

Reati sessuali

Reati sessuali e pene accessorie tra norma e prassi

CONCETTA GUERRA

La decisione

Violenza sessuale — Patteggiamento — Pene accessorie (C.p.p., art. 419; L. 11 febbraio 2009, n. 11, art. 1, co. 1, lett. b).

Per i reati sessuali, la pena accessoria dell'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio inerente alla tutela ed alla curatela va disposta anche nel caso di applicazione patteggiata della pena, trattandosi di statuizione sottratta al potere discrezionale del giudice.

C. Cass. Pen., T. S., marzo 2011 (ud. dicembre 2010) — P. M., Presidente — R. M., Relatore — P.M. (conf.). — XY, ricorrente.

Il commento

La sentenza in rassegna, è relativa all'applicazione della pena accessoria di cui all'art. 419-*nonies*, co. 1, n. 1, c.p., interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela ed alla curatela, per il reato di violenza sessuale, che a seguito della l. 11 febbraio 2009, n. 11, va disposta anche nelle ipotesi di patteggiamento della pena. Nel caso in oggetto il reato di cui si discute, risulta peraltro avvinto dal vincolo della continuazione, al reato di concussione, e pertanto occorre non solo una disamina del rapporto intercorrente tra detti reati, ma soprattutto verificare se e effettivamente s'è dinanzi al reato di concussione, e non diversamente di istigazione alla corruzione.

L'art. 419-*bis*, co. 1, c.p. sancendo che «chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito con la reclusione da cinque a dieci anni», ha eliminato, attraverso l'utilizzo della terminologia "atti sessuali", la previgente distinzione tra "congiunzione carnale" ed "atti di libidine", disciplinati in maniera del tutto autonoma, dagli abrogati artt. 419 e 420, c.p.

Abbandonata la vecchia "struttura", alla base di un reato a difesa della pubblica morale e del buon costume, l'attuale normativa si caratterizza co-

me un reato contro la persona, *sub specie* della libertà di autodeterminazione sessuale.

Pur risultando l'art. 609-bis c.p., la somma dei succitati articoli abrogati, rispettivamente "congiunzione carnale" ed "atti di libidine", la locuzione "atti sessuali", non potendo essere intesa in senso ampio, poiché rischierebbe di violare il principio di determinatezza, s'è posta inevitabilmente al centro di un'opera di ridefinizione, nel tentativo di marcarne in modo più preciso i contorni.

Parte della dottrina in tal senso, sostiene che l'atto sessuale debba essere inteso secondo un'interpretazione «più restrittiva di quella comunemente accolta in relazione agli atti di libidine», dovendo connotarsi in termini oggettivi, per cui «non devono aver rilievo — se non eventualmente in relazione al dolo — né l'impulso del soggetto attivo del reato, né la potenziale suscettibilità erotica del soggetto passivo, ma piuttosto l'oggettiva natura sessuale dell'atto in sé considerato», oggettività riscontrabile attraverso il ricorso alle scienze medico-psicologiche ed ancor più antropologico-sociologiche.

Altra dottrina ritiene che l'atto sessuale, non necessariamente deve coinvolgere le zone definite "erogene", ma potrebbe riscontrarsi anche in quei comportamenti da evidenziarsi sulla base di una valutazione complessiva del fatto oggetto di giudizio, tra cui può anche rientrarvi la potenziale suscettibilità erotica del soggetto attivo.

Per altra argomentazione invece, occorre valutare «il peculiare "tipo di rapporto" interpersonale, di rilevanza sessuale, che si deve instaurare fra le parti, perché si realizzi la specifica ossessione che caratterizza l'intero fatto tipico».

Nel caso di specie, l'adozione dell'uno o dell'altro dei criteri summenzionati, non conduce però a risultati in realtà divergenti, anche se il primo appare quello più rispettoso del principio di determinatezza e risulta preferibile anche per mere ragioni d'ordine processuale. Qualora volessimo infatti utilizzare gli altri criteri, l'accertamento in sede probatoria della nozione di atto sessuale, potrebbe risultare più faticosa.

Pertanto, è proprio la "corporeità" l'elemento essenziale e discretivo che rende la condotta illecita.

1. «La nozione di "atti sessuali" cui fa riferimento l'art. 609-bis c.p., nasce dalla semplice somma delle due nozioni di congiunzione carnale e di atti di libidine che la legislazione previgente considerava e disciplinava separatamente», Cass., Sez. III, 11 settembre 1996, P.G. in proc. Carnevali, in *Riv. pen.*, 1997, 1, 10.

2. C. Cass., 11 settembre 1996, *Art. 609-bis c.p. (Violenza sessuale)*, in *Comm. Violenza sessuale*, a cura di Cadoppi, Padova, 1997, 1, 10.

