gli

⁶ *Juju* è un termine di derivazione francese (*joujou* significa piccola bambola o giocattolo e oggetto scherzoso). Probabilmente fu attribuito dagli europei alle divinità del sud della Nigeria; si diffuse solo nel 1926, grazie all’opera di Talbot. Si tratta quindi di una parola di recente acquisizione, non derivata da una delle lingue parlate localmente, il cui uso, come nel caso del termine “feticcio”, denunciava l’ignoranza e il pregiudizio nei confronti dei culti locali (Osei Bonsu 2016). Vedi, al riguardo, A. BRIVIO, *Assoggettamento da juju? Decostruire le categorie della dipendenza tra le giovani migranti dalla Nigeria*, cit.

spiriti dei morti che potranno arrivare anche ad uccidere la ragazza e la sua famiglia.

Questo “vincolo religioso” è l’ostacolo principale che impedisce alle ragazze e alle donne nigeriane non solo di sentirsi libere e di smettere di prostituirsi e cambiare vita, ma anche di raccontare la loro storia e denunciare le violenze subite.

Ma va sottolineato che al vincolo derivante dall’assoggettamento alle “forze mistiche” si aggiunge la questione del debito che è centrale per la comprensione delle forme di assoggettamento cui (tutti) i migranti sono sottoposti e che è un tema che ha profonde radici nella storia delle relazioni tra Africa ed Europa e che sottende una riflessione sull’idea di dipendenza e libertà, visto che in molti Paesi se non si riesce a pagare un debito divenuto nel tempo usurario si rischia la schiavitù propria e della propria famiglia.

La Corte di Cassazione, da tempo, si è mostrata sensibile alla comprensione di queste situazioni, affermando il principio secondo cui costituisce presupposto per il riconoscimento della protezione internazionale il pericolo di persecuzione nel Paese di provenienza, consistente nella riduzione in schiavitù a seguito della situazione debitoria del richiedente, situazione diffusa nel costume locale e tollerata dalle autorità statali, ma che si differenzia dalla migrazione per ragioni economiche poiché in essa l’espatrio non persegue un miglioramento economico, ma si rende necessario al fine di evitare trattamenti inumani o gravemente dannosi per la persona. Pertanto, ove sia stato dedotto tale pericolo, il giudice deve svolgere d’ufficio gli accertamenti necessari a verificare che le leggi o i costumi del Paese di provenienza siano tali da autorizzare o tollerare la suddetta pratica. Di conseguenza è stata cassata la pronuncia di merito, che, sulla base del racconto del richiedente – che aveva narrato di essere stato costretto ad espatriare per timore di ritorsioni da parte di creditori insoddisfatti e per il conseguente pericolo di riduzione in schiavitù praticato in Bangladesh – aveva rigettato la domanda, riconducendo la fattispecie ad un’ipotesi di migrazione per ragioni economiche⁷.

⁷ Corte di Cassazione, sentenza del 21 dicembre 2020, n. 29142, seguita da molte pronunce conformi.

2.2. *Il delitto d'onore*

Com'è noto in India, in Pakistan e in molti altri Paesi specialmente asiatici è tuttora praticato il delitto d'onore che uccide diverse migliaia di persone ogni anno, in particolare donne e persone minorenni che vengono punite con pene corporali o addirittura con la morte per il presunto disonore arrecato alla famiglia di origine – i genitori, i fratelli – o al marito e alla famiglia di quest'ultimo per atti di “disobbedienza” alle consuetudini locali.

Si tratta di un costume ancora più efferato del delitto d'onore abolito nel nostro ordinamento nel 1981.

Un caso a noi vicino è quello di Saman Abbas, la ragazza pakistana che è stata uccisa nei pressi di Reggio Emilia dai familiari perché si era opposta ad un matrimonio forzato.

Ebbene, se questa ragazza avesse potuto raccontare ad una autorità nazionale la propria storia e dire che temeva di essere uccisa dai genitori per un fidanzato sbagliato avrebbe anche potuto correre il rischio di non essere creduta se l'interlocutore non avesse ascoltato la sua storia con un approccio di tipo antropologico.

2.3. *Le spose bambine*

I matrimoni precoci sono comuni, ad esempio, nella cultura degli afgani di etnia Pashtun. Tale pratica è accettata in termini socio-culturali e religiosi e nel diritto consuetudinario. Per questo, è una sfida difficile per gli operatori umanitari che si occupano della tutela dei bambini.

Anche in questo caso può essere difficile comprendere le storie che vengono narrate al riguardo.

Infatti, vi sono famiglie che dicono di non avere altra scelta che far sposare le figlie per comprare da mangiare e avere un tetto sopra la testa, così vendono figlie minori anche all'età di 7 o 3 anni per un compenso di circa 2.000 dollari ognuna, per farle sposare – ufficialmente a 10 anni – con uomini che possono avere anche più di 40 anni delle spose.

Comunque, la descritta situazione non è certamente isolata perché il problema dei matrimoni precoci riguarda tutto il mondo e si posso-

no riscontrare dei casi anche in Europa. Ma ci sono due grandi zone del pianeta dove tale problema si manifesta nella sua forma più grave. Per la precisione:

Africa subsahariana (specialmente in Paesi come Niger e Repubblica Centrafricana, dove, rispettivamente, il 76% e il 68% delle donne si sono sposate prima dei 15 anni di età);

Asia meridionale (specialmente in Paesi come Bangladesh e India, dove, rispettivamente, il 52% e il 47% delle donne si sono sposate prima dei 15 anni di età).

Da recenti rilevazioni risulta che nel mondo, oltre 250 milioni di donne, tutt'oggi in vita, si sono sposate prima di aver compiuto il quindicesimo anno di età e spesso sono state costrette a sposarsi contro la propria volontà.

Inoltre, ogni anno, 15 milioni di giovani donne e ragazze sono tuttora costrette a sposarsi. Il 17% delle spose bambine vive in Africa e questo, in valori assoluti, corrisponde a 125 milioni di spose bambine.

3. *L'audizione personale della/del richiedente asilo: "prova regina"*

Dai pochi esempi fatti risulta evidente come spesso si riscontrino notevoli difficoltà nell'effettuazione e nella valutazione dell'audizione dell'interessata.

Al riguardo va considerato che il legislatore aveva previsto che vi fosse la videoregistrazione del colloquio del richiedente che, sul piano delle garanzie, avrebbe consentito una valutazione ben più efficace di quella meramente cartolare dando, tra l'altro, la possibilità di cogliere i c.d. "riscontri non verbali", cioè quel "non detto" che proprio avrebbe voluto cristallizzare e sottoporre direttamente all'attenzione del giudice senza duplicare l'audizione, oltre che porre rimedio a problemi relativi alla inesatta traduzione o verbalizzazione, permettendo così di giungere in tempi processuali ridotti ad una decisione più aderente alla realtà processuale.

Purtroppo, però, al momento la videoregistrazione non c'è quasi mai perché le Commissioni territoriali non sono state dotate dei relativi impianti funzionanti (anche se ne prevede l'attivazione in tempi ragionevoli).

D'altra parte, non sempre le Commissioni mettono a disposizione del giudice, all'interno del fascicolo, anche il verbale o la trascrizione del colloquio, qualora quest'ultimo sia avvenuto nella fase amministrativa.

Ma comunque tale verbale, anche se disponibile, non è certamente idoneo a rendere percepibili nella loro integralità le dichiarazioni dell'istante⁸.

Quel che è bene sottolineare è che nella procedura bifasica di origine UE prevista per il riconoscimento di tutte le forme di protezione (status di rifugiato, protezione sussidiaria e protezione umanitaria oggi protezione speciale) sia per la prima fase amministrativa (Questure, Commissioni territoriali, competenti anche per l'eventuale l'avvio della procedura per la protezione speciale se non richiesta autonomamente alla Questura⁹) sia per la seconda fase giurisdizionale – solo eventuale, nel senso che ad essa si accede soltanto nell'ipotesi in cui la fase amministrativa si sia conclusa con una decisione negativa ovvero con l'attribuzione di una forma di protezione che l'interessato considera inadeguata alla propria situazione ovvero se riceve una decisione di revoca o cessazione della misura da parte della Commissione nazionale. per l'asilo – l'audizione personale del/della richiedente asilo – che è una prova molto diversa da quella testimoniale anche perché proviene da chi introduce il giudizio – rappresenta l'essenza (e la centralità) probatoria del procedimento.

Essa viene svolta sul presupposto che tutti i fatti dedotti in giudizio siano noti soltanto all'istante, per questo, in assenza di prove diverse dalla dichiarazione rappresentativa di quei fatti, si stabilisce che la rela-

⁸ Corte di Cassazione, sentenza del 12 dicembre 2018, n. 32073; Corte di Cassazione, sentenza del 17 settembre 2021, n. 25216.

