

DALLA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

JARA BOCANEGRA MÁRQUEZ

Il reato italiano di violenza sessuale di gruppo: un modello da seguire in Spagna?

La punizione degli stupri di gruppo rappresenta una questione particolarmente problematica in Spagna, a causa della mancanza di una linea comune in seno alla giurisprudenza che indichi come debbano essere classificati questi atti. Sebbene vi siano alcune premesse comuni – e cioè che negli stupri di gruppo vi siano almeno tanti atti tipici di stupro – in Spagna, *violación* – quante sono le persone che hanno accesso carnale alla vittima, e che tutti quelli atti tipici debbano essere imputati a ciascun membro del gruppo –, in alcune occasioni i tribunali ritengono applicabile l'istituto giuridico del *delito continuado* – reato continuato – dell'art. 74 Codice penale (di seguito indicato come “c.p.”) spagnolo, mentre altre no, valutando in questi ultimi casi gli atti tipici come reati individuali. Come soluzione a questa situazione di incertezza giuridica, alcuni autori hanno proposto l'introduzione di un reato plurisoggettivo di *violación* di gruppo nel c.p. spagnolo, simile a quello già esistente in Italia – il reato di violenza sessuale di gruppo dell'art. 609-octies c.p. Lo scopo del presente lavoro è quello di riflettere sulla necessità e convenienza di una riforma del c.p. spagnolo che incorpori una figura di queste caratteristiche.

The Italian crime of group sexual violence: a model to be followed in Spain?

*The punishment of gang rape is a particularly problematic issue in Spain, due to the lack of a common line in jurisprudence on how these acts should be classified. Although there are some common premises – namely, that in gang rape there are at least as many typical acts of rape – in Spain, *violación* – as there are persons who have carnal access to the victim, and that all those typical acts must be imputed to each member of the group –, on some occasions the courts consider the legal institution of the *delito continuado* – continued offence – of Art. 74 of the Spanish Penal Code (hereinafter referred to as ‘c.p.’) applicable, while others do not, considering the typical acts as individual offences in the latter cases. As a solution to this situation of legal uncertainty, some authors have proposed the introduction of a multi-subjective offence of group violence in the Spanish Criminal Code, similar to the one already existing in Italy – the offence of group sexual violence in Article 609-octies of the Criminal Code. The purpose of this paper is to reflect on the need for and convenience of a reform of the Spanish Criminal Code incorporating a figure of these characteristics.*

SOMMARIO: 1. La preoccupante incertezza giuridica nella punizione degli stupri di gruppo in Spagna. – 2. Il reato di violenza sessuale di gruppo come ipotesi di rimedio. – 2.1. Il nostro “fallito” reato di *agresión sexual de grupo*: un’analisi che prende come punto di riferimento la “violenza sessuale di gruppo” italiana. – 2.2. Riflessione sull’opportunità di un reato plurisoggettivo per punire il gruppo. – 2.2.A. Punto di partenza: esiste davvero un disvalore aggiuntivo nelle violenze di gruppo? – 2.2.B. È necessario e opportuno un reato *ad hoc* per punire il disvalore aggiuntivo presente nelle violenze di gruppo? – 3. Una proposta alternativa di *lege lata*: un’unità di azione penale aggravata dall’agire comune.

1. *La preoccupante incertezza giuridica nella punizione degli stupri di gruppo in Spagna.* Come recentemente sottolineato dal giudice spagnolo Sánchez

Melgar¹, la questione della qualificazione giuridica dei casi di stupri di gruppo – in cui più individui compiono violenza sessuale nei confronti della stessa vittima (di solito una donna) senza il suo consenso – non è stata, né è oggi, pacifica, e in ambito giurisprudenziale si trovano sentenze che, a fronte di ipotesi molto simili, se non identiche, condannano gli imputati a pene detentive molto diverse, in quanto la qualificazione giuridica degli atti varia da un caso all'altro².

C'è però un aspetto in questa materia su cui, curiosamente, si può riscontrare la quasi totale unanimità nella dottrina scientifica e giurisprudenziale spagnola. Si tratta della questione dell'individualizzazione delle azioni tipiche o, in altre parole, della determinazione del numero specifico di azioni tipiche compiute da ciascun soggetto. E cioè che, nel caso degli stupri di gruppo, vengono identificate tante azioni tipiche di *violación* quante sono le persone che penetrano sessualmente la vittima. Ciò è quanto si può osservare nel famoso caso di “*la Manada*”, in cui i tribunali hanno stabilito, seguendo la scia tracciata dalla giurisprudenza, che i fatti costituivano cinque azioni tipiche, in quanto erano cinque i soggetti che avevano personalmente violentato la vittima. Inoltre, questi plurimi atti tipici di stupro (in Spagna, di *violación*) sono imputati o attribuiti a tutti i soggetti coinvolti negli atti. Pertanto, ciascuno è responsabile sia dell'azione tipica corrispondente al proprio atto sessuale di stupro, sia delle altre azioni tipiche corrispondenti agli stupri compiuti personalmente dal resto dei suoi compagni, ai quali ha contribuito – sia tenendo ferma la vittima, usando violenza o minacciandola a parole, sia semplicemente essendo presente durante tali atti sessuali, contribuendo così alla creazione di un ambiente ostile e intimidatorio per la vittima³.

¹ SANCHEZ MELGAR, *Violación grupal: problemática y soluciones*, in *Diario La Ley*, 2021, 1.

² CAZORLA GONZÁLEZ, *Aproximación al perfil criminológico de las agresiones sexuales en grupo: un análisis a partir de su casuística jurisprudencial*, in *e-Eguzkilore. Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, 2021, 6, 16, n. 29.

³ Tuttavia, è possibile trovare alcune sentenze che, in via eccezionale, considerano un'unica azione tipica i casi di atti sessuali commessi da una pluralità di soggetti, di comune accordo, nei confronti della stessa vittima, imputando tale azione a ciascuno di loro in qualità di coautori, a causa del concorso nel controllo funzionale dell'atto, con il conseguente abbandono della regola logica “tante azioni tipiche quanti sono i diversi soggetti che hanno un rapporto carnale”. È il caso, ad esempio, della seconda sentenza pubblicata in relazione al “caso Arandina”, che qualifica i fatti come un'unica azione tipica di abuso sessuale con rapporto sessuale, aggravata dalla circostanza dell'azione congiunta di due o più persone

Se questo punto di partenza, relativo al numero di azioni tipiche sussistenti e alla loro imputazione, sembra essere chiaro, lo specifico modo di valutare giuridicamente la pluralità di azioni tipiche attribuite a ciascun partecipante allo stupro di gruppo genera una disparità di interpretazioni, facendoci scontrare con la preoccupante incertezza giuridica da cui il magistrato spagnolo metteva in guardia. In alcune occasioni, i tribunali hanno considerato ciascuna delle azioni come indipendente, comprendendo che dietro ciascuna di esse si cela un dolo autonomo, e una lesione, anch'essa autonoma e indipendente, del bene giuridico "libertà sessuale", e hanno conseguentemente attribuito a ciascuno degli imputati la totalità delle azioni tipiche come reati autonomi, riconoscendo un vero e proprio concorso materiale di reati. La pena inflitta in questi casi a ciascuno dei componenti del gruppo è stata una pena detentiva di durata equivalente alla somma delle pene corrispondenti a ciascuno dei reati contestati, con l'applicazione dei limiti massimi previsti dall'art. 76, co. 1 c.p. spagnolo per il cumulo delle pene⁴.

(poi art. 183, co. 1, 3, e 4 lett. b), e ciò a prescindere dal fatto che siano stati più soggetti a costringere la vittima a praticare la *fellatio* (penetrazione orale).

⁴ Un esempio recente è la sentenza del *Tribunal Supremo, Sala 2ª*. (di seguito indicato come "S.T.S" oppure "S.S.T.S" al plurale -sentenze del *Tribunal Supremo* -), 10 maggio 2022, che, in relazione a uno stupro di gruppo con scambio di ruoli effettuato da due individui, conferma le sentenze del tribunale di grado inferiore, che aveva condannato ciascuno degli imputati per due reati di *violación*, uno in qualità di autore, corrispondente all'azione di penetrazione compiuta personalmente, e l'altro in qualità di partecipe, e in particolare *cooperador necesario*, infliggendo una pena complessiva di 18 anni di reclusione. Va notato che in Spagna gli *autores* e i *cooperadores necesarios* hanno lo stesso inquadramento penale secondo la legge, anche se il giudice può tenere conto dei diversi tipi di partecipazione al reato nel determinare le sanzioni specifiche (diverso è il caso dei *cómplices*, o *cooperadores no necesarios*, per i quali il diritto penale spagnolo riconosce una riduzione di pena rispetto al quadro penale generale *ex art. 63 c.p.*). Tra le molte altre sentenze che optano per la qualificazione giuridica del concorso materiale di reati di *violación*, si vedano, tra le altre, le S.S.T.S. 4 ottobre 1993; 4 dicembre 2002; 4 maggio 2012; 30 novembre 2017. In dottrina, questa qualificazione giuridica del concorso materiale di reati di *violación* è difesa dai vari autori: DE VICENTE MARTÍNEZ, *¿No es abuso, es violación! El clamor social ante la sentencia del caso "La Manada"*, in *Represión penal y Estado de derecho*, a cura di Morales Prats-Tamarit Sumalla-García Albero, Navarra, 2018, 1108 e 1109; DURÁN SECO, *Posibilidad de aplicación de la figura del delito continuado a la violación (agresiones sexuales)*, in *Revista Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales*, 1998, 12, 11; FARALDO CABANA, *La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. Estado de la cuestión*, in *Revista de derecho penal y criminología*, 2019, 22, 381-420; MONGE FERNÁNDEZ, *Las "manadas" y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales*, Valencia, 169; ORTS BERENGUER, *Delitos contra la libertad sexual*, Valencia, 1995, 154 y 155; e TAMARIT SUMALLA, *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*, Navarra, 2000, 81. Questi autori sostengono argomenti di diverso tipo per negare la applicazione del reato continuato in questi casi. Così, alcuni sottolineano che i reati contro la libertà sessuale colpiscono beni giuridici eminentemente personali, diversi dalla libertà sessua-

In altre occasioni, i tribunali hanno compreso che la pluralità di fatti tipici attribuibili a ciascun soggetto nei casi di stupro di gruppo si presentava in realtà, a livello di antigiuridicità materiale, come un reato unitario, e hanno condannato ciascuno dei soggetti intervenuti quali autori di un *delito continuado de violación*, punibile, ex art. 74, co. 1 c.p. spagnolo, con la pena prevista per il reato più grave tra quelli commessi, nella sua metà superiore, che può arrivare fino alla metà inferiore della pena più elevata in grado⁵. In tal senso, considerato che le diverse azioni tipiche ascrivibili a ciascun soggetto nello stupro di gruppo hanno natura omogenea dal punto di vista fattuale (sono simili in termini di *modus operandi*) e normativo (integrano il medesimo precetto penale), e che sono perpetrati dagli stessi soggetti, contro la stessa vittima⁶ e nelle stesse circostanze spazio-temporali, approfittando della stessa occasione o secondo un disegno precostituito (dolo continuato o congiunto)⁷, i tribunali

le stessa, come la libertà individuale, o l'integrità fisica nei casi in cui viene usata la violenza, e che ciò impedirebbe di apprezzare il reato continuato ex art. 74, co. 3 c.p. spagnolo. Altri sottolineano che nelle violenze sessuali di gruppo con scambio dei ruoli, non vi è l'omogeneità del soggetto attivo delle varie azioni tipiche, richiesta dall'art. 74, co. 1 c.p. spagnolo, in quanto cambia l'identità di chi penetra la vittima in ogni occasione.

⁵ Questa interpretazione è stata seguita dai tribunali in sentenze come le S.S.T.S. 27 luglio 2009; 14 luglio 2014; 27 giugno 2016; 29 giugno 2017. In dottrina, CARUSO FONTÁN, *Reflexiones en torno a la aplicación de la continuidad delictiva en el caso de la manada*, in *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, a cura di Faraldo Cabana- Acale Fernández, Valencia, 2018, 233 e 234; e Díez RIPOLLÉS, "Arts. 178-183", in *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, vol. II, a cura di Díez Ripollés-Romeo Casabona, Valencia, 2004, 385. Mi sono anche pronunciata in questo senso in diverse occasioni. Cfr. BOCANEGRA MÁRQUEZ, *Análisis de los argumentos empleados para negar la aplicación del delito continuado en las violaciones en grupo: Reflexiones al hilo del caso "la Manada"*, in *Perspectiva de género en la Ley del "Solo sí es sí": Claves de la polémica*, a cura di Caruso Fontán-García Álvarez, A Coruña, 2023, 227 e 228; oppure BOCANEGRA MÁRQUEZ, *Unidad de acción y continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual con acceso carnal*, in *Revista General de Derecho Penal*, 2020, 33, 25 e 26. L'applicazione del reato continuato dà luogo a pene più proporzionate alla natura dei fatti – senza metterne in discussione l'indubbia gravità – rispetto a quelle che deriverebbero dalla applicazione del concorso materiale di reati, che, soprattutto nei casi in cui molti soggetti partecipano ai fatti, portano a pene eccessivamente elevate.

⁶ Sebbene l'unitarietà del soggetto passivo non sia un requisito generale per l'applicazione del reato continuato ex art. 74, co. 1 c.p., in riferimento ai reati contro beni giuridici eminentemente personali, in cui l'applicazione di questa figura è eccezionalmente consentita, come i reati contro l'onore e la libertà e l'integrità sessuale, questo elemento è espressamente richiesto come requisito aggiuntivo per il suo apprezzamento, e sempre che il giudice lo ritenga opportuno in considerazione della natura del reato e del precetto violato.

⁷ Più approfonditamente, sui requisiti per l'applicazione del reato continuato, si vedano, in dottrina, CARUSO FONTÁN, *Unidad de acción y delito continuado delimitación y supuestos problemáticos*, Valencia, 2018, 42 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, Madrid, 1997.

hanno considerato le azioni come un processo esecutivo unitario, cioè come un'unica condotta in senso lato, che implica una lesione unica e globale del bene giuridico, anche se di particolare intensità, come si evince dall'aumento di pena che comporta la figura del reato continuato rispetto a quella prevista per la fattispecie di reato applicabile.

Si può chiaramente osservare una manifestazione di questa diversità di interpretazioni (concorso materiale di reati, da una parte e reato continuato dall'altra), presente nel processo per stupro di gruppo, e dell'annientamento della certezza del diritto che ne consegue, se si confrontano le sentenze relative a due casi che hanno avuto grande risonanza mediatica: quello de "*la Manada*"⁸, già citato, e il "*caso Arandina*", in termini di sentenze di primo grado. Così, nonostante i partecipanti allo stupro di gruppo fossero numericamente superiori nel caso de "*la Manada*" (5 ragazzi) rispetto a quelli del "*caso Arandina*" (3 ragazzi), la pena detentiva inflitta nella sentenza di primo grado ai primi (9 anni) è stata notevolmente inferiore a quella inflitta ai secondi (38 anni di carcere, ridotti a 20 anni *ex art. 76, co. 1 c.p. spagnolo*). Se è vero che il reato applicabile in primo grado nel "*caso Arandina*" era quello di stupro su minore di 16 anni (*violación a menor de 16 años*), che prevede un quadro sanzionatorio più ampio rispetto a quello del reato comune di stupro (*violación a mayor de 16 años*) – figura quest'ultima applicata nella prima sentenza del "*caso la Manada*" –, l'enorme differenza penale risiedeva essenzialmente nel fatto che i membri de "*la Manada*" erano stati condannati per un reato

⁸ Secondo l'esposizione dei fatti provati nella sentenza di primo grado, i cinque ragazzi, membri della cosiddetta "*Manada*", hanno messo alle strette la vittima in una piccola stanza con un'unica uscita, situata all'interno del portone di un edificio, e hanno iniziato a toglierle i vestiti, provocandole un forte stato di ansia e disagio, che l'ha portata ad assumere un atteggiamento di sottomissione, di cui gli imputati hanno approfittato per compiere atti sessuali consistenti in una penetrazione orale e, in questo caso, vaginale e anale.

⁹ In questa vicenda, sono stati tre ragazzi, di 24, 22 e 19 anni, ad avere rapporti sessuali con una ragazza, in questo caso minorenni, precisamente di 15 anni. I fatti sono avvenuti nell'appartamento in affitto che i tre giovani dividevano, dove uno di loro aveva invitato la minorenne, presumibilmente per realizzare un video musicale utilizzando un'app, mentre gli altri due imputati erano arrivati più tardi e si erano uniti agli altri. È provato che a un certo punto uno di loro ha spento le luci, dopodiché gli imputati si sono spogliati e hanno iniziato a togliere i vestiti alla vittima, che è rimasta a braccia conserte, paralizzata, non sapendo come reagire, e hanno proceduto ad afferrarle le mani in modo che si masturbasse e poi a tenerle la testa in modo che praticasse una fellatio su ciascuno di loro, come in effetti è accaduto. Dopo che la vittima è andata in bagno terminato questo atto sessuale, uno dei tre imputati le ha detto qual era la sua stanza e lì l'ha penetrata per via vaginale.

continuato di *violación*, mentre ai soggetti condannati nel caso “*Arandina*” erano stati contestati tre reati di *violación* (su minori di 16 anni) in *concurso real de delitos*. Così, in quest’ultimo caso, per il reato corrispondente alla fellatio vera e propria, il tribunale condannò ciascun imputato a 14 anni di reclusione come autore, e per ciascuno degli altri due reati a cui avevano contribuito, come *cooperadores necesarios*, corrispondenti alle fellatio degli altri due compagni, a una pena di 12 anni di reclusione, risultando la pena finale inflitta a ciascuno di loro, in base al cumulo materiale, in ben 38 anni di reclusione¹⁰. Questa sentenza, fortunatamente, è stata riformata nelle corti superiori ove il concorso di reati non è più stato applicato¹¹.

Il dualismo interpretativo esistente può trovare la sua fonte nell’art. 74.3 c.p. spagnolo¹², il quale, nell’ambito dei reati contro la libertà sessuale, lascia espressamente nelle mani dei tribunali la decisione ultima di applicare o meno l’istituto giuridico del reato continuato, qualora ne ricorrano i requisiti. Così, nonostante la legge vieti in ogni caso la valutazione della continuità dei delitti nell’ambito dei reati contro interessi giuridici personalissimi, il legislatore esclude espressamente i reati in questione – cioè: i reati contro la libertà

¹⁰ L’evidente sproporzione della pena risultante dall’applicazione del concorso materiale di reati è stata una circostanza che gli stessi condannati hanno sfruttato sui media per denunciare l’ingiustizia di cui erano vittime. Così, dopo aver appreso della sentenza di primo grado, uno di loro ha dichiarato ai giornalisti: «38 anni, chi ho ucciso, quattro persone? [...] Questa è colpa vostra e di chi giudica senza sapere», mentre un altro ha asserito: «Non capisco cosa stia succedendo, chiedono una cifra enorme e noi non abbiamo fatto niente» (www.20minutos.es/noticia/4085798/0/reacciones-sentencia-caso-arandina/, ultimo accesso il 20 settembre 2023).

¹¹ La pena è stata notevolmente ridotta, passando dai 38 anni di reclusione inflitti ai tre imputati nella prima sentenza (20 anni ex art. 76, co. 1 c.p.) ai 9 anni per due degli imputati e all’assoluzione per il terzo, di 19 anni, in appello. Sulla drastica riduzione delle pene hanno influito diverse circostanze, tra le quali – insieme alla modifica del reato applicato (da violenza sessuale a abuso sessuale, sempre nei confronti di minore di 16 anni), e all’apprezzamento della circostanza esimente di cui all’art. 183 quater c.p. in relazione al reato di violenza sessuale –, il fatto che vi sia stata una sostanziale modifica del numero di azioni tipiche considerate, che senza ulteriori spiegazioni da parte del giudice sono passate da tre a una sola. Curiosamente, in questo caso, la premessa generale già citata sull’individualizzazione delle azioni tipiche nei reati contro la libertà sessuale con rapporto carnale – cioè che ci sono almeno tante azioni tipiche quanti sono i diversi soggetti che compiono un atto sessuale per via vaginale, orale o anale con la vittima – viene eccezionalmente infranta senza giustificazione.

¹² Questo precetto stabilisce che il concetto di reato continuato non è applicabile nell’ambito dei reati contro «i beni giuridici eminentemente personali», ma poi esclude da questa eccezione – stabilendo un’eccezione all’eccezione – «i reati costituenti offese all’onore e alla libertà e all’integrità sessuale che colpiscono lo stesso soggetto passivo». Per quanto riguarda questi ultimi, il legislatore prevede che «la natura del fatto e del precetto violato saranno presi in considerazione per applicare o meno la continuazione di reato».

sessuale – da questa eccezione, consentendo ai tribunali di applicare ad essi il reato continuato se lo ritengono opportuno in considerazione «della natura del fatto» e «del precetto violato» nel caso specifico. Nella giurisprudenza relativa all'attuale c.p. spagnolo – a partire dal 1995 – c'è stata tuttavia una prima fase in cui i tribunali erano praticamente unanimi¹³ su come esercitare il potere giurisdizionale previsto nel citato precetto. Così, all'inizio, nei casi specifici di cui ci stiamo occupando, in punto di stupro di gruppo, si escludeva per difetto l'applicazione del reato continuato, e si qualificavano come reati autonomi le molteplici condotte tipiche perpetrate da ciascun soggetto – soluzione al concorso materiale di reati¹⁴. Tuttavia, l'«accordo giurisprudenziale» ha iniziato a incrinarsi con la pubblicazione della S.T.S. 27 luglio 2009, che ha creato un precedente in materia applicando il concetto di reato continuato a uno stupro di gruppo. Questa decisione aprirà la strada in campo giurisprudenziale a una nuova interpretazione¹⁵, che negli anni successivi coesisterà, con una certa prevalenza¹⁶, con l'interpretazione classica – cioè quella che apprezza il concorso di reati (*concurso real de delitos*) nei delitti di *violación* –, dando luogo alla spinosa incertezza giuridica di cui abbiamo già trattato¹⁷. Il progressivo avanzamento all'interno della giurisprudenza della nuova interpretazione, che sostiene l'applicazione del reato continuato, sembra essersi arrestato negli ultimi anni. Su questo potrebbe aver influito il grande allarme sociale sorto a seguito della pubblicazione della prima sentenza del caso “*la Manada*”. Nel caso in esame era stata presa in considerazione la figura

¹³ Dico “praticamente” perché in questa prima fase ci possono essere eccezionalmente alcune decisioni giurisprudenziali che applicano la continuazione penale. Così, S.T.S. 13 maggio 2005.

¹⁴ S.S.T.S. 4 ottobre 1993; 15 febbraio 1997; 3 marzo 1997; 20 ottobre 1999; 12 marzo 2002; 4 dicembre 2002; 13 luglio 2005.

¹⁵ Lo riconosce lo stesso *Tribunal Supremo* in sentenze come la S.T.S. 29 giugno 2017, fondamento giuridico (f.g.) 2, paragrafo 3, lettera d: «Una [...] fase che si presenta con S.T.S. 27 luglio 2009, in cui si riconosce la condizione di coautore in chi realizza l'elemento tipico della violenza o intimidazione, ottenendo tale qualificazione. Tuttavia, nel caso di successivi “rapporti carnali” da parte dei diversi co-autori, essi costituirebbero un unico reato continuato di violenza sessuale».

¹⁶ Come esempio di decisioni che applicano il reato continuato di violenza sessuale alla stessa vittima, da parte di più soggetti nello stesso contesto, si veda S.S.T.S. 14 luglio 2011; 14 luglio 2014; 27 giugno 2016; 29 giugno 2017.

¹⁷ Ci sono sentenze emesse a distanza molto ravvicinata l'una dall'altra che optano per classificazioni giuridiche diverse in relazione a stupri di gruppo con caratteristiche simili. Si confronti la S.T.S. 29 giugno 2017, che conferma l'applicazione del reato continuato di violenza sessuale, con la S.T.S. 30 novembre 2017, che condanna i tre imputati a tre reati di violenza sessuale.

dell'*abuso sexual con acceso carnal*, e non dell'*agresión sexual* con conoscenza carnale (la cosiddetta *violación*), considerando che l'opinione pubblica tende a privilegiare dinamiche punitive¹⁸. Va ricordato che i tribunali hanno condannato ciascuno dei membri de "*la Manada*" in primo e secondo grado come autori di un reato continuato contro la libertà sessuale (un reato continuato di *abuso sexual con acceso carnal*), affermando che questa corrispondeva alla classificazione giuridica più ragionevole e proporzionata rispetto ai fatti¹⁹. Tuttavia, in ultimo grado, il *Tribunal Supremo* – in una nota informativa pubblicata insieme alla sentenza (S.T.S. 4 luglio 2019) – ha nettamente disapprovato l'applicazione del reato continuato compiuta dai giudici di grado inferiore²⁰, definendola un "errore"²¹, anche se, come abbiamo visto, tale figura è stata applicata per lungo tempo – e, oltretutto, con maggiore frequenza – ai reati sessuali, compresi quelli che comportano un rapporto carnale. Tuttavia, poiché l'applicazione del reato continuato non è stata contestata dalle parti, il *Tribunal Supremo* non ha potuto modificare la qualificazione giuridica in tal senso, confermando la condanna per reato continuato. In verità, questa circostanza – ossia il fatto che nessuna delle imputazioni avesse richiesto l'applicazione del concorso materiale di reati, qualificando, al contrario, i fatti

¹⁸ In Italia, tra i tanti giornali, il Corriere della Sera ha riportato l'allarme sociale generato in Spagna dopo la pubblicazione della prima sentenza del caso "La Manada". Cfr. Il Corriere della Sera, «Spagna, "branco" accusato di abusi sessuali ma non di stupro: scoppiano le proteste», 26 aprile 2018, www.27esimaora.corriere.it/18_aprile_26/spagna-branco-accusato-abusi-sessuali-ma-non-stupro-scoppiano-proteste-637502ce-4969-11e8-91c2-712f6a8efc34.shtml, ultimo accesso: 10 dicembre 2023.

¹⁹ Nella sentenza S.A.P. Navarra 20 marzo 2018, la Corte ha sottolineato che la mancata applicazione del reato continuato avrebbe comportato pene di durata smodata, con conseguente violazione del principio di proporzionalità, citando, con maggiore dovizia e a sostegno di ciò, numerose sentenze che applicano la continuazione penale in casi analoghi (S.S.T.S. 30 novembre 2017; 29 giugno 2017; e 14 luglio 2014). Si veda, nello specifico, questo estratto (situato al f.g. 4 della sentenza): «la qualificazione giuridica rilevante è quella relativa alla commissione di uno o più reati continuati, tanti quanti sono gli autori, che si ritiene più rispondente alla natura plurima del reato commesso, alla facilità di qualificazione e al principio di proporzionalità. [...] se si dovesse ricorrere a considerarli come reati autonomi, [...] verrebbe violato il requisito della proporzionalità della risposta punitiva».

²⁰ Si vedano: Sentenza dell'*Audiencia Provincial de* (di seguito indicato come S.A.P.) Navarra, Sección 2.^a, 20 marzo 2018; e sentenza del *Tribunal Superior de Justicia de* (di seguito, T.S.J.) Navarra, Sala de lo Civil y Penal, 30 novembre 2018.

²¹ Si legge esattamente nel comunicato allegato: «La Corte rileva [...] l'errore nella qualificazione da parte della sentenza impugnata che ha considerato un unico reato continuato, quando a causa della pluralità di partecipanti e di atti violenti, la corretta qualificazione [...] sarebbe stata quella di considerare gli imputati autori e partecipanti di una pluralità di reati di "*agresión sexual*"».

come reati continuati, che comportano una pena minore – è già rivelatrice della forza che aveva al tempo acquisito, nella prassi giudiziaria, l'interpretazione tendente ad apprezzare l'istituto giuridico del reato continuato²².

Successive sentenze del *Tribunal Supremo* spagnolo, come le SSTTS 14 ottobre 2019, 30 ottobre 2019, o 5 maggio 2022²³, hanno riprodotto questa dinamica, bocciando anche l'applicazione, effettuata dai tribunali di primo grado, dell'art. 74 c.p. spagnolo agli stupri di gruppo. Sembra quindi che si stia entrando in una nuova fase involutiva per quanto riguarda l'interpretazione giurisprudenziale degli stupri di gruppo. Si tratta di una fase di regressione verso l'esegesi originaria, che nega in ogni caso l'applicazione del reato continuato in questi casi, e che sarebbe in linea con il movimento punitivo oggi prevalente in questa materia.

In ogni caso, continua a persistere anche oggi il problema dell'incertezza giuridica riguardo la repressione penale degli stupri di gruppo, data la diversa applicazione da parte dei tribunali dei criteri di cui all'art. 74, co. 3 c.p. spagnolo per quanto concerne la valutazione dell'istituto giuridico del reato continuato. Talvolta, inoltre, l'inquadramento giuridico dipende in ultima analisi da quanto richiesto dall'accusa, come è accaduto nel “*caso de la Manada*”, in cui la qualificazione dei fatti ad opera delle parti come reato continuato ha

²² Né il Pubblico Ministero, né l'accusa privata, né l'accusa pubblica – quest'ultima esercitata dall'Amministrazione della Comunità Autonoma di Navarra e dal Comune di Pamplona – hanno richiesto l'accertamento di un concorso materiale di reati, nonostante il fatto che tale qualificazione avrebbe comportato una pena detentiva molto più elevata per gli imputati. Così, tutti hanno qualificato i fatti nelle loro imputazioni, in relazione a ciascuno degli accusati, come un *delito continuado de violación*. Ritengo che questa circostanza dimostri come l'interpretazione dell'istituto giuridico del reato continuato negli stupri di gruppo si fosse già consolidata nella giurisprudenza, soppiantando l'interpretazione tradizionale, che sosteneva la valutazione del concorso materiale di reati. Così, BOCA-NEGRA MÁRQUEZ, *Análisis de los argumentos empleados para negar la aplicación del delito continuado en las violaciones en grupo: Reflexiones al hilo del caso “la Manada”*, cit., 212. GIL GIL-NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *A propósito de “la Manada”: Análisis de la sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales*, in *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2018, 77, 7, affermano addirittura, in un articolo scritto in relazione al caso de “*la Manada*”, che «da anni, in queste situazioni –vedi: stupri di gruppo – [...] non si applica un concorso materiale di reati [...]».

²³ Trascriviamo un frammento della seconda sentenza, posto alla fine del f.g. 4: «il comportamento di I. unitamente a quello degli altri condannati [...] avrebbe dovuto dare luogo, come affermato dal M.F., a un concorso di reati, solo che, non essendo questo stato sollevato dalle accuse, dobbiamo accettare il reato continuato che viene data nella sentenza di istanza [...], e di conseguenza il rigetto di questo motivo di ricorso».

impedito al *Tribunal Supremo* spagnolo, in ultimo grado, di condannare gli imputati applicando un concorso materiale di reati²⁴. E, come si è visto, la differenza, in termini di pena, che comporta la scelta di una o dell'altra interpretazione (concorso di reati o reato continuato) non è di poco rilievo. Così, tornando al “*caso de la Manada*”, in cui gli imputati erano cinque, se una qualsiasi delle imputazioni, all'epoca, avesse richiesto la classificazione del concorso materiale di reati, sarebbe stato possibile comminare a ciascuno di loro, in quanto autori di cinque atti tipici di *violación* – aggravati, se del caso, dalla circostanza dell'azione congiunta di cui all'art. 180, co. 1. n. 2 c.p. spagnolo – una pena fino a 75 anni²⁵, che, secondo le regole del cumulo giuridico dell'art. 76, co. 1 c.p. spagnolo, equivarrebbe, in pratica, a *20 anni di reclusione*. Questa pena supera di cinque anni quella inflitta definitivamente agli imputati dal *Tribunal Supremo* in applicazione del reato continuato di *violación*, aggravato dalla circostanza dell'azione congiunta (15 anni di reclusione)²⁶. Si noti che,

²⁴ Sottolinea questa circostanza ÁLVAREZ GARCÍA, *Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*, in *Revista Electrónica de Derecho Penal y Ciencias Criminales*, 2023, 25-r3, 26, quando osserva che le pene inflitte agli imputati nel “*caso la Manada*” avrebbero potuto essere molto più elevate se le accuse avessero qualificato i fatti, in relazione a ciascuno dei soggetti, come un vero e proprio concorso di reati, anziché come un reato continuato. Così, l'autore sottolinea che non è stata la legge penale in vigore all'epoca dei fatti, né i giudici, ad essere responsabili del mancato innalzamento della pena, ma l'imperizia dell'accusa, in questo caso sia della pubblica accusa, rappresentata dalla Procura, sia dell'accusa della parte privata.

²⁵ Considerando che la pena massima prevista al momento della commissione dei fatti per il reato di *violación* commesso da due o più persone era di 15 anni, se si applicasse il concorso reale, ogni imputato potrebbe essere punito – nel caso in cui ogni azione tipica fosse punita con la pena massima (15 anni) – a 75 anni di reclusione secondo le regole del cumulo materiale. È quanto ha sottolineato FONTÁN TIRADO nel quotidiano 20MINUTOS del 12 febbraio 2019 (www.20minutos.es/noticia/4085935/0/por-que-condenas-arandina-mayores-manada-pamplona-claves/, consultazione: 12 settembre 2023).