⁹ Con la Circolare trasmessa dal Ministero dell'Interno il 3 gennaio 2022, la Commissione Nazionale per il Diritto di Asilo è tornata a pronunciarsi in materia di riconoscimento della protezione speciale con due pareri che integrano i chiarimenti già forniti con circolare del 19 luglio 2021. Con la recente circolare si trasmette altresì il parere dell'Unità Dublino in merito alle istanze di permesso di soggiorno per protezione speciale ex art. 19, commi 1.1 e 1.2, T.U.I. presentate da cittadini stranieri o apolidi "dublinanti" ossia in attesa di decisione dell'Unità Dublino o in contenzioso contro il provvedimento di trasferimento in altro Stato dell'Unione europea. Per ulteriori approfondimenti in materia vedi www.cir-onlus.org, 9 febbraio 2022.

tiva valutazione debba essere effettuata in conformità con gli speciali criteri legislativamente predeterminati dall'art. 3, comma 5, del d.lgs. n. 251 del 2007¹⁰.

Del resto, la/il richiedente asilo che, nella maggior parte dei casi, non è in possesso di fonti documentali o testimoniali, non può che fondare la domanda sulle proprie dichiarazioni.

Peraltro, in linea generale, per la disciplina UE tutta la procedura bifasica in oggetto è stata concepita come volta alla introduzione di strumenti di carattere procedurale diretti a facilitare allo straniero l'esercizio dei propri diritti fondamentali coinvolti, tanto che le sue principali caratteristiche sono rappresentate dalla possibilità di presentare una unica domanda ad oggetto indistinto e dal ruolo attivo attribuito alle diverse autorità (amministrative e giurisdizionali) di cooperazione istruttoria al fine dell'accertamento delle condizioni che possono consentire allo straniero di avvalersi della protezione internazionale.

Del resto, gli stranieri migranti per la UE sono per definizione soggetti deboli, anche quando non appartengono a specifiche categorie protette (es. minori, invalidi etc.), sicché la procedura è stata concepita in modo tale da attribuire al diritto di difesa un ruolo prioritario.

A questa esigenza deve rispondere anche la valutazione di credibilità del racconto del/della ricorrente e della sua eventuale audizione (che va compiuta alla stregua dei criteri legali indicati nell'art. 3, comma 5, del d.lgs. n. 251 del 2007), con la precisazione che il relativo giudizio di verosimiglianza o plausibilità, ovvero lo stesso giudizio di ragionevolezza, non può essere eseguito comparando il racconto del richiedente con ciò che risulti ragionevole per il giudice o per un cittadino europeo medio ovvero con ciò che normalmente accade in un Paese europeo, perché si deve piuttosto fare riferimento alla plausibilità di fatti pertinenti asseriti nel contesto delle condizioni esistenti nel Paese di origine del richiedente asilo, considerando altresì il genere, l'età, l'istruzione e la cultura locale, come suggerisce EASO¹¹ (Ufficio

¹⁰ Corte di Cassazione, sentenza del 13 giugno 2022, n. 19045.

¹¹ Vedi per tutti: EASO, *Valutazione delle prove e della credibilità nell'ambito del sistema europeo comune di asilo*, 2018, p. 196.

europeo di sostegno per l'asilo) oggi EUAA (Agenzia dell'Unione europea per l'asilo entrata in funzione il 19 gennaio 2022)¹².

In questa ottica, è stato sottolineato che:

a) la valutazione del narrato da parte del giudice non deve sostanzarsi nella sua acritica scomposizione e nel suo sistematico frazionamento al fine di ricercare singole, eventuali contraddizioni, pur talvolta esistenti, insite nella narrazione stessa¹³;

b) viceversa, la anzidetta scomposizione del racconto va fatta nel senso di dare rilievo, nel suo ambito, a quella parte delle dichiarazioni che possono essere considerate credibili, anche se inserite in un racconto ritenuto poco attendibile per altri aspetti (come evidenziato anche nel *General Comment* n. 4 del 2017 del Comitato contro la tortura e nel Report EASO del 2018 sulla valutazione delle prove e della credibilità del richiedente protezione, ove si legge che: "l'organo decisionale è tenuto a rispettare gli obblighi internazionali degli Stati membri nei confronti delle persone che rientrano di fatto nell'ambito della protezione prevista dalla convenzione sui rifugiati, quantunque alcune di esse possano aver fondato il loro caso su bugie o atti di malafede");

c) il giudice del merito, ad esempio, nel valutare il racconto di una giovane donna nigeriana, contenente una parte relativa alla sottoposizione a tratta a fini sessuali esaurientemente circostanziata puntualmente collegata ad atti documentali, COI (*Country of Origin Information*) e linee guida UNHCR correttamente allegati riguardanti la specifica condizione delle donne nigeriane soggette a tratta, ove era stata evidenziata la circostanza (che rientra a pieno titolo nelle massime di comune esperienza) secondo la quale una narrazione eventualmente reticente è pur sempre tipica delle vittime di tratta, non può ignorare questa parte della narrazione solo in ragione di una valutazione di stile di non attendibilità della complessiva storia relativa alla condizione

¹² In materia vedi, fra le tante Corte di Cassazione, sentenza del 19 ottobre 2022, n. 30826 e Corte di Cassazione, sentenza del 12 aprile 2022, n. 11910.

¹³ Corte di Cassazione, sentenza del 13 giugno 2022, n. 19045; Corte di Cassazione, sentenza del 18 aprile 2019, n. 10922; Corte di Cassazione, sentenza del 21 aprile 2020, n. 8020; Corte di Cassazione, sentenza del 10 marzo 2021, n. 6738.

soggettiva della ricorrente, dovendo applicare il criterio di valutazione della c.d. credibilità parziale o frazionata *in bonis*¹⁴;

d) del resto, in linea generale, la motivazione dei provvedimenti giurisdizionali sul punto della valutazione della credibilità del narrato non deve mai essere meramente “di stile”, come quella predicativa, sic et simpliciter, di una pretesa “scarsa verosimiglianza delle allegazioni, contraddittorie e intrinsecamente illogiche” senza ulteriori spiegazioni.

4. *La non obbligatorietà dell'audizione in sede di giudizio*

Tuttavia secondo l'interpretazione della Corte di giustizia UE a partire dalla sentenza *Moussa Sacko c. Commissione Territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Milano*¹⁵, l'importanza dell'audizione del richiedente non vuole automaticamente dire che il giudice debba necessariamente dar corso all'audizione stessa, sicché laddove sia chiamato ad esaminare un ricorso avverso la decisione di rigetto di una domanda di protezione internazionale considerata dalla Commissione territoriale manifestamente infondata se condivide tale decisione sulla base delle circostanze di fatto a disposizione il giudice può respingere il ricorso senza procedere all'audizione del richiedente, purché nella fase precedente sia stata data facoltà al richiedente di sostenere un colloquio personale sulla sua domanda di protezione internazionale.

Ma si aggiunge che, in ogni caso, il giudice adito può sempre disporre tale audizione d'ufficio ove lo ritenga necessario ai fini dell'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto contemplati dalla normativa.

Nel nostro ordinamento, dopo l'abolizione del giudizio di appello in questa materia, il suddetto orientamento della Corte di Giustizia, da alcuni giudici, in un primo momento, è stato inteso nel senso di ritenere in ogni caso sufficiente l'avvenuta audizione nella fase amministrati-

¹⁴ Corte di Cassazione, sentenza del 13 giugno 2022, n. 19045.

¹⁵ Corte di giustizia, Seconda sezione, sentenza del 26 luglio 2017, *Moussa Sacko c. Commissione Territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Milano*, causa C-348/16, par. 49.

va della procedura, pur in assenza di videoregistrazione e di invio del relativo verbale.

Tale indirizzo però – secondo cui un colloquio personale con il richiedente nella fase amministrativa sarebbe di per sé idoneo e sufficiente ad integrare in maniera effettiva il diritto all’udienza o all’audizione dell’interessato, lasciando al giudice avanti al quale la decisione amministrativa è impugnata la facoltà di procedere o meno all’audizione del richiedente – nei fatti delineava uno standard di tutela a livello UE deteriore rispetto a quello previsto dalla Convenzione EDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo.

Infatti, per la Corte europea dei diritti dell’uomo l’obbligo derivante dall’art. 6, par. 1, CEDU –nella parte in cui stabilisce che: “Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti” – non implica che l’audizione personale in sede giudiziale debba essere prevista per ogni grado del processo, ma è sufficiente – e necessario – che essa sia assicurata almeno in un grado di esso¹⁶.

5. *Il bilanciamento degli interessi effettuato dalla Corte di Cassazione*

In questa complessa situazione, la Corte di Cassazione, con un orientamento risalente e ormai consolidato¹⁷, ha stabilito che nel giudizio di impugnazione della decisione della Commissione territoriale in-

¹⁶ Fra le tante, Corte europea dei diritti dell’uomo, Prima Sezione, sentenza del 18 dicembre 2008, ricorso n. 69917/01, *Saccoccia c. Austria*, par. 73; Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, sentenza del 23 novembre 2006, ricorso n. 73053/01, *Jussila c. Finlandia*, par. 41 e ss. ove si fa specifico riferimento alla differenza tra l’udienza – *hearing* – e l’audizione personale delle parti – *oral hearing*; Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 26 aprile 1995, ricorso n. 16922/90, *Fischer c. Austria*, par. 44; Corte europea dei diritti dell’uomo, Quarta Sezione, sentenza del 12 novembre 2002, ricorso n. 38978/97, *Salomonsson c. Svezia*, par. 36.