²⁶ Questa riluttanza a ricorrere all'esasperazione punitiva nella sanzione del reato continuato è evidente persino nel “*caso de la Manada*” quando, nel processo sui fatti in primo grado, la *Audiencia Provincial de Navarra* (sentenza 20 marzo 2018, f.g. 7) sostiene, nel giustificare l'individualizzazione della pena inflitta agli imputati, sproporzionato il ricorso al potere di esasperazione nelle circostanze specifiche del caso. Va notato che la pena allora inflitta a ciascuno dei coimputati de “*la Manada*” (9 anni) era nella metà inferiore della metà superiore del quadro penale applicabile. Va ricordato che la *Audiencia Provincial* aveva qualificato i fatti come cinque *delitos continuados de abuso sexual con acceso carnal* – uno per imputato –. La qualificazione giuridica sarebbe stata successivamente modificata in cinque *delitos continuados de agresión sexual con acceso carnal (violación)*, aggravati dalle circostanze di azione congiunta e trattamento degradante dal *Tribunal Superior de Justicia de Navarra* (Sentenza 30 novembre 2018), ratificando successivamente il *Tribunal Supremo* l'applicazione del reato di *violación* (4 luglio 2019). Per inciso, anche in secondo grado, il *Tribunal Superior de Justicia de Navarra*, al f.g. 18 della sua sentenza, ricorda che l'esasperazione ha un'applicazione eccezionale nella punizione del reato continuato, e che il “parametro tipico e ordinario” è quello di comminare la pena indicata per il reato più

anche se la Corte si fosse avvalsa del potere di esasperazione per punire l'istituto del reato continuato²⁷ – cosa che, d'altra parte, non è affatto comune nella prassi in quanto ritenuta foriera di pene troppo severe²⁸ –, la pena massima che avrebbe potuto essere inflitta (18 anni e 4 mesi) sarebbe stata comunque inferiore ai 20 anni di reclusione che il concorso materiale di reati avrebbe comportato.

In questo articolo cercherò di individuare e valutare le possibili soluzioni a questa preoccupante situazione di incertezza giuridica. A tal fine, sarà necessario esaminare la proposta, avanzata a suo tempo in sede legislativa dal gruppo parlamentare *Unidas Podemos-En Comú Podem-En Marea*, di introdurre nel c.p. spagnolo una figura autonoma di reato – con specifiche cornici edittali – per la punizione della *agresión sexual de grupo*. Come si evince dall'attuale formulazione del c.p., sebbene la figura proposta da ultimo non sia stata accolta, alcuni autori continuano a chiederne l'incorporazione, soluzione che, ovviamente, servirebbe a porre fine al dualismo interpretativo presente nella giurisprudenza. Nelle pagine che seguono, mi propongo di esaminare il testo della proposta di legge che ha accolto questo nuovo concetto, ponendolo in relazione con le fattispecie penali omologhe già esistenti in altri ordinamenti, al fine di proporre una riflessione conclusiva sulla sua necessità e convenienza.

È indispensabile riformare il c.p. spagnolo per raggiungere una relativa omogeneità in relazione alla sanzione per i casi di stupri di gruppo, che garantisca standard minimi di prevedibilità delle pronunce giurisprudenziali, o, al contrario, esistono alternative che, *de lege lata*, potrebbero consentire di dare una risposta al problema? Esiste una terza via, indipendente dal binomio reato continuato Vs. concorso di reati, per interpretare le norme penali esistenti in

grave tra quelli commessi nella sua metà superiore, rispondendo così a uno dei motivi di ricorso sollevati contro la S.A.P. Navarra.

²⁷ Per “esasperazione” (*exasperación de la pena*) si intende la punizione del reato continuato nella seconda modalità consentita dal comma 1 dell'articolo 74 c.p. spagnolo, ossia l'irrogazione di una pena che rientra nella metà inferiore del grado di pena superiore a quello del reato applicabile.

²⁸ El *Tribunal Supremo*, in sentenza del 4 luglio 2019, ha condannato ciascuno degli imputati a 15 anni di reclusione, oltre alla misura di sicurezza della libertà vigilata per la durata di 8 anni. È stata applicata le circostanze aggravante specifiche dell'azione congiunta di due o più persone e dell'uso di intimidazioni particolarmente degradanti, di cui alle allora sezioni 2 e 1, rispettivamente, dell'art. 180 c.p. spagnolo, in relazione al *delito continuado de violación* attribuito a ciascun imputato.

materia di reati sessuali, che consenta di risolvere la questione senza riformare il nostro c.p., già così “logoro” e “rattoppato”? Le pagine che seguono cercheranno di rispondere a queste domande.

2. *Il reato di violenza sessuale di gruppo come ipotesi di rimedio.*

2.1. *Il nostro «fallito» reato di violenza sessuale di gruppo: un’analisi con riferimento alla violenza sessuale di gruppo italiana.* Come rimedio all’oscillante giurisprudenza in tema di punibilità degli stupri di gruppo, alcuni autori propongono la creazione di un reato specifico per dette fattispecie²⁹. Si superebbe così, la dualità interpretativa esistente, rappresentata dalle opzioni del reato continuato di violenza sessuale e del vero e proprio concorso di reati di *violación* – composto almeno da tanti reati quanti sono i soggetti agenti diversi che hanno avuto accesso carnale alla vittima –, fornendo un’unica risposta giuridica a questa fenomenologia di ipotesi. Va sottolineato inoltre che una fattispecie penale creata *ad hoc* per le condotte di stupro di gruppo consentirebbe di articolare per queste una pena più adeguata, tenendo conto della particolare idiosincrasia del fenomeno, essendo le due opzioni attualmente sul tavolo bollate come sconvenienti o inadeguate. Quella del reato continuato, a causa delle molte reticenze che esistono per la sua applicazione all’ambito delle azioni tipiche di violenza sessuale in cui l’atto carnale è compiuto da soggetti diversi, mettendo in dubbio la sussistenza dei presupposti per l’applicazione dell’art. 74, co. 1 c.p. spagnolo, relativi all’omogeneità delle

²⁹ Così, recentemente, il magistrato della *Sala de lo Penal* del *Tribunal Supremo* spagnolo, SÁNCHEZ MELGAR, *Violación grupal: problemática y soluciones*, cit., 2: «la discrepanza sul reato continuato e sul concorso di reati [...] consiglia al legislatore di porre fine a questa controversia, e di coniare una nuova fattispecie che semplifichi le cose e includa la pena che ritiene adeguata». Il suo collega, anch’egli magistrato del *Tribunal Supremo*, MAGRO SERVET, è dello stesso parere, in risposta alla notizia pubblicata sul portale CONFILEGAL, il 21 ottobre 2022 (confilegal.com/20221021-los-magistrados-del-supremo-sanchez-melgar-y-magro-proponen-una-reforma-legal-para-tipificar-el-delito-de-violacion-grupal/, consultazione: 20 settembre 2023), dove entrambi sottolineano che «la creazione di questo tipo di reato è una questione in sospeso». A livello dottrinale, hanno difeso l’introduzione di una figura specifica ACALE SÁNCHEZ, *La reforma de los delitos contra la libertad sexual de las mujeres adultas: una cuestión de género*, in *Mujer y Derecho penal ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, a cura di Monge Fernández, Barcelona, 2019, 247; e FARALDO CABANA, in una conferenza stampa tenuta nel 2018, per presentare la proposta originale di quella che veniva poi chiamata “*Ley del Sí es Sí*”, in cui sottolinea che con la figura della *agresión sexual de grupo* si otterrebbe «un’applicazione univoca (della legge) che oggi non esiste». Cfr. EL SALTO, 11 luglio 2018 (www.elsaltodiario.com/violencia-sexual/propuesta-ley-violencia-genero-sexual-delito-agresion-colectiva, accesso: 24 settembre 2023).

azioni e all'unità del soggetto attivo in esse³⁰. L'alternativa del concorso materiale di reati, dal canto suo, da alcuni è considerata sproporzionata, in quanto comporta pene detentive molto lunghe, soprattutto se il gruppo è numeroso³¹. Sulla stessa linea critica, è stato anche sottolineato che la classificazione del concorso materiale di reati risulta alquanto forzata. La valorizzazione autonoma della pluralità di azioni tipiche potrebbe avere senso, si è sostenuto, nel caso di uno "stupratore seriale", ma mal si adatta al fenomeno delle violenze sessuali multiple, caratterizzate dalla stretta vicinanza spaziale e temporale delle azioni³².

Questa percezione della necessità di costruire una figura autonoma per i "branchi" non è rimasta su un piano meramente speculativo, ma ha cominciato ad acquisire rilevanza in ambito politico-legislativo, anche se finora con scarso successo. Nel testo originale presentato alla Camera dei Deputati di quella che poi è diventata la "*Ley del Sí es Sí*" – la Legge Organica 10/2022 del 6 settembre, sulla Garanzia Integrale della Libertà Sessuale –, si proponeva l'introduzione nel c.p. spagnolo di un reato denominato "*agresión sexual colectiva*", che a sua volta incorporava due modalità tipiche: una di base, punita con la reclusione da 5 a 8 anni, per i casi di commissione congiunta da parte di due o più persone di atti che costituiscono il reato generico di aggressione sessuale (*agresión sexual del tipo básico*, in Spagna); e una di tipo qualificato, con una pena da 8 a 12 anni, applicabile, tra i tanti casi, quando vi sia concretamente una penetrazione per via vaginale, anale o orale, o l'introduzione di altre membra corporee o oggetti attraverso uno dei primi

³⁰ Così, secondo CONFILEGAL, 21 ottobre 2022, SÁNCHEZ MELGAR e MAGRO SERVET, i quali, dopo aver rilevato che nel reato di *violación* l'interpretazione prevalente è quella di attribuire la paternità della specifica azione tipica esclusivamente a colui che ha perpetrato la violenza carnale sulla vittima, essendo gli altri, in ogni caso, partecipi, sottolineano: «non è possibile in questi casi ricomprendere in un unico reato – continuato o meno – tutte le eterogenee azioni dell'autore materiale e di cooperazione effettiva e necessaria nel rapporto sessuale altrui, né i diversi atti sessuali commessi dai diversi soggetti attivi, anche se alcuni – gli atti di ciascuno degli aggressori – e altri – gli atti di cooperazione nelle violenze carnali altrui – sono stati commessi, contemporaneamente o con successivo scambio di ruoli, sullo stesso soggetto passivo e nello stesso tempo e luogo» (www.conflegal.com/2022/10/21-los-magistrados-del-supremo-sanchez-melgar-y-magro-proponen-una-reforma-legal-forma-para-tipificar-el-delito-de-violacion-grupal/; accesso: 20 settembre 2023).

³¹ Così, tornando alle dichiarazioni dei magistrati, pubblicate sul citato sito, essi sostengono che la qualificazione dei fatti come un vero e proprio concorso di reati comporta «una pesante risposta penale (spesso più di quarant'anni di carcere)».

³² *Ibid.*

due orifici, e che potrebbe corrispondere allo stupro di gruppo di cui stiamo parlando. Il testo a cui si fa riferimento, che conteneva questo progetto, era la Proposta di Legge 122/000258³³, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del Parlamento spagnolo il 20 luglio 2018 e presentata dal Gruppo Parlamentare Confederale di *Unidas Podemos-En Comú Podem-En Marea*³⁴, al tempo non facente parte del Governo. Lo scopo perseguito con questo nuovo reato era, secondo la relazione all'allora progetto di legge, quello di "facilitare la qualificazione delle aggressioni sessuali commesse simultaneamente da più di una persona"³⁵. Tuttavia, come anticipato, la proposta "cadde nel vuoto". La Camera dei Deputati accettò di ritirare il disegno di legge, le Camere furono sciolte e vennero indette nuove elezioni nel novembre 2019. Dopo la formazione del nuovo governo di coalizione *PSOE-Unidas Podemos* nel gennaio 2020, quel testo originale è diventato, con modifiche, un progetto di legge presentato dal nuovo Ministero delle Pari Opportunità (*Ministerio de Igualdad*), nel quale non sarebbe più presente la proposta di un reato di aggressione sessuale collettiva³⁶ e che si sarebbe infine cristallizzato nella "*Ley del Sí es*

³³ Il titolo specifico era "*Proposición de Ley de Protección Integral de la Libertad Sexual y para la Erradicación de las Violencias Sexuales*" (Proposta di legge per la protezione integrale della libertà sessuale e per l'eliminazione della violenza sessuale). Si noti il leggero cambiamento nel nome della legge che è stata infine approvata nel 2022: "*Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual*" (Legge organica 10/2022, del 6 settembre, sulla garanzia integrale della libertà sessuale).

³⁴ La proposta di includere un reato per "i branchi" (*las manadas*) è stata ripresa da diversi media. Nella stampa si veda EL PAÍS, 11 luglio 2018 (www.elpais.com/politica/2018/07/11/actualidad/1531329137_292989.html, accesso: 23 settembre 2023), o EL SALTO, 11 giugno 2018 (www.elsaltodiario.com/violencia-sexual/propuesta-ley-violencia-genero-sexual-delito-agresion-colectiva, accesso: 23 settembre 2023).

³⁵ Ciò è specificamente giustificato nella sezione IV della Relazione del progetto di legge. FARALDO CABANA, uno dei redattori del testo, ha successivamente osservato in una conferenza stampa che l'obiettivo era quello di «raggiungere un'applicazione univoca che oggi non esiste nella punizione di queste condotte». Cfr. EL SALTO, 11 luglio 2018 (www.elsaltodiario.com/violencia-sexual/propuesta-ley-violencia-genero-sexual-delito-agresion-colectiva, consultato il 22 settembre 2023).

³⁶ La stampa non ha quasi mai dato eco alla curiosa scomparsa della fattispecie inizialmente proposta. Alcuni media lo hanno sottolineato, ma di sfuggita, senza approfondire le ragioni. Così, EL SALTO, il 26 maggio 2022, si limita a segnalare che «l'idea di creare un reato specifico per le violenze di gruppo è caduta» (www.elsaltodiario.com/congreso-de-los-diputados/ley-solo-si-es-si-libertad-sexual-congreso-cronologia-cambios, consultazione: 22 settembre 2023). Per quanto riguarda la dottrina, i già citati magistrati Sánchez Melgar e Magro Servet si sono rammaricati che la fattispecie sia stata definitivamente eliminata dal testo definitivo della LO 10/2022. Cfr. CONFILEGAL, 21 ottobre 2022 (www.conflegal.com/20221021-los-magistrados-del-supremo-sanchez-melgar-y-magro-proponen-una-reforma-legal-para-tipificar-el-delito-de-violacion-grupal/, consultazione: 22 settembre 2023).

*S*⁹. Considerato che è nuovamente in corso un dibattito, almeno in ambito dottrinale, circa l'opportunità di inserire una figura specifica per gli stupri di gruppo, e che l'obiettivo di questo lavoro è quello di individuare la qualificazione giuridica più idonea per queste fattispecie, appare necessario trascrivere la proposta contenuta in tale progetto di legge, pubblicato nel 2018.

“Art. 179. 1. *Quando, approfittando di una situazione oggettiva di manifesta superiorità, in un contesto oggettivamente intimidatorio per la vittima, due o più persone compiono congiuntamente, in tutto o in parte, atti costituenti aggressione sessuale, la condotta è punita come reato di aggressione sessuale collettiva con la reclusione da cinque a otto anni.*

2. *La pena può essere inflitta nella misura inferiore quando il contributo individuale di uno dei partecipanti ha avuto scarsa importanza per la consumazione dell'aggressione sessuale collettiva.*

3. *In considerazione della minore gravità del fatto e tenuto conto di tutte le circostanze, può essere inflitta una pena detentiva inferiore in uno o due gradi.*

Art. 180. 1. Le condotte di cui sopra sono punite con la reclusione (da sei a dodici anni per le aggressioni di cui all'articolo 178.1 e 2, e da otto a dodici anni per quelle di cui all'articolo 179) quando concorre una delle seguenti circostanze:

1) che l'attacco alla libertà sessuale consista nella *penetrazione per via vaginale, anale o orale, o nell'introduzione di altre membra corporee o oggetti attraverso uno dei primi due orifizi.*

2) che l'attacco alla libertà sessuale sia accompagnato da atti di natura particolarmente degradante o umiliante.

3) che la vittima sia particolarmente vulnerabile a causa della sua età, infermità, diversità funzionale o della situazione, salvo che la particolare vulnerabilità non sia stata espressamente prevista in altre parti del presente Titolo.

4) che l'autore del reato sia o sia stato il coniuge o una persona legata alla vittima da analoga relazione affettiva, anche in mancanza di convivenza, o un ascendente, un discendente o un fratello, naturale o per adozione, o un affine

della vittima.

5) che l'autore del reato utilizzi armi o altri mezzi ugualmente pericolosi, in grado di provocare la morte o una delle lesioni previste dagli articoli 149 e 150 del presente Codice, ferma restando la pena eventualmente applicabile per la morte o le lesioni causate.

6) che per commettere questi atti, l'autore del reato abbia soppresso la volontà della vittima somministrandole droghe, farmaci o qualsiasi altra sostanza naturale o chimica idonea allo scopo».

Nella formulazione della proposta di questo reato sembra essere stato preso a riferimento la fattispecie di *violenza sessuale di gruppo* presente nel c.p. italiano fin dal 1996³⁷, attualmente inserita all'art. 609-octies, la cui formulazione letterale recita:

«Art. 609-octies: Violenza sessuale di gruppo:

La violenza sessuale di gruppo consiste nella partecipazione, da parte di più persone riunite, ad atti di violenza sessuale di cui all'articolo 609-bis³⁸.

Chiunque *commette atti di violenza sessuale di gruppo* è punito con la reclusione da otto a quattordici anni (8-14 anni).

Si applicano le circostanze aggravanti previste dall'articolo 609-ter.

La pena è diminuita per il partecipante la cui opera abbia avuto minima im-

³⁷ È stata la Legge 66/1996 del 15 febbraio 1996 contro la violenza sessuale a introdurre questa figura. In precedenza, quella che oggi è nota come “violenza sessuale di gruppo” era punita semplicemente ritenendo sussistente un *concorso di persone* (art. 110 c.p.) nel reato di violenza sessuale (art. 609-bis c.p.), e applicando, se del caso, l'aggravante generica della *minorata difesa*, contemplata dall'art. 61, co. 5 c.p., analoga alla nostra aggravante di abuso di superiorità in Spagna. Cfr. MAUGERI, *Osservazioni sulle proposte in materia dei reati sessualmente connotati del gruppo di lavoro dell'AIPDP*, in *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP*, a cura dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (Gruppo di lavoro sui reati in materia sessuali), Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura Penale, Milano, 2023, 383. Attualmente, la Corte di Cassazione italiana stabilisce che la precedente qualifica di *concorso di persone* sarà apprezzata nell'ambito dei reati sessuali solo nei casi in cui non è applicabile il reato di cui all'art. 609-octies, che identifica con i casi in cui non vi è la contemporanea presenza dei soggetti al momento degli atti sessuali illeciti. In questo modo, il *concorso di persone* nel reato di cui all'art. 609-bis si applicherà a coloro che istigano, aiutano o agevolano il compimento degli atti, ma che non sono presenti al momento e nel luogo in cui viene perpetrato l'atto di violenza sessuale (Cass., Sez. III, 29 maggio 2015, n. 23272).

³⁸ L'art. 609-bis c.p. prevede il reato di violenza sessuale: «Chiunque, con violenza o minaccia o abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali, è punito con la reclusione da sei a dodici anni».

portanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato. La pena è altresì diminuita per chi sia stato determinato a commettere il reato quando concorrono le condizioni stabilite dai numeri 3) e 4) del primo comma e dal terzo comma dell'art. 112».

Tuttavia, nel diritto comparato, non è frequente che venga proposta una qualificazione autonoma della condotta di commissione congiunta di reati contro la libertà sessuale da parte di due o più individui. Sebbene sia vero che nei diversi codici penali viene generalmente attribuito un maggior disvalore a questo atto, ciò avviene solitamente attraverso la previsione di una specifica circostanza aggravante in relazione a questo tipo di reato, e non attraverso la creazione di una figura autonoma. Ne sono un esempio gli articoli 222.28.4 e 222.24.6 del c.p. francese, che prevedono un aumento di pena, i quando i reati di aggressione sessuale e di violenza sessuale sono «commessi da più persone che agiscono come autori o complici». Anche l'articolo 177.4 del c.p. portoghese, aumenta i limiti edittali minimi e massimi per i reati di abuso sessuale e violenza sessuale quando detta il delitto è «commesso congiuntamente da due o più persone». Da ultimo si vedano gli articoli §§177.6.2 e 184i.2 del c.p. tedesco³⁹, i quali puniscono rispettivamente la violenza sessuale e le mole-

³⁹ Tuttavia, va segnalato che nel 2016 è stata introdotta nel c.p. tedesco una figura controversa che punisce, come reato autonomo, il fatto di essere parte di un gruppo nell'ambito del quale viene commesso, da qualcuno dei membri, un reato contro la libertà sessuale (§ 184j StGB). Sebbene le caratteristiche di questa condotta siano diverse da quelle esaminate in precedenza, che, come abbiamo visto, si riferiscono strettamente alla commissione congiunta di atti sessuali da parte di più individui, la sua esistenza evidenzia la preoccupazione che l'elemento "gruppo" nei reati sessuali stia diventando un problema, e potrebbe essere vista come un'indicazione di una tendenza verso l'incriminazione autonoma della criminalità sessuale di gruppo. La causa specifica dell'emersione di questo reato peculiare e controverso - nella misura in cui comporta seri problemi dal punto di vista del principio di colpevolezza - è stata l'ondata di aggressioni sessuali ai danni di donne che si è verificata a Colonia nella notte di Capodanno fra il 31 dicembre 2015 e il 1° gennaio 2016, nei pressi della stazione ferroviaria centrale. EL PAÍS, 6 gennaio 2016, riporta che «secondo la polizia, i criminali, molti dei quali ubriachi, hanno commesso crimini sessuali su larga scala» (www.elpais.com/internacional/2016/01/05/actualidad/1451991976_936738.html, ultimo accesso: 23/09/2023). La mancanza di lungimiranza da parte delle Forze e Organismi di Sicurezza dello Stato e la vasta portata di questi atti ha fatto sì che in molti casi non fosse possibile identificare gli specifici autori di molte condotte sessuali, i quali, peraltro, agivano sotto la protezione del gruppo. Ciò ha portato alla creazione del già citato §184j StGB, nella convinzione, espressa dall'allora deputata cristiano-democratica Annette Widmann-Mauz, che «lo Stato di diritto non può permettere di essere preso in giro di questi gruppi. Chiunque vi partecipi o vi assista, anche se non ha attaccato nessuno, deve essere

stie sessuali «commesse congiuntamente da più persone» come «particolarmente gravi» e meritevoli di maggiore riprovazione penale. Secondo l'attuale formulazione del c.p. spagnolo, anche la Spagna dovrebbe essere collocata in questo gruppo di Paesi, dal momento che, tra le circostanze aggravanti dei reati di aggressione sessuale (*agresiones sexuales*) – sia per la modalità di base, sia per quella qualificata, nota come stupro (*violación*) –, la sezione 1 dell'articolo 180.1 c.p. contiene quella di aver commesso gli atti con l'«azione congiunta di due o più persone»⁴⁰.

Il “fallito” reato di “*agresión sexual colectiva*” e la fattispecie italiana di “violenza sessuale di gruppo” presentano grandi somiglianze, sebbene vi siano anche alcune differenze rilevanti. A mio avviso, il testo spagnolo comporta un miglioramento rispetto a quello italiano. I due reati puniscono condotte analoghe: il c.p. italiano, la commissione di atti di violenza in gruppo mentre il disegno di legge spagnolo, la realizzazione congiunta di tutti o parte di atti di *agresión sexual*. Entrambi prendono a riferimento il reato di violenza sessuale e di *agresión sexual* dei rispettivi Codici, incriminando autonomamente

punito». Cfr. EL PAÍS, 16 luglio 2016 (www.elpais.com/internacional/2016/07/07/actualidad/1467889192_686977.html, accesso: 23 settembre 2023). Nella dottrina tedesca, KUCHINKE, *Verfassungsmäßigkeit des §184j StGB: Straftaten aus Gruppen – eine “Verhöhnung des Rechtsstaates”?*, in *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2022, 495.

⁴⁰ Curiosamente, prima della riforma del c.p. spagnolo con la “*Ley del Sí es Sí*”, quando esistevano due figure per la repressione degli atti contro la libertà sessuale differenziati in base ai mezzi di commissione – “*agresiones sexuales*”, per la punizione dei atti sessuali illeciti compiuti *con violenza o intimidazione* e “*abusos sexuales*”, per la sanzioni degli stessi atti commessi *senza violenza o intimidazione* – il legislatore prevedeva l'aggravante dovuta all'azione congiunta di due o più persone solo in relazione alle aggressioni sessuali (e alla sua tipologia qualificata, chiamata “*violación*”, riservato ai casi di accesso carnale o penetrazione), e non in relazione agli abusi sessuali, con o senza accesso carnale. Questa disparità tra abuso e aggressione per quanto riguarda la valutazione della componente di gruppo non era ovviamente ragionevole, come ha sottolineato CAZORLA GONZÁLEZ, *Aproximación al perfil criminológico de las agresiones sexuales en grupo: un análisis a partir de su casuística jurisprudencial*, cit., 20. Così, ad esempio, la S.A.P. Valencia 10 aprile 2019, dove la Corte sottolinea, in relazione a una condotta qualificata come abuso sessuale, che l'azione congiunta può essere presa in considerazione solo nell'individualizzazione della pena da parte del giudice, non esistendo per questo motivo una fattispecie di reato qualificata. Va tenuto presente che, sebbene l'azione di gruppo implichi solitamente l'esercizio dell'intimidazione (ambientale), vi sono sentenze che, a fronte di condotte sessuali illecite perpetrate in gruppo, hanno applicato prevalentemente la figura dell'abuso sessuale (da qui la difficoltà precedentemente esistente nel delimitare prevalenza e intimidazione, che si risolve con la soppressione della fattispecie dell'*abuso sexual* e la previsione del reato di *agresión sexual* come unica figura per la punizione di tutte le condotte sessuali illecite). Così, in quest'ultimo senso, la prima sentenza emessa nel caso “*la Manada*” (S.A.P. Navarra 19 novembre 2019), o le S.S.T.S. 19 dicembre 2001; 27 aprile 2013; 23 novembre 2015, tra le altre.

l'esecuzione congiunta - vedi: tra più persone - delle condotte ivi punite (costringere qualcuno a compiere o a sottoporsi ad atti sessuali *ex art. 609-bis*, e compiere atti che violino la libertà sessuale di un'altra persona senza il suo consenso *ex art. 178 del c.p. spagnolo*). Partendo da questa premessa, il testo spagnolo è stato molto più preciso in termini di requisiti da soddisfare per realizzare il reato, specificando che il gruppo deve essere composto da «due o più persone»⁴¹, che deve esserci un «contesto oggettivamente intimidatorio per la vittima», e che i soggetti agiscono approfittando della loro manifesta superiorità rispetto alla vittima; tutti questi aspetti non sono menzionati nel testo italiano, generando tutto ciò, a mio avviso, grande incertezza giuridica⁴². Anche il testo spagnolo era più restrittivo nel descrivere le condotte specificamente punibili, in quanto specificava che tutti o solo una parte degli atti tipici di *agresión sexual* potevano essere compiuti dal soggetto in questione e cioè da un membro del gruppo. In ogni caso, appare chiaro che entrambe le definizioni lasciano fuori dal campo di applicazione delle fattispecie penali i casi in cui più soggetti non siano presenti nel momento e nel luogo stesso in cui viene posta in essere la condotta sessuale illecita. Quando si fa riferimento alla *comissione o al compimento di atti sessuali* in gruppo o congiuntamente, si allude chiaramente alla fase di esecuzione del reato, e ne consegue che quando gli atti sessuali sono compiuti da una sola persona, senza che nessun altro sia presente nello stesso momento, il reato plurisoggettivo (o a concorso necessario) non può essere applicato anche se un'altra persona si è precedentemente accordata con l'autore per commettere l'atto sessuale illecito, o quando l'autore viene incoraggiato a distanza, per telefono o con altri mezzi di comunicazione, o anche se questa seconda persona ha contribuito alla fase

⁴¹ Si noti che la giurisprudenza italiana, a fronte del silenzio della legge, ha richiesto proprio questo minimo di due persone per considerare la presenza di un gruppo ai fini dell'art. 609-octies. Così, Cass., Sez. III, 7 febbraio 2017, n. 52629; 4 marzo 2010, n. 8775. La dottrina maggioritaria, al contrario, è favorevole a un'interpretazione più restrittiva del termine gruppo, che richiede tre persone insieme. In questo senso, MATTENCINI, *I reati contro la libertà sessuale*, Milano, 2000, 118; ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano, 2016, 30, tra gli altri.

⁴² I tribunali hanno dovuto colmare i silenzi normativi, sviluppando una copiosa giurisprudenza sugli elementi costitutivi della figura della violenza sessuale di gruppo, stabilendo, ad esempio, che l'espressione giuridica «più persone» deve includere l'ipotesi in cui i soggetti siano solo due (così, Cass., Sez. III, 11 ottobre 1999, n. 11541).

di preparazione del reato⁴³. Quanto appena affermato è in linea con la presunta base per l'aggravamento della pena per i reati sessuali commessi in gruppo, che si baserebbe sul particolare clima intimidatorio generato dalla presenza del gruppo e sul maggior pericolo a cui si espone le vittime, che apparentemente presentano un maggior rischio di subire sequele, sia fisiche che psicologiche.

Ad eccezione di questi ultimi casi, sembra comunque che le figure esaminate di aggressione o violenza sessuale in un gruppo possano includere una molteplicità di ipotesi che si possono avere nella pratica quando viene perpetrata violenza carnale o una penetrazione anale o un rapporto orale, che è quello su cui ci concentriamo qui. Si potrebbero dunque verificare queste ipotesi:

- 1) il caso in cui i soggetti eseguono simultaneamente l'atto sessuale vero e proprio – cioè il caso in cui un soggetto agente penetra la vittima per via vaginale mentre l'altro soggetto (o gli altri) la penetrano oralmente o analmente –;
- 2) la situazione in cui gli autori del reato compiono gli atti sessuali in successione – un soggetto penetra la vittima, mentre l'altro trattiene la vittima, o assiste agli atti, e viceversa –; e
- 3) l'ipotesi in cui uno soltanto dei membri del gruppo compia l'atto sessuale tramite penetrazione vaginale o anale o attraverso un rapporto orale, mentre gli altri contribuiscono alla condotta con un diverso apporto – ad esempio immobilizzando fisicamente la vittima, registrando l'atto sessuale, o assistendo

⁴³ È proprio questa l'interpretazione che la Corte di Cassazione italiana ha dato alla figura dell'art. 609-octies c.p. Si veda, ad esempio, Cass., Sez. III, 5 settembre 2022, n. 32503, dove si sottolinea che per applicare la fattispecie penale è necessario che almeno due persone siano consapevolmente presenti sul luogo al momento degli atti di violenza sessuale, potendo compiere gli atti sessuali anche una sola di esse. Si ricorda che il fondamento dell'incriminazione risiede nella maggiore forza intimidatoria della mera presenza di più persone al momento dell'atto sessuale illecito, nel rafforzamento della volontà criminale dei membri del gruppo e, quindi, nel pericolo di reiterazione degli atti sessuali violenti (così anche Cass., Sez. III, 21 ottobre 2020, n. 29096). A questo proposito, la Corte ha inteso che il requisito della presenza simultanea degli aggressori è soddisfatto quando, essendo tutti presenti in una prima fase di violenza, alcuni di loro attendono il proprio turno nella stanza accanto a quella in cui uno di loro ha un rapporto sessuale con la vittima (così, Cass., Sez. III, 19 dicembre 2005, n. 45970). D'altra parte, non è richiesto un accordo preventivo tra i partecipanti, ed è sufficiente la consapevole adesione, anche estemporanea, di uno al piano criminoso dell'altro (così, Cass., Sez. III, 5 luglio 2019, n. 29406). Quando non c'è la presenza simultanea di almeno due persone (perché una sostiene o incoraggia l'altra a distanza, ad esempio per telefono, o l'ha istigata all'inizio, ma non è poi presente all'esecuzione della condotta criminosa), si considererà semplicemente un *concorso di persone* nel reato di cui all'art. 609-bis c.p.

agli atti incitando o comunque sostenendo moralmente chi compie l'atto sessuale⁴⁴.