¹⁷ Vedi, fra le prime, Corte di Cassazione, sentenza del 7 luglio 2018, n. 17717.

nanzi all'autorità giudiziaria, in caso di mancanza della videoregistrazione del colloquio:

1) il giudice deve necessariamente fissare l'udienza per la comparizione delle parti, configurandosi, in difetto, la nullità del decreto con il quale viene deciso il ricorso, per violazione del principio del contraddittorio;

2) tale interpretazione è resa evidente anche dalla valutazione delle intenzioni del legislatore che ha previsto la videoregistrazione quale elemento centrale del procedimento, per consentire al giudice di valutare il colloquio con il richiedente in tutti i suoi risvolti, inclusi quelli non verbali, anche in ragione della natura camerale non partecipata della fase giurisdizionale;

3) ma il giudice non anche l'obbligo di disporre dinanzi a sé l'audizione del richiedente, a meno che:

3a) nella fase amministrativa del procedimento l'audizione sia stata omessa;

3b) la stessa sia stata effettuata in modo non idoneo, perché, ad esempio, nella fase amministrativa la Commissione si sia avvalsa di un interprete di nazionalità diversa dal ricorrente, in violazione dell'art. 10, comma 4, del d. lgs. n. 25 del 2008¹⁸;

3c) nel ricorso vengano dedotti fatti nuovi a sostegno della domanda, sufficientemente distinti da quelli allegati nella fase amministrativa, circostanziati e rilevanti;

3d) il giudice ritenga necessaria l'acquisizione di chiarimenti in ordine alle incongruenze o alle contraddizioni rilevate nelle dichiarazioni del richiedente;

3e) il richiedente faccia istanza di audizione nel ricorso, precisando gli aspetti in ordine ai quali intende fornire chiarimenti e sempre che la domanda non venga ritenuta manifestamente infondata o inammissibile.

6. *La pluralità di saperi necessaria per effettuare l'audizione*

Resta comunque il fatto che, data l'assenza della videoregistrazio-

¹⁸ Corte di Cassazione, sentenza del 22 dicembre 2020, n. 29304.

ne, la realizzazione dell'audizione nel corso della procedura (e, in particolare, in giudizio) della/del richiedente asilo è particolarmente complessa perché oltre a conoscenze giuridiche presuppone la soluzione di problemi linguistici – con la conseguente esigenza di ricorrere ad un interprete spesso non qualificato, anche per l'irrisorio compenso, e quindi privo di quella alta specializzazione professionale che richiederebbe il compito arduo di tradurre racconti provenienti da mondi lontanissimi dal nostro, con la conseguenza che, nei vari passaggi (domanda, traduzione, risposta, traduzione e verbalizzazione) si può verificare il pericolo di ulteriore inquinamento e alterazione della narrazione¹⁹ – e a tutto questo si aggiungono profili etnici, psicologici e antropologici che rendono il colloquio estremamente difficile da svolgere considerando che sia alle Commissioni territoriali sia ai giudici spesso non è fornita specifica formazione al riguardo²⁰.

Va anche detto che – specialmente per le donne vittime di violenza e di tratta – un adeguato sostegno psicologico e legale alle interessate, volto principalmente al superamento dei loro timori e della persistente soggezione fisica e psicologica rispetto agli agenti persecutori (anche divini), potrebbe consentire di superare almeno le criticità maggiori e

¹⁹ L. BREGGIA, *L'audizione del richiedente asilo dinanzi al giudice: la lingua del diritto oltre i criteri di sintesi e chiarezza*, in *Questione giustizia*, 2018, n. 2, https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/l-audizione-del-richiedente-asilo-dinanzi-al-giudi_546.php.

²⁰ Vedi sul punto: M. VEGLIO, *Uomini tradotti. Prove di dialogo con richiedenti asilo*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2017, n. 2, pp. 2-40, ove, fra l'altro, si sottolinea che ancora manca, sul tavolo della riflessione, lo studio delle modalità di dialogo, confronto e verbalizzazione dei colloqui e dei processi decisionali, esperienza che suggerisce piuttosto l'inadeguatezza del sistema di valutazione delle domande di protezione internazionale. Mentre, “*in un discorso pubblico segnato da pulsioni nazionaliste e sentimenti di ostilità, l'analisi delle decisioni delle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale e della giurisprudenza restituisce la crisi di credibilità del richiedente asilo*”. Si aggiunge che la difficile compatibilità tra astrazioni giuridiche novecentesche e biografie moderne – irregolari, caotiche, spiazzanti – è peraltro ben nota in letteratura: Crepeau descrive “*narrazioni grezze, che non rispettano un ordine cronologico, con vuoti, non detti, aspetti apparentemente marginali [...] esagerazioni e immagini che non corrispondono al nostro senso della realtà*”, evidenziando quella che Beneduce e Taliani definiscono una “*dimensione spesso frammentaria, contraddittoria e amnesica, talora propriamente onirica dei racconti*”.

di ottenere, fin dal primo colloquio, il racconto della vera storia della richiedente asilo quanto meno nei suoi tratti principali.

7. L'audizione delle vittime di violenze o di tratta

Le anzidette criticità relative alla effettuazione dell'audizione e alla sua valutazione sono particolarmente incisive nei procedimenti instaurati da donne vittime di violenza o di tratta.

Infatti, in questi procedimenti spesso accade che l'interessata non racconti immediatamente la sua vera e completa storia, sicché può emergere un quadro indiziario incompleto, dal quale però il giudice deve essere in grado di desumere che la donna sia stata vittima, pur non dichiarata in modo diretto e preciso, di violenza fisica o abusi se non addirittura di tratta.

Di conseguenza, secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, in questi casi il giudice non può arrestarsi di fronte al difetto di allegazione (o anche all'esistenza di un'allegazione contraria), ma deve avvalersi di tutti gli strumenti di cui dispone per conoscere la vera storia della richiedente asilo, ricorrendo, in particolare, allo strumento dell'audizione, paradigmaticamente indispensabile, al fine di consentire alla intravista realtà, occultata dalla stessa richiedente, di emergere in sede giurisdizionale²¹.

Così, ad esempio, è stata cassata con rinvio la decisione impugnata in un giudizio nel quale la richiedente non aveva mai affermato di essere fuggita dal suo Paese per sottrarsi ad una persecuzione conseguente all'appartenenza al particolare gruppo sociale costituito dalle donne vittime di tratta e che solo dopo il provvedimento di rigetto della Commissione territoriale (che aveva sottolineato "la presenza di alcuni elementi sintomatici di uno sfruttamento sessuale") aveva mutato la propria strategia difensiva invocando la protezione spettante alle persone vittime di tratta, pur continuando a sostenere di non essere espatriata in quanto sottoposta nel proprio Paese ad una forma di schiavitù di fini sessuali, ma deducendo di esserne stata vittima dopo essere

²¹ Corte di Cassazione, sentenza del 4 novembre 2020, n. 24573; Corte di Cassazione, sentenza del 26 aprile 2022, n. 26418.

giunta in Libia. Alla suddetta conclusione si è giunti sottolineando che il giudice del merito aveva respinto la domanda dando esclusivo rilievo alla mancata deduzione da parte della richiedente di essere stata assoggettata a tratta in Nigeria ed alla (successiva) deduzione di esserne stata vittima soltanto una volta che era giunta in Libia (Paese di transito) venendo meno al proprio dovere di accertare – avvalendosi dei suoi poteri istruttori anche ufficiosi, data la ritenuta credibilità di questa parte del racconto – le conseguenze subite dalla ricorrente per effetto di essere stata “venduta” e obbligata all’esercizio della prostituzione²².

In altri termini, non si può ignorare che spesso soprattutto le vittime della tratta, pur trovandosi in un Paese diverso da quello in cui la loro vicenda ha avuto origine, non si sono ancora liberate dalla soggezione fisica o psicologica agli agenti persecutori e quindi possono essere restie a raccontare tutti i fatti loro accaduti, ad auto qualificarsi vittime di tratta e ad intraprendere un percorso di affrancamento. Ma questo può non essere ostativo al riconoscimento della protezione internazionale se i fatti narrati – pur caratterizzati da contraddittorietà e frammentazione e non modificabili o integrabili dal giudice – possono comunque essere qualificati dal giudice, come indici di tratta anche tramite l’ausilio del c.d. indicatori di tratta, e sempre che si ravvisi l’esistenza del rischio di ulteriori atti persecutori²³.

8. Collegamento della tratta alla schiavitù

Del resto, come è confermato dalla nozione tradizionale di tratta di cui all’art. 1, n. 2, della Convenzione di Ginevra 25 settembre 1926 (resa esecutiva con r.d. 26 aprile 1928, n. 1723), la tratta è collegata alla schiavitù che, tradizionalmente intesa, è definita come un atto di appropriazione di un essere umano considerato alla stregua di una cosa che viene venduta o scambiata. E, al riguardo, deve essere sottoli-

²² Corte di Cassazione, sentenza del 6 settembre 2021, n. 24036.