L'ampia descrizione della condotta del soggetto agente –il compimento *di atti di violenza/aggressione sessuale di gruppo* – presente con ancora maggiore incidenza nel testo italiano, nei fatti comporta un'equiparazione del trattamento giuridico di questi tre casi. Si noti, tuttavia, che in Spagna, dove il reato di *agresión sexual en grupo* non è stato definitivamente attuato, queste tre ipotesi ricevono ad oggi tre trattamenti penali diversi, come conseguenza della particolare applicazione giurisprudenziale del concetto di azione tipica nei reati sessuali esistenti. A legislazione vigente, le pene imputabili agli aggressori nelle ipotesi 1 e 2 sarebbero significativamente diverse da quelle comminate nell'ipotesi 3, tenuto conto che, come abbiamo visto, la giurisprudenza del *Tribunal Supremo* individua almeno tante azioni tipiche di stupro quante sono le persone che hanno perpetrato lo stupro sulla vittima o l'hanno penetrata in altro modo (rapporto orale o anale), e attribuisce la totalità delle azioni al numero complessivo dei soggetti agenti che hanno contribuito all'atto sessuale. Quindi, nelle ipotesi 1 e 2 ci sarebbero almeno tante azioni tipiche quante sono le persone che hanno penetrato sessualmente la vittima. Queste azioni verrebbero attribuite a tutti coloro che vi hanno contribuito, qualificando ciascuna di esse come reato autonomo o tutte come reato continuato, a seconda dell'interpretazione seguita; nel caso (3), invece, avremmo un'unica azione tipica attribuita alle persone coinvolte, sia come autori che come partecipanti. Al contrario, in Italia, la Corte di Cassazione qualifica tutte queste ipotesi – 1, 2 e 3 – come un reato di stupro di gruppo, e i membri della banda come autori di questo reato. Che la vittima sia violentata da un membro della banda o da cinque, si individuerà un unico atto tipico di stupro di gruppo, in quanto la condotta tipica si riferisce, al plurale, alla commissione di «atti di violenza sessuale in gruppo»⁴⁵. Rimane comunque un meccanismo per stabilire alcune

⁴⁴ Ammettendo la pluralità di ipotesi comprese nell'ampia descrizione della fattispecie dell'art. 609-octies c.p., si veda Cass., Sez. III, 11 maggio 2022, n. 18522, quando afferma che «non è necessario che l'atto sessuale sia compiuto contemporaneamente da tutti i partecipanti, potendo essere commesso a turno o da uno solo degli autori, purché siano presenti tutte le persone, al fine di eliminare o ridurre la forza di reazione della vittima». Nello stesso senso, Cass., Sez. III, 1° giugno 2000, n. 6464; o 11 ottobre 2012, n. 40121.

⁴⁵ Tuttavia, va notato che, nel caso in cui la totalità degli atti sessuali compiuti in un gruppo non siano

sfumature a livello giuridico-penale, complementari all'ovvio potere del giudice di determinare la pena specifica da infliggere all'interno della cornice editale – che, nel caso di questo reato, è molto ampia (da 8 a 14 anni di reclusione) –. Il legislatore italiano prevede, all'articolo 609-octies c.p., una forma attenuata di questo reato, che consente una riduzione della pena «per il partecipante la cui opera abbia avuto un'importanza minima nella preparazione o esecuzione del reato»⁴⁶. La bozza spagnola del reato di *agresión sexual de grupo*, che alla fine non è entrata in vigore, conteneva una disposizione simile, che autorizzava il giudice ad applicare una riduzione della pena «quando il contributo individuale di uno dei partecipanti ha avuto scarsa importanza per la consumazione dell'aggressione sessuale collettiva».

A questo punto, va sottolineato che i reati in questione sono illeciti penali plurisoggettivi, in cui il legislatore eleva a reato autonomo una fattispecie di concorso di persone nel reato⁴⁷. Ciascuno dei membri del gruppo avrebbe il controllo funzionale dell'atto di gruppo, sulla base del loro comune accordo e del loro contributo al reato nella sua fase esecutiva⁴⁸ – ciò che in Spagna si chiamerebbe *coautoría delictiva (por dominio funcional del hecho)*⁴⁹ –. Sulla

stati realizzati nello stesso contesto temporale, e possano identificarsi diversi episodi sessuali compiuti dallo stesso gruppo con la stessa vittima con una certa distanza spazio-temporale tra gli stessi, potrebbero essere valutati diversi atti tipici della violenza sessuale di gruppo – tanti quanti sono gli “episodi” sessuali di gruppo individualizzati – da imputare a tutti i membri del gruppo (così, Cass. Pen., Sez. III, 19 dicembre 2005, n. 45970). Quando non c'è interruzione nella sequenza – ossia «quando gli atti di violenza sono ripetuti in un contesto temporale in rapida successione, nel quale il primo atto è seguito da altri in immediata successione» –, non c'è un nuovo atto criminale, ma solo la continuazione della condotta che assume il carattere della permanenza» (Cass. Pen., Sez. III, 26 maggio 2003, n. 22936).

⁴⁶ Il testo prevede l'applicazione estensiva all'ambito di un reato plurisoggettivo, come quello della violenza sessuale di gruppo, della regola generale del concorso di persone nel reato (coimputati semplici), contenuta nell'art. 114 c.p., che recita: «Il giudice, qualora ritenga che l'opera prestata da talune delle persone che sono concorse nel reato a norma degli articoli 110 e 113 abbia avuto minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato, può diminuire la pena. Tale disposizione non si applica nei casi indicati nell'articolo 112. La pena può altresì essere diminuita per chi è stato determinato a commettere il reato o a cooperare nel reato, quando concorrono, le condizioni stabilite nei numeri 3 e 4 del primo comma e nel terzo comma dell'articolo 112».

⁴⁷ Ciò è stato evidenziato in Italia, in relazione alla violenza sessuale di gruppo di cui all'art. 609-octies, da FIANDANCA-MUSCO, *Diritto Penale. Parte Speciale*, vol. II, pt. 1, Bologna, 2020, 267; oppure AMBROSINI, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, Novara, 1997, 56, quest'ultimo sottolineando che tale figura costituisce qualcosa di eccezionale, in quanto non era mai stata precedentemente tipizzata come reato autonomo un'ipotesi di concorso rispetto ad una condotta già tipizzata.

⁴⁸ Richiedendo questi due elementi per l'integrazione del reato di violenza sessuale di gruppo, tra le altre, la sentenza della Cass., Sez. III, 29 maggio 2015, n. 23272.

⁴⁹ Ricordando i requisiti che la giurisprudenza maggioritaria in Spagna richiede per l'applicazione della

base di questa premessa e dei presupposti della *coautoría* attraverso il controllo funzionale dell'atto, si potrebbe obiettare alla previsione di una forma attenuata del reato, sostenendo che tutti i partecipanti dovrebbero essere puniti allo stesso modo, in quanto responsabili di tutta la condotta del gruppo, essendo irrilevante la condotta specifica di ciascuno. E in effetti le fattispecie penali in questione seguono questa logica, prevedendo in generale la stessa cornice edittale per tutti i membri del gruppo. In realtà, la fattispecie attenuata non sarebbe in contraddizione con questa logica; ciò sarebbe semplicemente un artificio per bilanciare la punizione dei membri del gruppo nei casi in cui il contributo di uno di essi sia di scarsa importanza per la consumazione del reato⁵⁰, in modo tale da avvicinarlo al profilo di partecipe, piuttosto che a quello di coautore, in un generale sistema di differenziazione tra autore-partecipante come quello che si applica in Spagna. A questo proposito, si può

coautoría, in applicazione della teoria del dominio del fatto elaborata dal penalista tedesco Claus Roxin, possiamo vedere la S.T.S. 28 luglio 2021: «la *coautoría* si apprezza quando più persone, di comune accordo, partecipano all'esecuzione di un atto tipico costituente reato. Ciò richiede, come elemento soggettivo della *coautoría*, l'esistenza di una decisione comune e, come elemento oggettivo, il controllo funzionale dell'atto, con il contributo di un'azione nella fase di esecuzione. La nostra giurisprudenza afferma inoltre che l'elemento soggettivo può assumere la forma di una previa deliberazione da parte degli autori, con o senza un'espressa divisione dei ruoli, oppure può concretarsi al momento dell'esecuzione, nel caso di atti in cui l'ideazione criminale avanza contemporaneamente all'azione o la precede di pochi istanti, e può essere sia espressa che tacita. Per quanto riguarda l'elemento oggettivo, non è necessario che ciascun coautore compia in prima persona tutti gli atti materiali che costituiscono il nucleo del reato, ma l'accordo, preventivo o simultaneo, espresso o tacito, consente di includere nella *coautoría*, come commissione del fatto, quegli apporti che non costituiscono il nucleo del reato, ma che tuttavia contribuiscono in modo decisivo alla sua esecuzione. Sono quindi coautori coloro che svolgono consapevolmente una parte necessaria all'esecuzione del piano complessivo, a condizione che abbiano il controllo funzionale dell'atto, in modo tale che si possa prevedere che l'atto appartenga a tutti coloro che partecipano alla sua esecuzione».

⁵⁰ Va notato che l'applicazione della fattispecie attenuata di reato in Italia è del tutto eccezionale, e le richieste dei difensori degli imputati in merito alla sua valutazione sono state respinte in molte occasioni. Anche se il soggetto non ha avuto un rapporto carnale con la vittima, né l'ha penetrata oralmente o analmente con il suo membro o con altri oggetti, la Corte di Cassazione italiana non applica la fattispecie attenuata se l'imputato ha posto in essere altre condotte sessuali, anche se meno gravi, o se, senza porre in essere condotte sessuali, ha agito in modo tale da rivelare un chiaro sostegno all'atto sessuale del/i compagno/i. A titolo di esempio, si veda, tra le altre, la sentenza Cass., Sez. III, 11 marzo 2010, n. 11560, dove l'applicazione della fattispecie attenuata viene respinta in quanto il ricorrente «non si è comportato da mero spettatore, ma ha contribuito alla violenza (esercitata dagli altri) toccando il seno della persona offesa e registrando una videocassetta degli atti criminosi in questione»; oppure la sentenza Cass., Sez. III, 2 agosto 2017, n. 38616, che esclude la circostanza attenuante in relazione a un soggetto che porta la vittima in un luogo isolato e, mediante intimidazioni volte a neutralizzare qualsiasi reazione da parte sua, la «consegna» a due uomini, che compiono atti sessuali illeciti su di lei, in sua presenza.

immaginare il caso del soggetto che, pur facendo parte dell'accordo criminoso ed essendo presente al momento degli atti sessuali illeciti, non vi partecipa personalmente, non li registra, non li incoraggia, né riveste un ruolo di primo piano e la sua presenza non è nemmeno particolarmente rilevante nella realizzazione di un'atmosfera intimidatoria. In altre parole: è il caso del soggetto che non apporta alcun contributo rilevante agli atti, tanto che, senza la sua partecipazione, gli stessi non sarebbero mutati in termini di gravità e di impatto generato per la vittima⁵¹.

Per quanto riguarda la natura dell'atto o degli atti sessuali illeciti perpetrati, la proposta spagnola era molto più calibrata di quella esistente in Italia. Così, seguendo la logica adottata in relazione al reato generale di *agresión sexual*, si distingueva nell'ambito del reato di *agresión sexual de grupo* tra una fattispecie base e una fattispecie qualificata, con cornici edittali diverse, riservando quest'ultima, tra l'altro, ai casi in cui l'atto sessuale compiuto consiste nella violenza carnale o nella penetrazione di membra corporee o di oggetti per via vaginale, anale o orale. Pertanto, sebbene sia i palpeggiamenti che i rapporti carnali non consensuali implicino una violazione della libertà sessuale della vittima, il legislatore spagnolo ritiene, logicamente, che il reato sia di maggiore intensità – che vi sia un livello più elevato di ingiustizia – nella seconda tipologia di condotta, e che ciò meriti un riconoscimento nella legge stessa. Al contrario, il legislatore italiano trascura le differenze tra l'una e l'altra condotta delittuosa sessuale, stabilendo per tutte un'unica cornice edittale generale. Sicuramente l'ampiezza di tale cornice edittale, con una forbice di 6 anni (reclusione da 8 a 14 anni), è stato concepito per consentire al giudice di differenziare la pena considerando, tra le altre circostanze, soprattutto la natura dell'atto o degli atti sessuali concretamente perpetrati. Ciò nonostante, sembra molto più coerente con la garanzia dei principi di proporzionalità e di certezza del diritto prevedere una differenziazione in tal senso già in sede legisla-

⁵¹ Si noti, d'altra parte, che nello sviluppo del concetto di controllo funzionale dell'atto, la stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione evidenzia in alcune occasioni che il contributo di ciascun soggetto nella fase esecutiva dovrebbe essere determinante. Così, si potrebbe anche evidenziare che questi soggetti, che hanno un ruolo del tutto secondario negli atti sessuali illeciti compiuti nell'ambito del gruppo e, quindi, nella consumazione del reato di violenza sessuale di gruppo, non dovrebbero nemmeno essere considerati *coautores* in senso astratto, ma, in ogni caso, una sorta di complici. Da qui il senso e la *ratio* della previsione di una fattispecie attenuata nei reati plurisoggettivi di cui ci stiamo occupando.

tiva⁵².

Tuttavia, ciò che colpisce della proposta spagnola è la differenziazione delle pene previste per le diverse condotte sessuali a seconda della presenza o meno dell'elemento "azione di gruppo". La cornice edittale è molto più aggravata a seconda dell'esistenza di un gruppo nelle condotte sessuali illecite "di base" – si passa da una pena di 1-5 anni (reato di *agresión sexual* senza violenza carnale) a una di 5-8 anni (reato di *agresión sexual de grupo* senza violenza carnale) – rispetto alle condotte che comportano violenza carnale o penetrazione, dove l'incremento è molto sottile – da una pena di 6-12 anni (violenza sessuale con penetrazione) a 8-12 anni (violenza sessuale di gruppo con penetrazione). Così, per i palpeggiamenti e gli altri comportamenti sessuali illeciti diversi dal rapporto carnale, la pena massima è aumentata di 3 anni, e la pena minima di 4 anni, quando si tratta di un'azione di gruppo; mentre, per i rapporti carnali e le condotte di penetrazione, il limite massimo rimane invariato indipendentemente dalla presenza di un gruppo (12 anni)⁵³, e il minimo aumenta solo di due anni nel caso di azione di gruppo. Si è sicuramente ritenuto che dodici anni fossero già sufficienti per punire questi atti, e che un au-

⁵² L'assenza di una disposizione giuridica specifica per i casi di stupro è dovuta alla riforma del c.p. italiano del 1996, mentre in precedenza esisteva una differenziazione giuridica tra palpeggiamento e penetrazione. L'equiparazione legislativa della sanzione penale di tutti gli atti sessuali illeciti, che questa legge ha comportato, è stata oggetto di molte critiche da parte della dottrina penale italiana. Così, ad esempio, il Gruppo di lavoro sui reati sessuali dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (AIPDP) – cfr. BERTOLINO, *Reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale*, in *Documenti per il VII Congresso. La riforma dei reati contro la persona*, a cura dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (Gruppo di lavoro sui reati in materia sessuale), www.aipdp.it/aipdp-documenti/Documenti-per-il-VII-Congresso-La-riforma-dei-reati-contro-la-persona/, 2014, 22, che sottolinea come questa prassi contraddica la tendenza legislativa, presente nella maggior parte degli ordinamenti, a stabilire inquadramenti penali diversi a seconda della diversa rilevanza della condotta contro la libertà sessuale. L'autore propone, a questo proposito, una riforma di *lege ferenda* che differenzia tre tipologie di condotte sessuali: una prima, relativa alle condotte penetrative; una seconda, agli atti sessuali non penetrativi, come toccare la vagina, l'ano, le natiche o i seni, o costringere la vittima a masturbare l'autore del reato con le mani; e una terza categoria, meno grave, che chiama "molestie sessuali", e che comprenderebbe atti come la masturbazione da parte dell'agente di fronte alla vittima, il toccare in modo rapido e improvviso aree sessuali o il bacio repentino sulle labbra.

⁵³ Il quadro penale previsto dal disegno di legge per lo stupro di gruppo (8-12 anni di reclusione) contrasta con le pene recentemente proposte dai giudici Sánchez Melgar e Magro Servet per un futuro ipotetico reato di stupro di gruppo, che sono significativamente più alte (12-18 anni di reclusione). *Vid.* CONFLEGAL, 21 ottobre 2022 (www.conflegal.com/2022/10/21-los-magistrados-del-supremo-sanchez-melgar-y-magro-proponen-una-reforma-legal-para-tipificar-el-delito-de-violacion-grupal/, accesso: 10 settembre 2022).

mento oltre questa cornice non sarebbe stato efficace in termini di raggiungimento delle finalità di prevenzione generale e, soprattutto, speciale che caratterizzano le pene detentive. Già nelle interviste e nelle comunicazioni pubbliche rilasciate all'epoca, gli estensori della proposta di legge avevano sottolineato che l'obiettivo di quest'ultima non era quello di aumentare le pene, già molto elevate, ma di prevedere un trattamento giuridico degli atti sessuali illeciti più aderente alla realtà del fenomeno e alle esigenze di tutela delle donne⁵⁴. Condividendo pienamente la necessità di abbandonare le dinamiche punitive in questa materia, ritengo che sarebbe stato opportuno stabilire anche delle differenze tra le pene attribuite alle varie forme di comportamento sessuale a seconda della presenza o meno dell'elemento "gruppo", nel rispetto del principio di proporzionalità.

Colpisce, benché in linea con lo "spirito anti-punitivo" della proposta spagnola, il fatto che la pena detentiva massima prevista dalla proposta di legge per l'*agresión sexual de grupo* sia inferiore a quella risultante dall'applicazione della legge, allora e oggi, in vigore. Così, nel caso in cui fossero diversi i membri del gruppo ad avere avuto un rapporto carnale con la vittima, la pena massima che potrebbe essere inflitta a ciascuno di loro, in base al progetto di reato di *agresión sexual de grupo*, alla fine non entrato in vigore, sarebbe di 12 anni di reclusione; una soglia significativamente inferiore alla pena massima che risulterebbe applicabile se i fatti fossero qualificati come più reati di *violación* ai sensi dell'art. 179 c.p.- uno o alcuni dei quali, peraltro, aggravati ex art. 180, co. 1 n. 1° c.p.-, ma altresì inferiore a quella che comporterebbe un reato continuato di *violación*⁵⁵. Anche nel caso in cui solo uno dei componenti del gruppo abbia avuto rapporti sessuali con la vittima, con la presenza fisica e il supporto materiale o morale dell'altro o degli altri, il massimo di 12 anni di reclusione previsto dalla figura della *agresión sexual de grupo* sarebbe

⁵⁴ Si veda l'intervista a FARALDO CABANA, pubblicata sul giornale NIUS, 24 novembre 2022 (www.niusdiario.es/nacional/tribunales/20221124/patricia-faraldo-redactora-pretende-agresores_18_08064687.html, consultazione: 11 settembre 2022), in cui l'autore afferma che «l'inasprimento delle pene non è stato ritenuto opportuno, abbiamo a che fare con reati che in alcuni casi sfiorano o superano la pena dell'omicidio».

⁵⁵ Si vedano le pagine 7 e 8, che hanno calcolato le pene massime che potevano essere inflitte ai membri della "*Manada de Pamplona*" secondo le due possibili qualifiche giuridiche dei fatti, che sono state applicate dai tribunali: quella del concorso materiale di reati e quella del reato continuato.

inferiore ai 15 anni che potrebbero essere inflitti, ai sensi della normativa penale vigente, ex artt. 180, co. 1 n. 1° e 179 del c.p. spagnolo, dato che si considererebbe un unico atto tipico di violenza, perpetrata da un solo autore con la collaborazione degli altri.

Cosa diversa accadrebbe se si estendesse il concetto giurisprudenziale di unità dell'azione tipica nei reati di *agresión sexual* alla figura della *agresión sexual de grupo*, ma ciò andrebbe contro ogni logica. Procedo a precisare meglio questa idea: qualora si intendesse che nel (progetto di) reato di *agresión sexual de grupo*, nella sua forma di stupro di gruppo (*violación de grupo*), dovrebbe applicarsi anche la logica “tante azioni tipiche quanti sono i diversi soggetti che hanno avuto personalmente un rapporto carnale con la vittima”, che viene applicata in relazione all'attuale reato di *violación* di cui all'art. 179 del c.p. spagnolo, ovviamente le pene finali da applicare per il reato di gruppo, che prevede fin dall'inizio cornici edittali più elevate rispetto al reato “classico”, sarebbero molto più gravi. Dai termini «*ejecución conjunta de los actos de violencia sexual*», si potrebbe dedurre che vi siano tante azioni tipiche del reato (di *agresión sexual de grupo*) quanti sono i diversi soggetti che hanno avuto un rapporto carnale con la vittima, sempre, in questo caso, con la collaborazione materiale o morale degli altri nella fase esecutiva, e che tutte le “azioni di gruppo” sarebbero imputate a tutti i membri del gruppo che vi hanno contribuito. Tuttavia, come è stato evidenziato, questa interpretazione darebbe luogo a un paradosso, perché ci troveremmo ancora una volta di fronte al problema che si intendeva affrontare proprio con la creazione del reato di *agresión sexual de grupo*: quello della valorizzazione di una pluralità di azioni tipiche e della disparità di interpretazioni giurisprudenziali per quanto riguarda la loro qualificazione, cioè il già citato binomio concorso materiale di reati vs. reato continuato. Avremmo creato una nuova fattispecie penale “di gruppo” per ritornare alla problematica “casella di partenza”. D'altra parte, applicare la logica “tante azioni tipiche quanti sono i soggetti diversi che penetrano la vittima” a un illecito penale di natura plurisoggettiva, che appunto punisce una condotta posta in essere congiuntamente da una pluralità di soggetti, comporterebbe, a mio avviso, una violazione del principio del *ne bis in idem*, in quanto il fattore “gruppo” verrebbe preso in considerazione più vol-

te nella determinazione della pena. È chiaro, insomma, che tale esegesi alternativa non avrebbe alcun senso, e che un ipotetico reato di *agresión sexual de grupo* dovrebbe necessariamente essere interpretato in senso ampio, in modo che la sua condotta tipica ricomprenda i molteplici atti sessuali perpetrati, se del caso, dai diversi membri del gruppo nel medesimo contesto spazio-temporale⁵⁶.

2.2. *Riflessione sull'opportunità di un reato plurisoggettivo per punire i "branchi".*

2.2.A. *Punto di partenza: c'è davvero un disvalore aggiuntivo nelle violenze di gruppo?* Nel paragrafo precedente, abbiamo esaminato il testo dell'ormai fallita proposta di legge spagnola, relativa al reato di *agresión sexual de grupo*, e l'art. 609-octies del c.p. italiano, che prevede la figura della violenza sessuale di gruppo, valutando la specifica descrizione delle condotte contenute nell'uno e nell'altro, nonché le possibili interpretazioni della formulazione letterale di tali norme, indicando quale sarebbe la più logica e appropriata. Occorre ora fare un passo ulteriore, nel senso di interrogarsi sull'opportunità stessa di creare in Spagna un reato con queste caratteristiche per affrontare l'allarmante fenomeno degli stupri di gruppo, comunemente noti come "*manadas*" ("branchi"), a seguito del noto caso verificatosi nel 2016 a *Sanfermines* -festa di San Firmino, a Pamplona (Navarra) -, cioè, il cosiddetto "*caso de la Manada*".

Oltre alle ragioni pragmatiche già menzionate, relative alla necessità di porre fine all'attuale incertezza giuridica nella punizione di questi fatti, data la disparità di interpretazioni esistenti a livello giurisprudenziale in Spagna, i fautori della creazione di una fattispecie penale autonoma fanno riferimento alle peculiarità del fenomeno dei reati sessuali di gruppo, che li renderebbero portatori di un contenuto di disvalore diverso, sia a livello quantitativo che qualitativo, rispetto ai delitti sessuali individuali o, se si preferisce, "non di gruppo"⁵⁷,

⁵⁶ Questa è, d'altra parte, come abbiamo già sottolineato, l'interpretazione che i tribunali italiani hanno dato al concetto di violenza sessuale di gruppo.

⁵⁷ CAZORLA GONZÁLEZ, *Aproximación al perfil criminológico de las agresiones sexuales en grupo: un análisis a partir de su casuística jurisprudencial*, cit., 3, sottolinea l'idiosincrasia del fenomeno delle aggressioni sessuali perpetrate in gruppo e l'ampio riconoscimento di questa realtà in Spagna: «Nessuno

essendo necessaria per la loro giusta punizione – si afferma – la creazione di una fattispecie penale *ad hoc*.

In questo senso, è stato sostenuto che la presenza del gruppo implicherebbe una più intensa incidenza sulla libertà sessuale della vittima (o delle vittime). In primo luogo, nella pratica un'aggressione di gruppo generalmente favorisce e implica la messa in atto di un maggior numero di comportamenti sessuali illeciti sulle vittime⁵⁸. A differenza del reato sessuale individuale, in cui l'autore di solito cerca di soddisfare illecitamente il proprio appetito sessuale con la vittima, ponendo fine agli atti una volta raggiunto tale scopo, nei reati sessuali di gruppo è frequente che alcuni soggetti si succedano ad altri nella realizzazione delle condotte sessuali⁵⁹, a volte spinti da motivazioni aggiuntive o alternative rispetto a quella di soddisfare il proprio desiderio libidinoso, come il desiderio di emergere di fronte ai propri coetanei, di riaffermare pubblicamente la propria mascolinità e, collegato a questo aspetto, di vantarsi delle proprie prestazioni. Ciò spiegherebbe la tendenza, presente in molti di questi casi, di videoregistrare gli atti sessuali di gruppo e di diffonderli successivamente nei gruppi *whatsapp* dei partecipanti maschi⁶⁰. D'altra parte, la pluralità

dubita che le aggressioni sessuali multiple presentino differenze sostanziali rispetto alle aggressioni sessuali compiute da un singolo autore o aggressore». ACALE SÁNCHEZ, *La reforma de los delitos contra la libertad sexual de las mujeres adultas: una cuestión de género*, cit., 247, traduce in termini giuridici queste differenze sostanziali riconosciute in ambito empirico, riconoscendo a tal fine un illecito autonomo nelle aggressioni sessuali di gruppo rispetto a quelle non commesse in gruppo. In Italia, in tal senso, MAUGERI, *Osservazioni sulle proposte in materia dei reati sessualmente commotati del gruppo di lavoro dell'AIPDP*, cit., 383 e 384; VALLINI, *Delitti contro la persona*, in *Lezioni di Diritto penale. Parte Speciale*, a cura di Cingari-Michele-Vallini, Torino, 2021, 101, attribuendo al reato di violenza sessuale di gruppo di cui all'art. 609-octies, un incremento qualitativo del disvalore rispetto a quello del reato base di violenza sessuale, di cui all'art. 609-bis c.p.

⁵⁸ Così, MAUGERI, *Osservazioni sulle proposte in materia dei reati sessualmente commotati del gruppo di lavoro dell'AIPDP*, cit., 383, che avverte, in tal senso, che dietro la componente di gruppo si cela una «prevedibile reiterazione di condotte sessuali».

⁵⁹ Tuttavia, va sottolineato che, secondo gli studi empirici condotti sul fenomeno dei reati sessuali di gruppo, nella pratica il gruppo non risulta molto numeroso, mentre risulta frequente, al contrario, la presenza di coppie o terzetti di aggressori. CAZORLA GONZÁLEZ, *Aproximación al perfil criminológico de las agresiones sexuales en grupo: un análisis a partir de su casuística jurisprudencial*, cit., 53, che, a questo proposito, aggiunge: «è importante ricostruire l'immaginario collettivo che associa questo tipo di aggressione a gruppi numerosi composti da più di 4 o 5 individui e che, lungi dal contribuire alla comprensione del fenomeno da parte dei cittadini, ingigantisce e trasmette un'immagine distorta della sua eziologia».

⁶⁰ È quello che è successo nel caso della “*Manada de Pamplona*”, in cui i partecipanti allo stupro di gruppo hanno condiviso con altri amici, attraverso un gruppo whatsapp comune, messaggi come: «Scopandoci una tra noi 5», «Tutto quello che conta è poco», o «C'è il video»; a cui gli altri rispondevano a

dei soggetti garantisce il successo dell’“impresa criminale” che si intende realizzare, data l’evidente disparità di forze tra vittima e carnefice⁶¹, e il conseguente rafforzamento dell’effetto intimidatorio generato nella prima⁶². Ciò renderebbe la vittima incline, di fronte alla paura, ad assumere un atteggiamento passivo, di non opposizione, sia per aver subito direttamente uno “shock emotivo”, che la immobilizza, sia prevedendo che un atteggiamento di resistenza attiva potrebbe significare un maggior pericolo, e un esito peggiore, per se stessa⁶³. L’assenza di un atteggiamento difensivo da parte della vittima, a sua volta, e in modo perverso, favorisce l’insorgere in lei di un senso di colpa, al quale spesso contribuiscono i media e lo stesso “apparato” dell’Amministrazione della Giustizia, che si interroga sul perché la presunta vittima non si sia opposta agli atti sessuali, se, come denuncia, non voleva subirli⁶⁴. La componente di gruppo genera, in altro modo, effetti psicologici anche tra i suoi stessi membri (autori di reato) – gli effetti delle cosiddette “di-

distanza con frasi come «Vi invidio bastardi», o «Quelli sono i bei viaggi». Si veda TRENDENCIAS, 14 novembre 2017 (www.trendencias.com/feminismo/estos-son-los-mensajes-de-whatsapp-de-la-manada-el-grupo-acusado-de-la-violacion-de-san-fermin-2016, accesso: 22 settembre 2023). Messaggi simili, se non peggiori, sono stati inviati dai membri della “Manada de Castelfelers”, attraverso il gruppo whatsapp chiamato “K-Team Manada”, dove si definivano i “Manada 2.0”, in riferimento al gruppo di Pamplona: «La ragazza è molto ubriaca, sta arrivando la cosa a tre», «Da quando una ragazza è solo per uno?», o «Abbiamo distrutto quella tipa».

⁶¹ Questa circostanza è evidenziata in riferimento a tutte le tipologie di reati di gruppo in BOCANEGRA MÁRQUEZ, *Los delitos de organización y grupo criminal. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Barcelona, 2020, 19.

⁶² Evidenziando questo effetto psicologico di intimidazione del gruppo sulla vittima, come uno degli elementi che giustificerebbero il reato autonomo di violenza sessuale di gruppo di cui all’art. 609-octies c.p. italiano, MARTIN, *Violenza sessuale di gruppo e concorso morale: l’ultimo orientamento di legittimità*, in *Ius in Itinere*, www.iusinitinere.it/violenza-sessuale-di-gruppo-e-concorso-morale-lultimo-orientamento-di-legittimita-43217, 2022 (consultazione: 12 settembre 2023); o la Cass., Sez. III, 22 aprile 2022, n. 15659.

⁶³ In questo senso, si parla di un annullamento totale o quasi delle possibilità di difesa fisica e psicologica della vittima. Ad esempio, in Italia, BERTOLINO, *Reati contro la libertà e l’autodeterminazione sessuale*, cit., 11; o la sentenza Cass., Sez. III, 22 aprile 2022, n. 15659; in Spagna, si veda ACALE SÁNCHEZ, *La reforma de los delitos contra la libertad sexual de las mujeres adultas: una cuestión de género*, cit., 247, in cui si afferma che «l’azione collettiva è una forma insidiosa di attacco alla libertà sessuale di un’altra persona, nella misura in cui l’esecuzione pianificata del reato utilizza mezzi, modi o forme che tendono direttamente o specialmente ad assicurarla, senza il rischio per la sua persona che potrebbe derivare dalla difesa da parte della parte offesa».

⁶⁴ Si tratterebbe del cosiddetto effetto vittimizzazione secondaria, che alcuni autori, come ACALE SÁNCHEZ, *La reforma de los delitos contra la libertad sexual de las mujeres adultas: una cuestión de género*, cit., 247, utilizzano come fattore complementare che rivelerebbe la necessità di creare un reato specifico per i reati sessuali di gruppo.

namiche di gruppo”: i freni inibitori si riducono o vengono direttamente annullati, si rafforzano il mimetismo e l’allineamento nelle emozioni negli atteggiamenti e nei comportamenti dei suoi membri, e si verifica una reciproca riaffermazione della volontà criminale di ciascuno, assieme ad una diminuzione della consapevolezza della propria responsabilità, che viene diluita all’interno dell’azione di gruppo; ferma restando, inoltre, la maggiore difficoltà oggettiva di provare, in un eventuale successivo procedimento giudiziario, chi ha fatto cosa all’interno del gruppo⁶⁵. Come sottolinea Maugeri, «è sufficiente che un membro del gruppo inizi un’azione violenta perché gli altri si eccitino e si comportino allo stesso modo, in un crescendo inarrestabile di brutalità priva di coscienza. In queste condizioni, la vittima e la sua sofferenza non vengono nemmeno viste o apprezzate»⁶⁶.