²³ Corte di Cassazione, sentenza del 12 gennaio 2022, n. 676.

neato che, da autorevoli indagini²⁴, si apprende che non è un caso se statisticamente le donne e i minorenni siano le persone più facilmente schiavizzabili, in quanto ciò dipende dal fatto che questa condizione è tipica di coloro che sono dotati (non volontariamente) di poca autonomia psicologica ed economica, il che spiega anche perché in alcuni casi le donne violentate mantengano i rapporti con il loro carnefice.

Pertanto, rispetto ad una simile fattispecie – di riduzione di una persona in stato di schiavitù – non può attribuirsi alcun rilievo alla eventuale liceità o tolleranza di quel trattamento nel Paese di provenienza della richiedente, poiché altrimenti si vanificherebbe l'essenza stessa della tutela internazionale, che è proprio quella di assicurare al richiedente, in fuga dal proprio Paese, la tutela dei suoi diritti inalienabili di persona, tra i quali certamente rientra quello alla libertà personale²⁵.

Va aggiunto che la Corte di Strasburgo, sulla base dell'art. 4 della CEDU (divieto di riduzione in schiavitù, servitù e lavori forzati), nella sua più recente giurisprudenza ha ricondotto entro l'ambito di applicazione della norma anche le forme di schiavitù contemporanea, quali la schiavitù domestica e la tratta di esseri umani, precisando che gli Stati contraenti sono tenuti a porre in essere tutte le misure idonee a scongiurare il pericolo che gli individui sottoposti alla loro giurisdizione siano ridotti in condizioni di schiavitù o di servitù o costretti al lavoro forzato²⁶.

²⁴ Vedi, IX Rapporto *Piccoli schiavi invisibili 2019* pubblicato sempre da Save the Children, il 30 luglio 2019 nonché *X Atlante dell'Infanzia (a rischio)* pubblicato ad ottobre 2019 sempre da Save The Children. In quest'ultimo rapporto, che riguarda l'Italia, viene sottolineato che il nostro Paese al momento della ricerca aveva il record negativo tra tutti i Paesi UE per la percentuale di minori in condizione di povertà assoluta – cioè privi dei beni indispensabili per condurre una vita accettabile – essendo tale percentuale più che triplicata in un decennio, passando dal 3,7% del 2008 al 12,5% del 2018. Di conseguenza, questi minorenni (che spesso non frequentano la scuola) oltre ad avere conseguenze di tipo fisico derivanti dalla malnutrizione, sono anche più facilmente schiavizzabili.

²⁵ Corte di Cassazione, sentenza del 14 agosto 2020, n. 17186; Id., sentenza del 11 marzo 2020, n. 6879.

²⁶ Corte di Cassazione, sentenza del 1° gennaio 2022, n. 676; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 gennaio 2010, ricorso n. 25965/04, *Rantsev c. Cipro e*

Anche nella Convenzione ONU contro la criminalità organizzata del 2000, nei relativi Protocolli, ratificata dall'Italia con legge 16 marzo 2006 n. 146, nella Convenzione di Varsavia del Consiglio d'Europa del 16 maggio 2005 e nella direttiva 2011/36/UE esplicitamente si afferma che la tratta di esseri umani costituisce una violazione dei diritti umani e un'offesa alla dignità e all'integrità dell'essere umano.

Ma nella ricostruzione del quadro normativo, un ruolo particolarmente rilevante riveste la Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, ratificata dall'Italia con legge 27 giugno 2013 n. 77, poiché in essa si precisa che con l'espressione "violenza nei confronti delle donne" si intende designare una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica 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 (art. 3, lett. a).

Inoltre, un capitolo specifico della Convenzione di Istanbul è dedicato alle donne migranti e richiedenti asilo quali persone particolarmente esposte alla violenza di genere (Capitolo VII: artt. 59-61).

E la Convenzione precisa anche – con una ulteriore importante innovazione – che l'espressione "violenza domestica" designa tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima (art. 3, lett. b).

La anzidetta definizione di violenza di genere rappresenta una importante innovazione di grande significato per la protezione internazionale perché da essa si desume che la violenza di genere è considerata una condotta discriminatoria nei confronti delle donne come "gruppo sociale" di persone vulnerabili.

Questo comporta che, ai fini della protezione internazionale, non è

indispensabile la verifica della sussistenza di un reato (in Italia perseguibile ai sensi degli artt. 600 ss. c.p.) – anche se l'esistenza di una indagine o di un processo penale in corso possono condurre, per autonoma via, al rilascio del permesso di soggiorno ex art 18 d.lgs. n. 286 del 1998 – ma ciò che rileva è la verifica della sussistenza, caso per caso, della violenza o degli abusi oppure del fenomeno della tratta e se per le concrete modalità in cui la vicenda si atteggia si ravvisano i presupposti della protezione internazionale e la vittima fa parte del suddetto gruppo sociale, l'intento persecutorio può essere considerato di per sé sussistente e se ne accerta la persistenza nel Paese di origine è possibile attribuire lo status di rifugiata. Ma anche se quest'ultimo elemento non emerge in ogni caso dell'appartenenza al gruppo sociale delle donne come persone vulnerabili non si potrà non tenerne conto per l'attribuzione di altre forme di protezione.

9. Principi basilari in tema di valutazione dei casi di tratta

Quello tratteggiato è il quadro in cui si inseriscono i principi formulati dalla Corte di Cassazione rispettivamente per i procedimenti riguardanti donne richiedenti asilo vittime (o sospette vittime) di tratta (per finalità di sfruttamento sessuale o per altre motivazioni come, ad esempio, quelle collegate allo sfruttamento lavorativo²⁷) ovvero vittime di violenze e abusi, fuori dalla tratta.

Al riguardo mi limito qui a sintetizzare i suddetti principi²⁸:

1) la richiedente asilo ha l'onere di allegare i fatti – pur se in modo contraddittorio o frammentato – ma non deve qualificarli, compito questo del giudice che deve, in adempimento del dovere di cooperazione, a tal fine analizzare i fatti allegati, senza modificarli né integrali, comparandoli con le informazioni disponibili, pertinenti e aggiornate sul Paese di origine (ma anche sui Paesi di transito specialmente in caso di tratta, poiché la tratta di esseri umani è un fenomeno transazionale di particolare complessità), tenendo conto delle fonti convenzionali

²⁷ Vedi, fra le altre, Corte di Cassazione, sentenza del 27 gennaio 2021, n. 1750.

²⁸ Vedi Corte di Cassazione, sentenza del 1° gennaio 2022, n. 676 seguita da molte decisioni conformi.

(a partire dalla Convenzione di Istanbul) ed internazionali, e per la tratta delle Linee guida per la identificazione delle vittime di tratta redatte dall'UNHCR e dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo;

2) per le domande di protezione presentate da donne potenziali vittime di tratta o di violenze e abusi è di estrema importanza l'esame personalizzato che il giudice deve effettuare con tutti gli strumenti a disposizione anche in presenza di un quadro indiziario incompleto, ma tale da far temere che la richiedente asilo sia stata vittima, non dichiarata, di tratta ovvero di violenze;

3) l'approfondimento istruttorio demandato al giudice del merito dev'essere svolto con modalità idonee a preservare, quanto più possibile, l'integrità psicologica della vittima, in quanto persona da presumere fragile a fronte del vissuto di violenza cui è stata esposta, soprattutto nel caso di soggezione della donna, o del minore, a violenze reiterate e prolungate nel tempo²⁹;

4) il giudice è chiamato a porre particolare attenzione all'idoneità dei forti traumi, riportati per le violenze anche domestiche subite e narrate, ad incidere sulla condizione di vulnerabilità della richiedente asilo, nonché sulla sua capacità di reinserirsi socialmente in caso di rimpatrio preservando le inalienabili condizioni di pari dignità umana;

5) nei suddetti procedimenti il giudice di merito ha quindi la delicata funzione di essere interprete del disagio della donna che sia stata vittima, anche se non dichiarata, di tratta o di violenze domestiche o abusi sessuali e l'approccio del giudice di merito deve essere diretto a far sì che la persona che riferisca di aver subito la lesione del nucleo inalienabile dei suoi diritti umani – del quale certamente fanno parte il diritto all'incolumità personale e quello alla libera scelta sessuale dell'individuo – sia posta in grado di far emergere il suo vissuto personale, anche in contrasto con l'apparente allegazione che la ricorrente stessa possa aver prospettato, in una fase iniziale, per timore di subire ripercussioni per effetto delle vicende oggettivamente umilianti alle quali essa sia stata, senza colpa, sottoposta³⁰;

6) è inoltre compito del giudice accertare nel singolo caso, tramite

²⁹ Corte di Cassazione, sentenza del 30 dicembre 2020, n. 29943.