Tuttavia, la verità è che le suddette conseguenze dell’elemento “gruppo” possono essere riscontrate, in un modo o nell’altro, e con maggiore o minore intensità, in tutti i tipi di reato, e non esclusivamente nei reati sessuali. Il rafforzamento della capacità criminale e delle garanzie di successo nella commissione del reato, il rischio di una maggiore reiterazione della condotta criminale, la realizzazione di un ambiente intimidatorio per la vittima, data la disparità di forze, la perdita di controllo dei membri del gruppo, dovuta all’imitazione e alla riproduzione dei modi e degli atteggiamenti degli altri, ecc. sono elementi che possono verificarsi in qualsiasi reato commesso da un gruppo di persone, di comune accordo, quali: lesioni, minacce, furti, rapine, ecc. Eppure, la creazione di fattispecie penali autonome per la punizione della commissione in gruppo di queste diverse attività criminose non è stata finora proposta in dottrina, limitando tale proposta solo all’ambito dei reati sessuali. Il particolare disvalore dato dalla presenza del gruppo nei delitti sessuali deve basarsi su un’altra circostanza.

In questo senso, a mio avviso, l’attenzione dovrebbe essere posta sul carattere degradante che di solito pervade i reati sessuali di gruppo. Così, quando i reati sessuali sono perpetrati da un gruppo di persone, di comune accordo, con-

⁶⁵ Così, GÓMEZ RIVERO, *Revueltas, multitudes, y Derecho penal*, Valencia, 2019, 18, 23 e 24.

⁶⁶ MAUGERI, *Osservazioni sulle proposte in materia dei reati sessualmente connotati del gruppo di lavoro dell’AIPDP*, cit., 383, che “parla”, in questo senso, di «meccanismo di contagio emozionale».

tro una o più vittime determinate, si può apprezzare nei fatti un contenuto di disvalore ulteriore rispetto a quello dell'offesa alla libertà sessuale; questo contenuto potrebbe essere definito come la lesione dell'integrità morale della vittima o delle vittime. La consueta reiterazione di comportamenti sessuali illeciti che si verifica nei casi di violenza sessuale di gruppo, dovuta al soggetto plurale e alle dinamiche di gruppo di rinforzo reciproco sopra menzionate, insieme alla disparità di forze tra vittima e autori, fanno sì che l'atto nel suo complesso sia un'esperienza particolarmente umiliante per la vittima, che normalmente viene trattata, in questi contesti, come un mero oggetto per la soddisfazione sessuale e/o il divertimento dei membri del gruppo⁶⁷. Sebbene sia vero che molte delle condotte tipizzate nel c.p. spagnolo possono comportare, per le loro caratteristiche e per le modalità con cui vengono commesse, un trattamento non dignitoso della vittima, nel caso delle violenze sessuali di gruppo questo effetto potrebbe acquisire una particolare intensità, che giustifica la previsione di una sanzione più elevata per questi atti⁶⁸.

⁶⁷ Questa circostanza è segnalata dal gruppo di studio sui reati sessuali, secondo MAUGERI, *Osservazioni sulle proposte in materia dei reati sessualmente connotati del gruppo di lavoro dell'AIPDP*, cit., 383; e BERTOLINO, *Reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale*, cit., 11. Nella giurisprudenza si può vedere, Cass., Sez. III, 3 giugno 1999, n. 11541.

⁶⁸ Anche altri autori identificano un carattere plurioffensivo nei reati sessuali di gruppo, ma lo basano su circostanze diverse dalla compromissione dell'integrità morale dovuta all'effetto umiliante dell'atto. Così, ACALE SÁNCHEZ, *La reforma de los delitos contra la libertad sexual de las mujeres adultas: una cuestión de género*, cit., 247, sostiene che le aggressioni sessuali di gruppo colpiscono, oltre alla libertà sessuale della vittima, «la sua sicurezza personale, che viene messa concretamente in pericolo quando questa aggressione sessuale viene compiuta in queste condizioni favorite dalla differenza di forza tra, da un lato, la vittima e, dall'altro, gli aggressori, che compiono i loro atti sotto la protezione di quelli compiuti contemporaneamente dai loro compagni». In Italia, inoltre, sottolinea che nei reati sessuali di gruppo c'è un maggior pericolo di compromissione dell'integrità fisica, MAUGERI, *Osservazioni sulle proposte in materia dei reati sessualmente connotati del gruppo di lavoro dell'AIPDP*, cit., 383. Tuttavia, gli studi empirici non supportano questa idea. Si veda, ad esempio, lo studio criminologico condotto da CAZORLA GONZÁLEZ, incentrato sulle aggressioni sessuali con intimidazione o violenza che coinvolgono almeno due aggressori – di cui almeno uno maggiorenne – e una vittima di almeno 13 anni, in cui si evidenzia che nei reati sessuali commessi da un gruppo non è frequente l'uso di una violenza fisica eccessiva, che provoca gravi esiti dannosi. L'autrice riferisce che, sul totale dei casi esaminati, solo il 37,059% di essi presentava lesioni che potevano essere oggettivamente attribuite come reato – le quali richiedono oggettivamente un trattamento per la loro cura –; di questo totale, il 75% corrispondeva a reati minori o a reati di lesioni. L'autore sottolinea, a questo proposito, che nelle aggressioni sessuali di gruppo, in genere «la violenza strumentale messa in campo è naturalmente assorbita dalla costruzione stessa dell'illecito penale volto a superare e spezzare la resistenza fisica che la vittima può manifestare per respingere l'attacco». CAZORLA GONZÁLEZ, *Aproximación al perfil criminológico de las agresiones sexuales en grupo: un análisis a partir de su casuística jurisprudencial*, cit., 27, 50 e 54. Come abbiamo sottolineato, la superiorità numerica e fisica degli aggressori rispetto alla vittima di solito fa sì che

2.2.B. *È necessario e opportuno un reato ad hoc per punire il disvalore aggiuntivo presente nella violenza sessuale di gruppo?*² Anche ammettendo che la componente di gruppo conferisca alle condotte sessuali – e principalmente a quelle che comportano un rapporto carnale – un contenuto illecito aggiuntivo, che rende i comportamenti sessuali illeciti di gruppo qualitativamente diversi dalle condotte sessuali illecite commesse da una singola persona, o da più persone ma senza accordo, resta da stabilire quale sia lo strumento penale migliore per fronteggiare il fenomeno dei “branchi”. La creazione di un reato plurisoggettivo di violenza sessuale di gruppo è davvero l’unico, o il migliore, modo per rispondere a questo fenomeno criminale?

A questo proposito, va ricordato che il legislatore spagnolo ha già previsto, fin dall’entrata in vigore dell’attuale c.p. nel 1995, un trattamento particolarmente severo per le *agresiones sexuales* quando sono commessi in gruppo, proprio a causa del particolare disvalore che la componente di gruppo apporta all’atto. Ciò avviene attraverso la previsione di una fattispecie penale qualificata, che stabilisce una serie di pene autonome e più elevate per i casi in cui, tra le altre circostanze, i reati di *agresión sexual* o *violación* siano commessi congiuntamente da più persone. Se in origine erano necessari almeno tre soggetti, con la riforma introdotta dalla LO 11/1999 ne bastano due, disponendo l’attuale art. 180 co.1 n. 1° del c.p. spagnolo, come presupposto per l’applicazione della circostanza aggravante, che i reati sessuali «siano commessi mediante l’azione congiunta di due o più persone»⁶⁹. Identiche circostanze aggravanti, con l’uso di identici termini, si rinvencono negli articoli 181, co.5

quest’ultima non opponga resistenza e “li lasci fare”, non essendo usuale che gli aggressori usino una violenza fisica che porti a risultati dannosi concreti.

⁶⁹ Il precetto recita: «Le suddette condotte sono punite, rispettivamente, con la reclusione da due a otto anni per le aggressioni di cui all’articolo 178, co. 1 – aggressioni sessuali di tipo elementare –, con la reclusione da cinque a dieci anni per le aggressioni di cui all’articolo 178, co. 3 – aggressioni sessuali con violenza o intimidazione o approfittando di una vittima non consenziente per qualsiasi motivo –, con la reclusione da sette a quindici anni per le aggressioni di cui all’articolo 179, co. 1 – stupri – e con la reclusione da dodici a quindici anni per le aggressioni di cui all’articolo 179, co. 2 – stupri con violenza o intimidazione o approfittando di una vittima non consenziente per qualsiasi motivo –, quando ricorre una delle seguenti circostanze: 1. quando *gli atti sono commessi dall’azione congiunta di due o più persone*».

lett. a)⁷⁰ e 188, co.3 lett. a) c.p.⁷¹, riguardanti rispettivamente i reati contro l'integrità sessuale e il favoreggiamento della prostituzione minorile e di persone incapaci. È significativo che, ad eccezione dei citati reati in materia sessuale, in tutto il c.p. non sia prevista un'altra circostanza aggravante simile per la commissione congiunta, da parte di più soggetti, della condotta tipica. Né in relazione al reato di lesioni, né a quello di omicidio o di strage, né ad altri, il legislatore ha ritenuto necessario prevedere un'aggravante qualificata in considerazione del fatto che la condotta tipica sia posta in essere da due o più persone⁷².

Poiché la legge riconosce già espressamente il maggior disvalore fattuale dei reati sessuali dovuto alla loro commissione in gruppo, si deve concludere che la creazione di un reato *ad hoc* per questi casi non è, quanto meno, necessaria⁷³. Il particolare contenuto illecito dei reati sessuali di gruppo, che qui è stato qualificato come una sorta di lesione della dignità o dell'integrità morale della vittima, è già punito nel nostro attuale c.p.

L'unico motivo convincente che è stata addotto per giustificare una riforma del c.p. spagnolo, che introduca una figura autonoma di violenza sessuale di gruppo, sarebbe quello pragmatico, legato all'obiettivo di porre fine all'attuale incertezza giuridica nella punizione di questi atti, dovuta alla dualità delle interpretazioni esistenti a livello giurisprudenziale. Se per questo fenomeno fosse prevista una specifica fattispecie penale, i tribunali non dovrebbero più ap-

⁷⁰ La disposizione stabilisce che «Le condotte previste nei paragrafi precedenti sono punite con la pena detentiva corrispondente nella sua metà superiore quando ricorre una delle seguenti circostanze: a) quando i fatti sono commessi dall'azione congiunta di due o più persone».

⁷¹ La norma stabilisce che: «Le pene di grado superiore a quelle previste nei commi precedenti sono inflitte, nei rispettivi casi, quando ricorre una delle seguenti circostanze: [...] e) quando i fatti sono stati commessi con l'azione congiunta di due o più persone».

⁷² Sostanzialmente diversa è l'aggravante specifica di aver commesso condotte tipiche nell'ambito di un'organizzazione o di un gruppo criminale, prevista in relazione a molti reati del c.p. spagnolo. L'organizzazione e il gruppo criminale sono aggregazioni che vanno oltre le semplici ipotesi di co-criminalità, in quanto implicano l'esistenza di gruppi di persone con una certa struttura e mezzi, dediti a commettere reati con una certa vocazione di stabilità. Per ulteriori informazioni sui concetti di organizzazione e gruppo criminale, si veda BOCANEGRA MÁRQUEZ, *Los delitos de organización y grupo criminal. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, cit., 101 ss.

⁷³ In questo senso, in Italia, MUSACCHIO, *Le nuove norme contro la violenza sessuale: un'opinione sull'argomento*, in *Giustizia Penale*, 1996, 2, 121, ha sottolineato nel 1996, quando è stata introdotta la figura della violenza sessuale di gruppo nell'art. 609-octies, che questa non era necessaria e che il reato di violenza sessuale poteva già essere applicato con l'aggravante della *minorata difesa*, che è esattamente ciò che i tribunali avevano fatto fino ad allora.

plicare ai reati di *agresión sexual* e *violación* le regole generali sulla responsabilità e sulla partecipazione, né dell'individualizzazione delle azioni tipiche, con i problemi interpretativi che tutto ciò genera, ma piuttosto applicherebbero semplicemente e automaticamente il suddetto reato di *agresión sexual de grupo* (e *violación de grupo*). Si porrebbe così fine all'incertezza giuridica, risolvendo l'eterno dibattito sull'applicazione o meno del reato continuato nella valutazione della pluralità di azioni tipiche che sono state individuate negli stupri di gruppo con scambio di ruoli. Ma il fine giustifica i mezzi o, al contrario, un reato di natura plurioffensiva può causare più problemi di quanti ne risolva? D'altra parte, è davvero questa l'unica alternativa possibile per porre fine alla menzionata incertezza giuridica?

La creazione di un tale reato è insolita nel nostro sistema penale⁷⁴. Come si ha detto, non esistono autonome fattispecie di omicidio di gruppo, sequestro di gruppo, rapina di gruppo o simili. Quando una condotta già tipizzata nel c.p. viene realizzata congiuntamente da più persone, le regole sulla responsabilità penale e sulla partecipazione vengono semplicemente applicate al reato che punisce questa condotta. La teoria dogmatica della *autoría y participación* nel reato, applicata in Spagna, e le norme penali che ne sono alla base, costituiscono una garanzia per i cittadini che la loro condotta sarà punita individualmente – fermo restando che costruzioni dottrinali come la *coautoría* possono attribuire l'intero atto, e il suo disvalore, a tutti i suoi autori per la presenza di alcuni elementi specifici (accordo preventivo, contributo essenziale e presenza nella fase esecutiva) che permettono di affermare che tutti hanno dominato

⁷⁴ Va chiarito che nel c.p. spagnolo sono stati e sono attualmente presenti reati plurisoggettivi – si seguanti –. La differenza sta nel fatto che questi reati incriminano comportamenti che potremmo definire inediti, nella misura in cui non sono già incriminati in altre norme del c.p. che si riferiscono a singoli comportamenti. Così, se ci rivolgiamo, ad esempio, a quest'ultima categoria – la ribellione – non troviamo nel c.p. alcuna fattispecie penale che punisca l'individuo che insorge violentemente e pubblicamente allo scopo di abrogare, sospendere o modificare la Costituzione. E il fatto è che la condotta in sé è inadeguata a incidere sull'ordine costituzionale, se si considera che questo è l'oggetto giuridico tutelato dal reato di ribellione, motivo per cui il legislatore non l'ha contemplata come reato – va notato che il soggetto può, ovviamente, essere punito per l'eventuale offesa di altri beni giuridici causati dalla sua condotta, come il patrimonio (reato di danneggiamento) o l'integrità fisica di una persona (reato di lesioni) –. Insomma, o c'è una tipica ribellione collettiva o non c'è ribellione. Ben diverso è ciò che accade con il concetto italiano di violenza sessuale di gruppo, che prende espressamente a riferimento il reato di violenza sessuale, confermando che siamo di fronte alla criminalizzazione autonoma di una fattispecie di co-criminalità.

funzionalmente l'atto compiuto. Qualificare come reato autonomo una condotta di gruppo certo facilita il giudice nell'applicazione della legge, ma comporta un pericolo dal punto di vista del rispetto dei principi e delle garanzie che regolano il funzionamento del diritto penale. In un reato con soggetto attivo pluralistico o, se si preferisce, collettivo, l'attenzione viene posta sul risultato causato dal gruppo nel suo complesso, trascurando il comportamento individuale di ciascuno dei membri. Le condanne vengono agevolate rendendo più flessibile, o direttamente evitando, l'applicazione delle costruzioni dogmatiche di Parte Generale, come la citata teoria della *autoría y participación* o la teoria dell'imputazione oggettiva⁷⁵.

D'altra parte, una fattispecie penale di *agresión sexual de grupo* faciliterebbe o incentiverebbe giudizi a priori. Provo a spiegarmi: se esistesse una fattispecie penale specifica per questi casi, il giudice sarebbe indirettamente incoraggiato a cadere nella tentazione di applicarla automaticamente ogni volta che deve perseguire un atto sessuale illegale in gruppo. In questo modo si privilegia o si promuove un automatismo nella risposta penale, ignorando il fatto che il disvalore aggiuntivo della fattispecie in esame, collegato al trattamento degradante della vittima, non sarebbe necessariamente presente in ogni caso di reato sessuale commesso da un gruppo⁷⁶. Il fatto che questa componente denigratoria possa essere, o addirittura sia di solito, un elemento tipico di queste dinamiche sessuali non implica che essa debba essere sempre presen-

⁷⁵ A questo proposito, BERTOLINO, *Reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale*, cit., 11, avverte che la definizione italiana di violenza sessuale di gruppo comporta un «pericoloso innalzamento della soglia minima di rilevanza penale del contributo atipico». L'autore sostiene che, finché questa fattispecie penale rimarrà nel c.p. italiano, sarebbe necessario interpretarne la formulazione letterale secondo i principi di garanzia – e, tra questi, essenzialmente il principio di offensività –, escludendo dall'ambito di applicazione del reato quelle forme di partecipazione che non soddisfano i requisiti minimi che sarebbero richiesti perché il soggetto possa essere considerato partecipe del reato secondo le regole della paternità e della partecipazione. L'autore ricorda che le condotte di violenza sessuale possono essere poste in essere da un singolo individuo.