³⁰ Corte di Cassazione, sentenza del 6 maggio 2021, n. 18666.

informazioni pertinenti ed aggiornate sul Paese di origine, il rischio attuale di ulteriori atti lesivi, dello stesso tipo di quelli già subiti, ovvero anche diversi ma che possono comunque qualificarsi come atti persecutori, quali atti discriminatori fondati sul genere, sulla base di un approfondimento istruttorio – obbligatorio ai sensi dell'art. 3, comma 3, lett. a), d.lgs. n. 251 del 2007 e dell'art. 8, comma 3, d.lgs. n. 25 del 2008 – che non deve venire meno anche a fronte della valorizzazione della natura economica dei motivi dell'espatrio³¹;

7) al fine dell'eventuale attribuzione dello status di rifugiata la tratta così come le altre violenze fisiche o psichiche possono considerarsi atti persecutori in quanto riconducibili in base alla Convenzione di Istanbul alla appartenenza ad un «particolare gruppo sociale» costituito da membri che condividono una caratteristica innata o una storia comune che non può essere mutata e cioè l'appartenenza al genere femminile e le condotte subite siano state poste in essere per la loro condizione di debolezza;

8) se si accerti la vicenda storica della tratta o della violenza, ma si escluda il rischio attuale di atti persecutori si potrà concedere la protezione sussidiaria ovvero accertare la sussistenza dei presupposti per la protezione umanitaria (nella formulazione dell'art. 5 comma 6 del d.lgs. n. 286 del 1998 ove applicabile “ratione temporis”) o della protezione speciale (art. 19, d.lgs. n. 286 del 1998, come da ultimo modificato dal d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, convertito dalla legge 18 dicembre 2020, n. 173);

9) in quest'ultimo caso la situazione d'integrazione raggiunta in Italia andrà valutata, ponendo particolare attenzione al fatto che le violenze subite possono essere state fortemente traumatiche e idonee ad incidere sulla condizione di vulnerabilità della persona, nonché sulla sua capacità di reinserirsi socialmente in caso di rimpatrio, alla luce dei principi affermati da ove è affermato che un significativo scadimento delle condizioni di vita privata e/o familiare tali da recare un “vulnus” al diritto riconosciuto dall'art. 8 della CEDU è di per sé rilevante per la concessione della protezione, almeno speciale³².

³¹ Corte di Cassazione, sentenza del 18 febbraio 2022, n. 5467; Corte di Cassazione, sentenza del 28 maggio 2021, n. 30360.

³² Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza del 9 settembre 2021, n. 24413.

Nella stessa ottica, si considera meritevole del riconoscimento del diritto al permesso di soggiorno per motivi umanitari di cui all'art. 5, comma 6 del d.lgs. n. 286 del 1998 (ove applicabile *ratione temporis*) ovvero per protezione speciale la situazione della richiedente asilo che, sotto la spinta di necessità economiche, sia dedita alla prostituzione, a prescindere dalla tratta. Tale situazione, infatti, integra una condizione soggettiva di vulnerabilità, anche ove non si possa attribuire alla richiedente la qualifica di vittima di tratta a scopo sessuale, dovendosi ravvisare, in casi del genere, una grave compromissione della dignità personale e del diritto di autodeterminazione in relazione a scelte che incidono, in modo primario, sullo sviluppo della personalità individuale³³.

10. *Le situazioni di violenza di genere non necessariamente legate alla tratta*

Il principio di base affermato dalla Corte di Cassazione in questo ambito è il seguente: la violenza di genere, al pari di quella contro l'infanzia, non può essere ricondotta alla categoria del "fatto meramente privato", poiché essa costituisce una delle fattispecie espressamente previste dall'art. 7, comma 2 del d. lgs. n. 251 del 2007 ai fini del riconoscimento dello status di rifugiato, sia con riferimento agli "atti di violenza fisica o psichica, compresa la violenza sessuale" (cfr. lett. a), sia con riguardo, in generale, agli "atti specificamente diretti contro un genere sessuale o contro l'infanzia" (cfr. lett. f)³⁴.

Pertanto, si è consolidato l'orientamento della giurisprudenza della Corte di Cassazione secondo cui situazioni come la violenza domestica, il matrimonio forzato, l'assoggettamento (anche solo potenziale) a pratiche di mutilazioni genitali femminili (MGF, come la c.d. infibulazione), gli atti di vendetta e ritorsione minacciati o posti in essere da membri di un gruppo familiare o di una setta che si ritiene leso nel proprio onore a causa di un comportamento del richiedente asilo rientrano, *ipso facto*, tra le ipotesi meritevoli di protezione internazionale

³³ Corte di Cassazione, sentenza del 27 ottobre 2021, n. 30402.

³⁴ Corte di Cassazione, sentenza del 10 settembre 2020, n. 18803.

sempre che la domanda dell'interessata, anche alla luce di un attento esame del giudice (nei suddetti termini), non risulti assolutamente generica.

Si precisa che, in virtù degli artt. 3 e 60 della Convenzione di Istanbul dell'11 maggio 2011, tutti tali comportamenti sono riconducibili all'ambito dei trattamenti inumani o degradanti pur se la minaccia di danno grave è opera di un "soggetto non statale", dovendo l'appartenenza di genere essere considerata, in determinate condizioni, anche come riferibile ad un "particolare gruppo sociale" che può essere oggetto di persecuzione già ai sensi dell'art. 1 della Convenzione di Ginevra³⁵.

Per l'accertamento che il giudice del merito è chiamato ad effettuare la mera non obbligatorietà nel Paese di origine del comportamento esaminato a livello legale o religioso non può ritenersi di per sé decisiva, ove la stessa sia ampiamente imposta da un costume sociale cogente in quel Paese. Il potere-dovere istruttorio demandato ai giudici di merito deve quindi consistere nella acquisizione di informazioni accurate ed aggiornate anche sul costume sociale cogente nel Paese di origine, fornite dagli organismi internazionali.

Si sottolinea inoltre che la Convenzione di Istanbul nel preambolo riconosce "con profonda preoccupazione che le donne e le ragazze sono spesso esposte a gravi forme di violenza, tra cui la violenza domestica, le molestie sessuali, lo stupro, il matrimonio forzato, i delitti commessi in nome del cosiddetto 'onore' e le mutilazioni genitali femminili, che costituiscono una grave violazione dei diritti umani delle donne e delle ragazze e il principale ostacolo al raggiungimento della parità tra i sessi".

Si è anche precisato che la medesima tutela accordata alle donne vittime di MGF (Mutilazioni Genitali Femminili) va riconosciuta anche al richiedente di sesso maschile che risulti esposto al rischio di un trattamento persecutorio religioso per aver cercato di sottrarre una familiare alla MGF, come nella specie, la sorella tredicenne³⁶.

³⁵ Corte di Cassazione, sentenza del 9 giugno 2021, n. 16172; Corte di Cassazione, sentenza del 24 novembre 2017, n. 28152; Corte di Cassazione, sentenza del 17 maggio 2017, n. 12333.

³⁶ Corte di Cassazione, sentenza del 16 febbraio 2022, n. 5144.

D'altra parte, si è considerata non meritevole di accoglimento la domanda di protezione formulata in modo generico – pur se contenente ad esempio riferimenti ad una vicenda di matrimonio forzato considerata però motivatamente dal giudice del merito inattendibile – ancorché sia stata seguita da una richiesta di audizione in sede giudiziaria del pari formulata in modo del tutto generico, senza l'indicazione di fatti od elementi specifici in ordine ai quali fornire chiarimenti rispetto al colloquio tenutosi dinanzi la Commissione Territoriale³⁷.

11. I figli minorenni come elemento di integrazione in Italia della richiedente asilo

In ogni caso, la presenza nel territorio nazionale di figli minorenni della richiedente rappresenta uno degli elementi che il giudice deve considerare nell'apprezzamento circa la sussistenza della vulnerabilità del genitore, atteso che essa si risolve in una condizione familiare idonea a dimostrare da un lato una peculiare fragilità, tanto dei singoli componenti della famiglia che di quest'ultima nel suo complesso, e dall'altro uno specifico profilo di radicamento del nucleo sul territorio nazionale, in dipendenza dell'inserimento dei figli nei percorsi sociali e scolastici esistenti in Italia e, quindi, della loro naturale tendenza ad assimilare i valori ed i concetti fondativi della società italiana³⁸.

E la vulnerabilità dei minori nati in Italia ed integrati nel tessuto socio-territoriale e nei percorsi scolastici, deve essere presunta, in applicazione dei criteri di rilevanza decrescente dell'età, per i minori in età prescolare, e di rilevanza crescente del grado di integrazione, per i minori in età scolare. Pertanto, la condizione di vulnerabilità di tali minorenni deve essere ritenuta prevalente, sino a prova contraria, rispetto alle norme regolanti il diritto di ingresso e soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale, dovendosi dare primario rilievo al danno che deriverebbe loro per effetto del rimpatrio in un contesto socio-

³⁷ Corte di Cassazione, sentenza del 28 maggio 2021, n. 27341.

³⁸ Corte di Cassazione, sentenza del 26 febbraio 2021, n. 5506; Corte di Cassazione, sentenza del 6 maggio 2021, n. 18666.

territoriale con il quale il minore stesso non abbia alcun concreto rapporto³⁹.

12. Conclusioni

In conclusione, se, come è stato acutamente sostenuto⁴⁰, il processo per la protezione internazionale, sotto il profilo della valorizzazione della audizione del ricorrente, appare come un processo “moderno” perché ispirato al principio di oralità, tuttavia anche per l’assenza della videoregistrazione non sempre il modo in cui viene inteso dalla giurisprudenza il colloquio della parte con il giudice corrisponde alle aspettative dell’istante, rischiando così di non essere del tutto conforme al principio di effettività della tutela che rappresenta uno dei cardini del sistema processuale e che il legislatore UE voleva assicurare nel migliore dei modi nei confronti di persone che nel sistema UE sono considerate di per sé vulnerabili in senso ampio.

Il punto più difficile da applicare nella valutazione del racconto della/del richiedente è quello relativo all’applicazione del canone della plausibilità. Infatti, ciò che non è plausibile nel nostro Paese, può esserlo ad esempio in un villaggio della Nigeria.

Ed è qui che si annida la maggiore espansione della visione eurocentrica del giudice nazionale, anche a livello inconscio.

Questo dimostra in modo emblematico come sia importante che il giudice dell’asilo non sia solo, né in forma monocratica, né in quella collegiale, grazie alla collaborazione di interpreti specializzati e ben pagati nonché all’apporto di altri saperi, in particolare di antropologi, etno-psichiatri, linguisti, sociologi e altri, anche per il tramite di avvocati motivati e specializzati.

³⁹ Vedi, per tutte, Corte di cassazione, sentenza del 1° settembre 2020, n. 18188.

⁴⁰ I. PAGNI, *La tutela giurisdizionale in materia di protezione internazionale tra regole del processo ed effettività del diritto alla protezione*, in *Questione Giustizia*, 2021, n. 4, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-tutela-giurisdizionale-in-materia-di-protezione-internazionale-tra-regole-del-processo-ed-effettivita-del-diritto-alla-protezione>.

Abstract

Per comprendere meglio le storie delle donne immigrate vittime di violenza fisica o e/o di tratta è necessario un approccio multidisciplinare. Le conoscenze giuridiche non bastano. Soprattutto è necessario conoscere la vita, gli usi e le tradizioni del Paese di provenienza della persona per poterne interpretare le parole e i silenzi. Con la consapevolezza che si tratta di storie che cominciano lontano da noi ma che poi continuano sul nostro territorio nazionale: vicino a noi.

KEYWORDS: Violenza di genere – tratta – schiavitù – audizione in giudizio – antropologia

GENDER-BASED VIOLENCE AND TRAFFICKING
IN THE LEGAL PROCEDURE FOR INTERNATIONAL PROTECTION

Multidisciplinary approach is needed to understand better the stories of immigrant women victims of violence and/or of trafficking. Legal knowledge is not enough. Above all we need to know life, customs and traditions of the country of origin to correctly interpret their words and silence. In the knowledge that stories have a distant beginning but continue in our national territory: near us.

KEYWORDS: Gender-based violence – trafficking – slavery – trial hearing – anthropology

NOTES ON CONTRIBUTORS

Silvia Angioi is Associate Professor of International Law at the Department of Law, University of Sassari. She participated in various research projects on different international law topics (non-discrimination in Mediterranean Countries, nuclear disarmament and non-proliferation, international migrations) and was principal investigator of a research project on Universal Health Coverage and the Right to Health between International Standards and Italian Health Care System. Her publications focus mainly on human rights, the integration of human rights in the EU development and trade policies, and United Nations peacekeeping.

Elisabetta Bergamini, PhD in EC Law (Bologna, 2001), is Full Professor of EU Law at the Department of Law of the University of Udine (Italy), where she also teaches International Law, and Private International Law and has been working in different roles since 2005. She previously worked as Adjunct professor of EU Law in the University of Bologna (2001-2005). She was awarded as Academic coordinator of two Jean Monnet Modules: one in European Family Law (2015-2018) and one on Consumer's Rights and Market Regulation in the EU (still ongoing). She has been coordinating and involved in research under many EU, international and national projects, in particular on the European PIL framework and on EU Family Law. She authored papers and books included two monographs on Competition Law in professional Services and on EU Family Law, she she co-edited a volume she co-edited for Intersentia in 2019 on Children rights and a forthcoming volume for Routledge on Consumer Law.

Raffaele Cadin is Associate Professor of International Law (with National Scientific Abilitation as Full Professor) at the Department of Political Sciences of Sapienza University of Rome where he teaches "International Law", "International Organization" and "International Law of Economy and Development". He directs the Master in "International Protection of Human Rights *Maria Rita Saulle*" and the High-Level Training Course in "Women, Peace and Mediation" of Sapienza University. He has participated in numerous research projects at national and international level, also as principal investigator. Professor Cadin has edited volumes and written numerous scientific publications in many fields of International Law, in particular on collective

security, human rights, international organization, international development law and international terrorism.

Anna Rita Calabrò is Associate Professor of Sociology at the University of Pavia. She taught Sociology and Sociology of migrations at the University of Pavia where she supervised for many years the advanced course in “Gender, immigration, family models and integration strategies” and the Center for Interdepartmental Studies MeRGED (Migrations and Recognition, Gender, Diversity), she conceived and implemented the project “Diamo rifugio ai talenti” for the inclusion of refugee students at University of Pavia, she was one of the three managers of the University Strategic Plan “MIGRAT.ING (Toward an Interdisciplinary Governance model)”. Her numerous publications are the result of research on: time, identity, youth culture, gender, migration. Her theoretical reflections concerned the concept of sociological ambivalence and its implications at an empirical level.

Nicola Colacino is Associate Professor of International Law at the Scuola Superiore a Ordinamento Speciale della Difesa. Member of the PhD Board in Defence and Security Sciences at the Defence Research and Analysis Institute in agreement with the University of Turin. Visiting lecturer in foreign universities. Responsible for the Observatory “Italy and the ECHR” of the journal *Ordine internazionale e diritti umani*. Member of editorial boards and referee of International law journals. Author of numerous publications, in the areas of the international human rights law, international environmental law and relations between legal systems.

Carla Cosentino is Researcher in Comparative Private Law at the Department of Legal Sciences (School of Law) of the University of Salerno. In 2018, she obtained the 2nd level National Scientific Habilitation in Comparative Law (scientific-disciplinary sector code IUS/02). She is a member of the editorial committee of the official journal of the Department of Legal Sciences of the University of Salerno, *Iura & Legal Systems*. She is a member of the scientific committee of the “Made in Italy” workshop in the same Department, supervised by Prof. Giovanni Sciancalepore. During her career, she has dealt with issues relevant to European Union studies, in particular to diversity and discrimination phenomena. Since 26 October 2022 she has been senior resecher of Jean Monnet Module “Digital education and consent to data processing”(Module leader Prof. Giovanni Sciancalepore).

Sara De Vido is Associate Professor of International Law at Ca' Foscari University of Venice, Italy, and an affiliate to the Manchester International Law Centre, UK. She is a delegate of the Rector for Gender Equality and member of the academic council of Venice International University. She has been working on countering violence against women for years as expert on the CoE Istanbul Convention and her latest book is *Violence against Women's Health in International Law* (Manchester University Press, 2020). She co-edited, with Lorena Sosa, a report for the European Commission on the criminalisation of gender-based violence against women in 31 European States, including ICT-facilitated violence (2021). The commentary on the Istanbul Convention (co-edited with M. Frulli) is forthcoming for Elgar. She is consultant for WAVE Europe and EIGE.

Angela Di Stasi is Full Professor of International Law and European Union Law (University of Salerno - Department of Legal Sciences) and Rector's Delegate for Equal Opportunities. Jean Monnet Chair "Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice" (2017-2020); Founder and Director of the Observatory on European Area of Freedom, Security and Justice; Founder and Director of the Journal "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies" and of the Study and Research Series "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies". Principal Investigator of the Project of National Interest (PRIN) "International Migrations, State, Sovereignty and Human Rights: open legal issues" (2020-2024). She is the author of more than one hundred and thirty publications on various topics of International Law and European Union Law.

Réka Friedery, PhD, LL.M, is Research Fellow at the Department of European Union Law and International Law of the Centre for Social Sciences, Hungarian Academy of Sciences Centre for Excellence. Her researches focus on fundamental (human) rights, and gained experience in studying the governance, processes and consequences of mobility, accountability of and citizens' participation in the EU administration. Her recent researches focus on aspects of migration and populism, AI in migration policies, border policies and free movement during crisis. She participated in several international projects, among others in EU Horizon and Visegrad Fund projects. She is a co-editor of Quarterly on Refugee Problems – AWR Bulletin (QRP), a journal of the Association for the Study of the World Refugee Problem (AWR) and the Technical University of Applied Sciences Würzburg-Schweinfurt (THWS).

Maryellen Fullerton is Suzanne J. and Norman Miles Professor of Law at Brooklyn Law School, New York. Expert on asylum and refugee law, she is a frequent speaker across the United States and in Europe. A prolific scholar, she has co-authored two casebooks, *Forced Migration: Law and Policy* and *Immigration and Citizenship Law: Process and Policy*, which are used by more than 100 law schools and universities throughout the United States. Her research focuses on comparative refugee law and the empirical and normative aspects of the Common European Asylum System. She has served as the Distinguished Chair in Law at the University of Trento, as a Fulbright scholar at the University of Louvain, as a German Marshall Fund Fellow in Budapest, and as a Visiting Scholar at the Juan March Institute, Center for Advanced Studies in Social Sciences in Madrid.