⁷⁶ In riferimento ai reati di gruppo in generale, GÓMEZ RIVERO, *Revueltas, multitudes, y Derecho penal*, cit., 27 e 28, sottolinea l'importanza di evitare approcci aprioristici e lontani dalla realtà concreta dei fatti perseguiti, in cui si presume *iuris et de iure* che la componente di gruppo debba sempre comportare automaticamente una maggiore disvalore dell'atto. Un approccio di questo tipo – avverte l'autrice – sarebbe collegato a un diritto penale dell'autore o degli autori, che presume la maggiore pericolosità dell'atto dalla mera esistenza di più aggressori, senza possibilità di prova contraria. Così, afferma l'autrice, «la pena sarebbe aggravata sulla base del sospetto [...] suscitato dall'esclusiva contemplazione statica degli autori; in particolare, sul semplice fatto della loro natura plurale».

te. Lo specifico numero dei membri del gruppo, il loro atteggiamento durante gli atti e, infine, tutta una serie di circostanze concomitanti, sono essenziali per valutare se nel comportamento sessuale illecito l'elemento "gruppo" si traduca realmente, nel caso oggetto di giudizio, in un trattamento degradante della vittima⁷⁷.

In definitiva, per le circostanze indicate, sembra che l'introduzione di una fattispecie di violenza sessuale di gruppo nell'ordinamento penale spagnolo possa essere pericolosa dal punto di vista del doveroso rispetto delle garanzie dell'ordinamento, oltre a costituire un rischioso precedente che potrebbe indurre il legislatore – spesso mosso dalla pressione popolare – a creare omologhe fattispecie penali plurisoggettive per la repressione di altri comportamenti.

3. *Una proposta alternativa di lege lata: un'unità di azione tipica aggravata dalla realizzazione congiunta.* Se il nocciolo della questione risiede nella necessità di affrontare l'attuale incertezza giuridica nella punizione della violenza sessuale di gruppo, data la diversità di interpretazioni offerte dai tribunali (reato continuato vs. concorso materiale di reati), esiste un altro meccanismo efficace a questo scopo, che non richiederebbe nemmeno una riforma del c.p. e che non metterebbe a repentaglio le garanzie e i principi del diritto penale.

La discussione sulla possibilità o meno di applicare il reato continuato ad atti carnali illeciti perpetrati in gruppo parte da un presupposto: l'interpretazione secondo cui in questi casi si verificano necessariamente una pluralità di atti tipici di violenza sessuale – almeno tanti quanti sono le diverse persone che hanno un rapporto carnale con la vittima. Si noti, tuttavia, che quando non si

⁷⁷ Queste circostanze non sembrano essere prese in considerazione in molti casi dai tribunali, che – secondo quanto dichiarato da molti autori – sembrano applicare automaticamente il reato di cui all'art. 608-octies a tutti i casi in cui due o più persone compiono atti sessuali nei confronti di una o più altre persone. In questo senso, il gruppo di studio sui reati sessuali dell'AIPDP denuncia che la fattispecie penale viene applicata nella pratica a casi qualitativamente diversi, in termini di minore gravità, rispetto a quelli a cui il legislatore avrebbe pensato nel momento in cui ha criminalizzato le condotte di gruppo. Ne è un esempio la condanna per il reato di violenza sessuale di gruppo di due bagnanti, uno dei quali aveva sbarrato la strada a una ragazza e l'altro l'aveva baciata. Cfr. MAUGERI, *Osservazioni sulle proposte in materia dei reati sessualmente connotati del gruppo di lavoro dell'AIPDP*, cit., 383. Tutto ciò conferma il rischio di cui sopra, ovvero che una fattispecie penale plurisoggettiva di aggressione sessuale favorisca approcci aprioristici nei tribunali.

tratta di *violación*, ma di “semplice” *agresión sexual* – perché non c’è un rapporto sessuale o introduzione di membra corporee o di oggetti per via vaginale, anale o orale – i tribunali non seguono lo stesso tipo di ragionamento quando la condotta è compiuta da un gruppo. Così, se di comune accordo tre individui compiono, contemporaneamente o successivamente, palpeggiamenti di zone erogene su una persona senza il suo consenso, i tribunali considerano un unico atto tipico di *agresión sexual*, attribuendolo a tutti e tre come coautori. Si segue così la logica usuale, applicabile a tutti gli altri reati: se vi è accordo tra i soggetti ed ‘esecuzione congiunta dell’atto, si configura un’azione tipica (e una violazione del bene giuridico in questione), che è attribuibile a tutti i soggetti, purché questi abbiano avuto il controllo funzionale del fatto⁷⁸. Quando “entra in gioco” il rapporto carnale, la “cosa”, come visto, cambia. Non si applica più la logica generale, ma i tribunali individualizzano l’atto sessuale di ciascuno dei componenti del gruppo. E ad ogni soggetto si imputa non solo il proprio atto sessuale, ma anche quello degli altri membri, al quale ha contribuito. Si contano tante lesioni del bene giuridico “libertà sessuale” quanti sono i diversi individui che hanno un rapporto carnale con la vittima, invece di ricorrere all’interpretazione generale e considerare un’unica violazione del bene giuridico, benché, in questo caso, di particolare intensità. Dietro questa peculiare interpretazione dei tribunali potrebbe nascondersi la tradizionale considerazione dei reati di violenza sessuale come reati di mano propria, cioè come delitti il cui autore può essere soltanto colui che realizza personalmente la condotta criminale. Ciò nonostante, essendo stata da tempo abbandonata l’idea che esistano reati con tali caratteristiche, e ammettendosi, quindi, la responsabilità dell’*autor mediato* e del *coautor* nel caso dei reati di

⁷⁸ Cfr. S.T.S. 30 novembre 2017, relativa a un caso in cui due individui hanno messo in atto varie condotte sessuali, nessuna delle quali prevedeva la penetrazione o l’introduzione di oggetti per via vaginale, anale o orale nella vittima. La Corte Suprema ha confermato la sentenza del tribunale di primo grado, che ha condannato entrambi come co-imputati di un reato di violenza sessuale, affermando al f.g. 6, paragrafo 2, «entrambi gli imputati hanno aggredito congiuntamente la denunciante». Pertanto, sebbene la persona che accompagnava B. H. abbia effettuato un numero maggiore di palpeggiamenti sessuali, entrambi hanno a ciò contribuito. Pertanto, si tratta di *una condotta di aggressione sessuale compiuta direttamente e congiuntamente da entrambi gli autori*. *Esiste un solo atto tipico di agresión sexual* – e non tanti quanti sono i diversi soggetti che hanno toccato la vittima – e si intende un solo reato – e non due – contro la libertà sessuale della vittima imputabile ai due imputati in qualità di *coautores*. In senso analogo, si veda S.T.S. 30 settembre 2010, e S.A.P. Las Palmas 31 gennaio 2000.

violación, non sembra avere senso continuare a seguire tale esegesi. In casi come quello della “*Manada de Pamplona*”, vi è una pluralità di atti sessuali compiuti dagli stessi soggetti nelle stesse circostanze spazio-temporali, i quali, nel loro insieme, costituiscono un’offesa alla libertà sessuale della vittima. A difesa dell’interpretazione data dai tribunali, qualcuno potrebbe far notare che, sebbene nei “branchi” i soggetti agiscano in gruppo, ognuno cerca di soddisfare il proprio desiderio sessuale. Per questa obiezione esiste anche una contro-obiezione. Ossia che da tempo – e in correlazione con l’abbandono della categoria dogmatica del reato di mano propria – si nega la natura intenzionale del reato di *violación*. Sebbene sia vero che nella grande maggioranza dei casi il soggetto attivo del reato agisce con l’intento di soddisfare il suo animo libidinoso, non è necessaria la presenza di questo stato d’animo perché ciò sia considerato un illecito penale, essendo sufficiente l’esistenza del dolo (cioè la consapevolezza e la volontà di realizzare gli elementi oggettivi dei reati contro la libertà sessuale) per la commissione del reato⁷⁹. L’attenzione deve essere posta, in tal senso, sull’esistenza di un’offesa alla libertà sessuale della vittima, prescindendo dall’intenzionalità con cui l’aggressore agisce. Diversamente, resterebbero impuniti i comportamenti lesivi della libertà sessuale della vittima in cui l’autore ha agito con intenti diversi da quelli sessuali.

La maggiore gravità che l’elemento “gruppo” può apportare ai reati sessuali, in termini di inflizione di trattamenti particolarmente degradanti e umilianti nei confronti della vittima, potrebbe essere valutata e combattuta attraverso l’aggravante specifica già prevista dal c.p. spagnolo per i reati sessuali, conseguente all’azione congiunta di due o più persone. Quest’unica azione tipica che costituirebbe lo stupro di gruppo, secondo l’interpretazione qui proposta⁸⁰, sarebbe punita in modo particolare attraverso l’applicazione di tale circo-

⁷⁹ Così la S.T.S. 22 giugno 2016 (f.g. 5^a): “la dottrina di questa Camera ha già escluso l’intento libidinoso dal reato [...], essendo rilevante che l’atto sessuale costituisca di per sé un atto oggettivamente considerato come un attacco all’indennità –o libertà– sessuale della vittima, indipendentemente dal movente dell’autore dell’azione”.

⁸⁰ Ho già difeso questa posizione – quella di valutare nei casi di stupro di gruppo un’unica azione tipica aggravata dalla circostanza specifica dell’azione di due o più persone, imputata a tutti i partecipanti – oralmente al Congresso “La perspectiva de género en la Ley del Solo sí es sí”, tenutosi presso l’Università Pablo di Olavide il 16 e 17 marzo 2023. È stata inoltre sostenuta da VALVERDE CANO nella

stanza. In questo senso, quando in alcune sentenze i giudici concludono che ci sono tante azioni tipiche quanti sono i membri del gruppo che hanno avuto rapporti sessuali con la vittima, attribuendo tutte le azioni tipiche a tutti i soggetti coinvolti, e allo stesso tempo aggravando la pena per ciascuna delle azioni applicando l'aggravante dell'azione di gruppo, si produce, a mio avviso, una doppia valutazione dell'illiceità implicita dell'azione di gruppo contraria al principio del *ne bis in idem*. In questo senso, quando in alcune sentenze i giudici concludono che vi sono tante azioni tipiche quanti sono i membri del gruppo che hanno avuto rapporti sessuali con la vittima, attribuendo tutte le azioni tipiche a tutte le persone coinvolte, e allo stesso tempo aggravando la pena per ciascuna delle azioni applicando l'aggravante dell'azione di gruppo, vi è, a mio avviso, una doppia valutazione dell'illiceità implicita dell'azione di gruppo, in contrasto con il principio del *ne bis in idem*. Così, nel determinare la pena, l'elemento del gruppo, o se si preferisce, dell'azione di gruppo, verrebbe considerato due volte: in primo luogo, attribuendo ai membri del gruppo tante azioni tipiche quante sono le persone estranee al gruppo che hanno accesso carnale alla vittima; e in secondo luogo, aggravando la pena per ciascuna di queste azioni tipiche con l'azione di gruppo, incorrendo così in un *bis in idem*. Precisamente, l'aggravante dell'azione congiunta di due o più persone, attualmente prevista dall'art. 180.1.1^o c.p.⁸¹, acquista significato e applicazione solo grazie ad un'interpretazione come quella qui sostenuta: quella che considera un'unica azione tipica nei casi di stupri di gruppo.

D'altra parte, l'interpretazione qui proposta non è del tutto straordinaria nel campo giurisprudenziale. È possibile individuare alcune sentenze, anche se minoritarie, in cui gli atti sessuali di gruppo sono stati qualificati come un unico reato di *violación*, aggravato, se del caso, dall'azione congiunta⁸². Se ci pen-

sua relazione presentata al II Congresso dell'Associazione dei Professori di Diritto Penale delle Università Spagnole (APDP), tenutosi a Las Palmas de Gran Canaria dal 14 al 16 giugno 2023.

⁸¹ L'art. 180.1.1.1 c.p. prevede che "Le condotte di cui sopra (cfr.: i reati di *agresión sexual* e *violación*) sono punite, rispettivamente, con pene detentive da due a otto anni per le aggressioni di cui all'articolo 178.1, da cinque a dieci anni per le aggressioni di cui all'articolo 178.3, da sette a quindici anni per le aggressioni di cui all'articolo 179.1 e da dodici a quindici anni per quelle di cui all'articolo 179.2, quando i fatti sono commessi dall'azione congiunta di due o più persone".

⁸² Così la S.T.S. 2 ottobre 2006, che considera un'unica azione tipica in relazione alle azioni di due imputati che, a turno, accedono carnalmente a una ragazza senza il suo consenso. L'Alta Corte sottolinea, al f.g. 13 della sentenza, che la sussistenza di «un reato unitario [...] in caso di più penetrazioni per la

siamo, si tratta di una soluzione analoga e paragonabile a quella dell'ipotetico reato autonomo di stupro di gruppo. Il disvalore aggiuntivo che il soggetto attivo pluralistico apporta può essere riconosciuto sia attraverso una circostanza aggravante specifica per il delitto di *violación*, sia attraverso la creazione di un autonomo reato di *violación de grupo*, che descriva una condotta di gruppo. La prima opzione prevede il ricorso al consueto e logico percorso seguito dal legislatore per aggravare la riprovazione di una condotta in presenza di determinate circostanze che ne aumentano il livello di illiceità; il che non comporta alcuna collisione con i principi del diritto penale. La seconda alternativa, invece, implica necessariamente la previsione di una descrizione molto ampia della condotta, in quanto di gruppo, e, con ciò, la messa in pericolo delle garanzie penali, quali i principi di tassatività, colpevolezza, offensività o proporzionalità, senza discriminare tra i comportamenti di ciascun componente del gruppo. La previsione nel reato plurisoggettivo di una fattispecie attenuata per i comportamenti secondari o di scarsa rilevanza, come fa il legislatore italiano nel quarto comma dell'art. 608-octies, costituirebbe appunto un disperato espediente per riequilibrare la bilancia in determinate ipotesi, evitando così le ingiustizie e i pericoli insiti in una figura plurisoggettiva con queste caratteristiche⁸³.

stessa via anatomica o per vie diverse, deve ritenersi quando gli atti avvengano tra i medesimi soggetti attivi e passivi, essendo le azioni tipiche compiute all'interno del medesimo spazio fisico e temporale, senza praticamente soluzione di continuità tra l'una e l'altra, corrispondendo l'insieme di queste a un'intenzione unitaria, non rinnovata, che copre la medesima situazione». Aggiungendo poi che: «sono presenti le ipotesi di comportamenti sessuali tra gli stessi soggetti attivi e passivi, posti in essere immediatamente o a brevissima distanza di tempo, nello stesso locale e nella stessa situazione che determina l'abuso sessuale», per cui si deve considerare «un'unica (azione tipica) sviluppata in modo progressivo», come «accade [...] quando in alcuni insulti vi è una diversità di espressioni lesive, o in [...] un furto o una rapina con sottrazione di oggetti diversi» (f.g. 13 e 14). In senso analogo, apprezzando un'unica azione tipica (e un unico reato commesso tra più) nei rapporti sessuali illeciti di gruppo, le S.S.T.S.14 maggio 2020 e 24 marzo 2022.

⁸³ Criticando la prassi legislativa di prevedere una fattispecie attenuata dai contorni ampi (e quindi di generare incertezza giuridica) per temperare possibili eccessi motivati proprio dall'inserimento di fattispecie penali che puniscono condotte molto generiche con pene molto elevate, si veda DíEZ RIPOLLÉS, *Alegato contra un derecho penal sexual identitario*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, 21-10, 13. In questo senso, l'autore sottolinea: «È difficile eliminare il sospetto che con questo precetto – in riferimento alla tipologia attenuata prevista nella *Proposición de ley de Protección integral de la libertad sexual y para la erradicación de las violencias sexuales* – gli stessi proponenti riconoscano implicitamente gli eccessi normativi su cui hanno inciso, e cerchino di temperarli anche a costo di creare una notevole incertezza giuridica».

Ci auguriamo, in conclusione, che il populismo punitivo di cui i legislatori, di una o dell'altra ideologia, hanno fatto sfoggio in Spagna⁸⁴ non conduca ad "importare" la fattispecie italiana all'interno del nostro c.p.

⁸⁴ Sul populismo punitivo nello specifico campo dei reati sessuali e sulla cosiddetta "*Ley del Sí es Sí*", si veda MUÑOZ CONDE, *La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso "La Manada"*, in *Revista penal*, 2019, 43, 299.