Giada Giacomini holds a PhD in Public, Comparative and International Law from La Sapienza University of Rome, written in collaboration with the Strathclyde Centre for Environmental Law and Governance (UK). She has recently published her monograph “Indigenous peoples and climate justice: a critical analysis of international human rights law and governance” (Palgrave Macmillan, 2022). Dr. Giacomini is a postdoctoral researcher at the Geneva Graduate Institute, and also a Max Weber Fellow at the European University Institute (a.a. 2022/2023). She is working on a joint EUI-IHEID project on “Just transition litigation and the role of Grievance Redress Mechanisms: from international to local practice”. In addition, Dr. Giacomini is a member of several international networks and research institutions.

Anna Iermano is Assistant Professor of International Law, Department of Legal Sciences-University of Salerno. PhD in “*European Area of Freedom, Security and Justice*” (EU Law). Member of the Observatory on the Area of Freedom, Security and Justice” (responsible for the section “*Judicial cooperation in criminal matters*” and “*Administrative cooperation*”) and of the Editorial Board of the online Review “*Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*”. Adjunct Professor in EU Law-Department of Legal Sciences/Specialization School for legal professions (2013-2021). Research Fellow in EU Law and International Law (2009-2021). Teaching Staff Member of PRIN Project (2020-2024) “*International Migrations, State, Sovereignty and Human Rights: open legal issues*” and of Monnet Module EU-DRAW “*Democracy and the Rule of Law: A New Push for European Values*” (2022-2025).

Anton Giulio Lana is a practising lawyer mainly in the fields of civil law, international law, public and private, and immigration law. Senior partner of the Lana-Lagostena Bassi-Rosi Law Firm, since 2002 he practises law before the Superior Courts. Since the early 1990s he has been assisting individuals and companies before the ECHR. He is President of the *Unione forense per la tutela dei diritti umani (UFDU)*, Director of the scientific journal “*I diritti dell'uomo*” and author of numerous publications on human rights and refugee law. He is Professor of International Law at the University of Salerno and teaches in Master's programs and specialisation courses at the University “La Sapienza” in Rome. He is Vice President of IDHAE, member of the “Permanent Delegation Strasbourg” of CCBE and of the Human Rights Commission of CNF.

Luigino Manca is Associate Professor of International Law at the Department of Political Sciences of the Sapienza University of Rome, where he teaches International Law and International Law of Human Rights. He holds a PhD in International Order and Human Rights from Sapienza University of Rome. Former President of the AWR Italian Section (Association for the Study of the World Refugee Problem). Since 2019 is Director of the Training Course on Migration and Refugees at the Department of Political Sciences (Sapienza University of Rome). His research activities focus mainly on international law of human rights, in particular minors, persons with disabilities, migrants' and refugees' rights.

Davide Monego (Law Degree cum laude – University of Padua – PhD Constitutional Law – University of Ferrara) is Experienced Researcher in Institutions of Public Law at the University of Trieste – Department of Political and Social Sciences. Prof. Monego's research interests currently focus on fundamental rights, constitutional justice, relationship between State and Regions. He has been involved in several research projects: INTEGRA - “La tutela della salute sessuale e riproduttiva delle donne migranti” – Interreg UE-Italia Slovenia 2017-2019; DOMINE – DONne Migranti IN Europa: conflitti di culture e di norme. Problemi e soluzioni di diritto internazionale - Regione FVG L/R 2/2011 – 2016-2018 – Member of the Research team; MISNA- Minori Stranieri Non Accompagnati (Migrant Minors in FVG)- Regione FVG L/R 2/2011 – 2020-2021. He is actually member of the Ethic Commission of the University of Trieste.

Claudia Morini is Associate Professor of EU Law at University of Salento. She coordinates a Jean Monnet Module on “Protection and Promotion of Women’s Rights in the European Legal Order: from Gender Equality to Active Participation in the Democratic Life of the European Union”. Previously, she was Research Assistant at Sant’Anna School of Advanced Studies in Pisa and at the International and European Union Law Department of the University of Bari. In 2007 she obtained a PhD in International and EU law. Prof. Morini has authored independently many papers and articles in peer-reviewed law journals and books and she has been invited as expert and speaker to several conferences and seminars in Italy and abroad. Her last book is “Dialogue and Participation in the Governance of the European Union” (Cacucci, 2020).

Anna Oriolo, Ph.D., is Associate Professor of International at the University of Salerno where she also teaches EU Law, International & European Criminal Law and Diplomatic and Consular Law. Professor Oriolo is also Founder and Director of “International & European Criminal Law Observatory on Cultural Issues, Human Rights, and Security” (IECLO), based at the same University. Currently, she is Visiting Professor at Aix-Marseille University, and she was also Professor of International Law and European Union Law at University of Cagliari (2014), at Université Lumière Lyon 2 (2016–2019), at Specialization School for Legal Professions, University of Salerno (2017–2022) and at *Fondation René Cassin*, Strasbourg (2022).

Alessandro Polli (PhD in mathematical, economic, and statistical analysis of social phenomena) is Researcher at the University Sapienza of Rome, where he teaches Economic Statistics and Time Series Analysis. He is a member of the scientific and teaching board of the Sapienza master’s degree in Migration and Development, where he teaches Quantitative Methods. Currently, he is studying unsupervised algorithms for text classification. He has also published some articles on topics related to migration, such as methods of forecasting and estimating environmental migrants and unaccompanied foreign minors. He has been a consultant of the Bank of Italy, of the Italian Guarantee Commission for Statistical Information, and a member of the quality circle for territorial statistics of the National Statistical Office (ISTAT).

Luigi Prospero is Assistant Professor in Criminal Law at the Willem Pompe Institute for Criminal Law and Criminology (Utrecht University). He

got a PhD in “International Legal Order and Human Rights” from Sapienza University of Rome. Between 2015 and 2020, Dr. Prosperi worked in different capacities at international criminal tribunals, including as an Associate Legal Officer at the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. He is the author of several articles, book chapters, and papers, including on the challenges and prospects of prosecuting crimes committed against migrants in Libya before the International Criminal Court and on the characterization of environmental harms as crimes against humanity. Dr. Prosperi is a member of the editorial board of “Rivista Ordine Internazionale e Diritti Umani”.

Gianpaolo Maria Ruotolo is Full Professor of International Law in the Department of Law of the University of Foggia, Italy. He holds a PhD in international law from University “Federico II” of Naples. He’s a lawyer enrolled in the special register of full-time university law professors and he’s authorized to practice before the higher Courts. He acts as a private arbitrator and as a consultant for governmental administrations (among which the Italian agency for the evaluation of Universities, ANVUR) and private entities. He’s a member of the scientific committees and editorial staffs of many journals and publishes and acts extensively as a reviewer. He’s member of the International Law Association, the European Society of International Law, the Italian society of international and EU law, the Italian Association of European Union Law Scholars, and Internet Society (ISOC). Many of his works can be found at gianpaolomariaruotolo.academia.edu.

Teresa Russo is PhD, Associate Professor of EU Law, Lecturer of International Organizations, EU Migration Law, International Law and Cyber Security (University of Salerno); 2022-2025 Jean Monnet Chair “Promoting Public Awareness on Enlargement Policy, EU Values and Western Balkans’ Accession (EUVALWEB); Scientific Coordinator of the 2019-2022 Jean Monnet Module “EU-Western Balkans Cooperation on Justice and Home Affairs” (EUWEB); Lecturer bestowed of the 2015 Jubilee Diploma by the University “Titu Maiorescu” of Bucharest; Scientific Coordinator of the ICM project with Albanian Universities, selected for co-founding by the European Commission, 2007-2023; Director-in-Chief of the online Journal *EUWEB Legal Essays. Global & International Perspectives*. Her research activities and publications focus on current issues of EU law, international law and international organizations.

Alessio Sangiorgi, is qualified lawyer (Rome bar) with experience in International Law and Human Rights (focus on migration, asylum and environmental law) and PhD in International Order and Human Rights at University Sapienza of Rome. Member of the Committee “Permanent Delegation to the European Court of Human Rights” and of the Committee “Environment and Climate Change” of the CCBE (Council of Bars and Law Societies of Europe), appointed by the Italian Council Bar. Member of the Board of the Italian association of Human Rights Lawyers (Unione forense per la tutela dei diritti umani). Tutor for Italy in the HELP Program of the Council of Europe (European Programme for Human Rights Education for Legal Professionals).

Francesco Schiaffo, Full Professor of Criminology and Criminal law at the University of Salerno, in the academic year 2012-2013 was guest professor at the Universität of München (BRD). In the academic years 2012/2013 and 2018/2019 Francesco Schiaffo organized visiting professor status for Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni, Emeritus of Criminal Law and Criminology at the University of Buenos Aires, then Minister of Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2003-2014) and judge on the Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016-2022). Francesco Schiaffo’s published books include: “Le situazioni ‘quasi scriminanti’ nella sistematica teleologica del reato (Naples, 1998 - 1999 Scanno Award), “Istigazione e ordine pubblico (Napoli, 2004), “Strafrecht zwischen Wissenschaft und Szientismus (Berlin-Münster-Vienna-Zurich-London, 2018).

Giovanni Sciancalepore, since 20 November 2017, he has been Director of the Department of Legal Sciences of the University of Salerno (Law School), as well as Full Professor of Comparative Legal Systems (scientific-disciplinary sector code IUS / 02 – Comparative Private Law). He is Professor of Sports Law in the aforementioned Department. He has always paid particular attention to the priorities of the European Union and the Erasmus programme, including privacy, digital transformation, sustainability and the protection of fundamental human rights. Since 26 October 2022 he has been Project manager of Jean Monnet Module “Digital education and consent to data processing”. He is scientific Director of the “Made in Italy” workshop at the Department of Legal Sciences of the University of Salerno and Co-director of Iura & Legal Systems, the online journal of the same Department.

Chiara Scipioni is a Protection Associate (Trafficking) at the UNHCR Representation for Italy, the Holy See and San Marino. Over the past 17 years, she has been actively involved in combating human trafficking and gender-based violence from various perspectives. This includes working as a trainer, leading an anti-trafficking project for an international NGO, and collaborating with the Italian network of Anti-Violence Centers D.i.Re. Additionally, she has utilized her legal expertise as a lawyer to support women and children who have survived gender-based violence and human trafficking. In 2013, she was honored with the title of Knight of the Italian Republic (Cavaliere della Repubblica italiana) by the President of the Republic, Giorgio Napolitano, for her “commitment and dedication in providing legal support to women who have experienced violence, abuse and exploitation”.

Antonino Sessa, Full Professor of Criminal Law, teaches Criminal Law Special Part and Juvenile Criminal Legislation at the University of Salerno. He teaches Criminal Law at the Pontifical Lateran University, where he also taught Criminology and Criminal Procedural Law. He also teaches criminal law in the specialisation schools for the legal professions at the University of Salerno and Naples Federico II. Student of Prof. Sergio Moccia, he furthered his studies at the Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften of the Ludwig Maximilians Universität in Munich and he is also a teacher in charge of criminal law for the permanent training of managers at the Superior School of the Administration of the Interior – Department for Internal and Territorial Affairs.

Valeria Tevere PhD in International Law. Adjunct Professor at the School of Specialization of the legal professions at the University of Salerno. She is currently a civil servant. She practiced as a lawyer from 2012 to 2021 and was a legal advisor at a non-violence centre. She is a member of the jurist group of the REAMA Network. Her main publications on gender violence include: *La tutela internazionale dei diritti delle donne vittime di violenza. Riflessioni giuridiche in una prospettiva di genere*, Baronissi, 2021, pp. 1-44; *Verso una “tutela integrata” delle donne vittime di violenza nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia: sviluppi normativi e profili di criticità*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal studies*, 2019, n. 2, pp. 184-207.

Sara Tonolo (Law Degree cum laude- University of Padua- PhD International Law - University of Milan) is Full Professor of International Law at the University of Padua, Department of Public, International and EU Law. Prof.

Tonolo's research interests currently focus on human rights, private international law, EU private international law. She has been involved in several research projects: INTEGRA – “La tutela della salute sessuale e riproduttiva delle donne migranti” – Interreg UE – Italia Slovenia 2017 – 2019; Leader of the Research team in the Project DOMINE – DONne Migranti IN Europa: conflitti di culture e di norme – Regione FVG L/R 2/2011 – 2016-2018; Leader of the Research Team within the Project MISNA – Minori Stranieri Non Accompagnati – Regione FVG L/R 2/2011 – 2020-2021; Leader of the Research Team in the Project TRAIN2EN4CE – 2020 – JUSTICE EU 2018-2022 (JUST-JTRA-EJTR-AG-2018).

Lucia Tria has been President of the Chamber of the Court of Cassation since June 17, 2020. There she serves in the Labour Section after a long experience also in the Court's United Civil Sections. During her career in the ordinary judiciary, she has served in many different capacities and held different positions. As an out-of-tenure, she has joined many Justices of the Constitutional Court as a study Assistant: Virgilio Andrioli, Luigi Mengoni, Giuliano Vassalli, Francesco Amirante, Maria Rita Saulle. She is the author of numerous publications and nine monographs on labor law, immigration law, anti-discrimination law and civil procedural law.

Shirin Zakeri is Post-doc and Lecturer of Contemporary History of Iran and Middle East at Sapienza University of Rome, Italy. Since 2019 she is collaborating with the Institute of Political Studies “S. Pio V”, Observatory on the Mediterranean – OSMED, and she is also Adjunct professor at the MA of Peace Studies & Conflict Resolution at American University of Rome. Previously she was a Research Fellow at Pisa University 2017-2018, School of Oriental and African Studies (SOAS), University of London in 2016-2017 and Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law in 2013-2014. Her very latest scientific publications in 2023, *Today' Lebanon* for Atlante Geopolitica del Mediterraneo, and in 2022 *Women Contribution to the Modern Political Space in Iran*, for Euras Journal of Social Sciences and *Fashion in Iranian society, between identity and political power*, Rubbettino Editorial.

Valentina Zambrano, PhD in “International legal order and human rights”, is Associate Professor of International Law in the Department of Political Sciences at the Sapienza University of Rome, where she teaches Interna-

tional Organization and International Health Governance. She is a member of the Scientific and Teaching Board of the Sapienza University Master “International Protection of Human Rights *Maria Rita Saulle*” and of the editorial board of some scientific journals. Professor Zambrano has taken part in national and international research projects and has been invited as a speaker to several conferences in Italy and abroad. She is the author of many publications in the field of human rights, international organizations, international responsibility, including two monographs.

Collana

Freedom, Security & Justice: European Legal Studies

1. R. Palladino, *La detenzione dei migranti. Regime europeo, competenze statali, diritti umani*, 2018.
2. A. Di Stasi (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e spazio europeo di giustizia. L'applicazione giurisprudenziale del Titolo VI della Carta*, 2019.
3. M. Capozzolo, *Introduzione alla libera circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale nello spazio giudiziario europeo. Il regolamento (Uff) n. 1215/2012 e gli altri regolamenti "settoriali"*, 2019.
4. A. Di Stasi, L.S. Rossi (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, 2020, (open access).
5. A. Festa, *Lo Stato di diritto nello spazio europeo. Il ruolo dell'Unione europea e delle altre organizzazioni internazionali*, 2021.
6. I. Caracciolo, G. Cellamare, A. Di Stasi, P. Gargiulo (a cura di), *Migrazioni internazionali questioni giuridiche aperte*, 2022, (open access).
7. A. Di Stasi, M.C. Baruffi, L. Panella (a cura di), *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale. Sviluppi normativi e approdi giurisprudenziali*, 2023, (open access).
8. A. Di Stasi, R. Cadin, A. Iermano, V. Zambrano (a cura di), *Donne migranti e violenza di genere nel contesto giuridico internazionale ed europeo/Migrant Women and Gender-Based Violence in the International and European Legal Framework*, 2023, (open access).

Finito di stampare nel mese di luglio 2023
presso la *Grafica Elettronica* napoli

La presente opera affronta il tema della violenza rispetto alle donne migranti, alla luce del collegamento violenza/genere/migrazioni che risulta analizzato mediante una riflessione su questioni giuridiche che, in alcuni casi, non risultano sufficientemente esplorate. Essa declina il tema dell'indagine lungo una doppia direttrice che si riflette nelle due sezioni in cui si articola l'opera: quella relativa alla violenza esercitata contro le donne nei Paesi di origine che assurge a fattore di migrazione "forzata" e quella relativa alla violenza di cui possono essere vittime le donne negli Stati di destinazione con un particolare (ancorché non esclusivo) *focus* dedicato al nostro Paese. La circolarità dei fenomeni trattati impedisce di creare una netta separazione tra i due piani di indagine che si intersecano anche con le delicate problematiche che riguardano il *viaggio* delle donne migranti e le sue non infrequenti criticità. L'auspicio è che la riflessione proposta contribuisca a consolidare un approccio alla tutela delle donne migranti, fondato su una valutazione della dimensione individuale e di gruppo delle loro vulnerabilità, atto a profilare soluzioni idonee a colmare le lacune esistenti negli strumenti normativi vigenti.

This volume is dedicated to the issue of violence against migrant women in the light of the relationship between violence, gender, and migration, analysed through a reflection of the legal issues, which in some cases are still not adequately dealt with. It examines the topic along two lines of inquiry reflected in the two sections into which the work is divided. The first deals with violence against women in their countries of origin, which becomes a factor of "forced" migration, while the second concerns violence that women can suffer in the host countries, with a particular (albeit not exclusive) *focus* on Italy. The circularity of these phenomena prevents a clear distinction among the two levels of investigation, which also intersect with delicate issues related to the *journey* of migrant women and the often critical aspects. The hope is that the analyses developed in this volume can help consolidate an approach to the protection of migrant women, according to an adequate assessment of the individual and collective dimensions of their vulnerability, capable of outlining solutions to fill the gaps in existing legal instruments.

euro 50,00

ISBN 979-12-5976-714-1



9 791259 767141