3. C. Cass., *op. cit.*, 1997, 1, 10.

4. F. Cass., M. Cass., *Diritto penale, Parte speciale*, vol. II, tomo I, *I delitti contro la persona*, Padova, 1997, 1, 10.

5. P. Cass., *Profili generali di diritto sostanziale*, in *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66 del 1996. Profili giuridici e criminologici*, a cura di Cadoppi, Padova, 1997, cit., 1, 10.

Anche per parte della giurisprudenza di legittimità, peraltro, la nozione di “atti sessuali” «non può non comportare — così come la comportavano le due distinte nozioni preesistenti — un coinvolgimento della corporeità sessuale della persona o esa», e pertanto, restano esclusi dalla nuova disposizione e dal novero di atti sessuali, quegli atti che «pur essendo espressivi di concupiscenza sessuale, siano però inidonei [. . .] ad intaccare la sfera della sessualità fisica della vittima, comportando essi soltanto o esa alla libertà morale di quest’ultima o al sentimento pubblico del pudore» .

Nella sentenza in commento è certamente rinvenibile una violenza sessuale, giacché non solo l’atto posto in essere dal soggetto attivo risulta investito a pieno di quella corporeità oggettiva, ma vi è anche quella suscettibilità erotica del soggetto agente, summenzionata.

Viepiù, anche a voler far riferimento al “rapporto interpersonale”, è assolutamente palese come nel caso di specie non sussistesse rapporto alcuno, né d’intimità od a etto tra le parti, né ancor meno di conoscenza, anzi il ruolo “professionale” rivestito dal soggetto agente, semmai ra orza i rilievi innanzi e pertanto non può negarsi quella lesione della libertà di autodeterminazione, sotto il profilo della libertà sessuale, al cui presidio la norma è posta.

. Quanto al reato di concussione, riconosciuto nella sentenza che si annota, ad una più attenta analisi, come si vedrà, la condotta posta in essere sembra in realtà riconducibile alla fattispecie prevista all’art. c.p., istigazione alla corruzione.

In entrambe le fattispecie, se l’indebita erogazione funge da nota comune, di converso, il criterio discrezionale dovrebbe individuarsi nella diversa posizione intercorrente tra i due soggetti, ovvero, la soggezione in cui verrebbe il privato nel delitto di concussione, rispetto invece alla “parità” in cui privato e pubblico u ciale verrebbero a trovarsi nella corruzione.

Criterio questo, rimarcato dall’assetto normativo, pur non apparendo del tutto esaustivo.

E proprio tal distinzione tra i due reati, rappresenta oramai una *vexata quaestio*, sulla quale ingente è stata l’attenzione della dottrina penalistica , mossa dall’intento di individuare un preciso elemento di erenziale.

. Cass., Sez. III, settembre , Carnevali, cit.; I ., Sez. III, giugno , Beretta, con nota di P , *Il necessario coinvolgimento della corporeità sessuale della vittima nel reato di violenza sessuale*, in *Cass. pen.*, / , e ss.; C , *Art. 609-bis c.p.*, in *Comm. Violenza Sessuale*, e ss.; P , *Art. 609-quinquies c.p. (Corruzione di minorenni)*, in *Comm. Violenza Sessuale*, ; P , *Violenza sessuale*, in *I reati contro la persona*, a cura di Cadoppi, III, *Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minorenni*, Trattato diretto da Cadoppi, Canestrari, Papa, Torino, , .

. F , *La mercificazione della funzione pubblica al bivio fra corruzione e concussione*, in *Materiali sulla riforma dei reati contro la pubblica amministrazione. La tutela dei beni collettivi: i delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, a cura di A. Manna, Padova, , e ss.; M , *Trattato di diritto penale italiano*, V ed., vol. V, Torino, , ; per una più attenta disamina del reato di corruzione in rapporto all’“atto di u cio”, M , *Corruzione e finanziamento illegale ai partiti*, in *Studi in ricordo di*

Concetta Guerra

Tra i vari criteri distintivi sviluppatisi negli anni, il primo, seppure ormai risalente, ruota tutto intorno all'iniziativa, per cui vi sarebbe concussione e non corruzione, quando l'indebita dazione o promessa di danaro o altra utilità, risultino promosse dal pubblico ufficiale.

Tesi questa, non accoglibile, perché è ben possibile che nella prassi avvenga l'esatto contrario.

Altro elemento discretivo è stato individuato nell'elemento psicologico, laddove, come innanzi sottolineato, nella concussione l'accordo sarebbe frutto dell'induzione o della costrizione posta in essere dal pubblico ufficiale, per cui nascerebbe da una volontà coartata dalla soggezione del privato (*metus publicae potestatis*), invece nella corruzione, l'accordo sarebbe liberamente voluto e determinato, quindi, frutto di una scelta non indotta.

Ulteriore elaborazione, che appare preferibile, perché fonda la distinzione su di una base oggettiva e non puramente "soggettivistica", è quella del vantaggio e del danno, laddove anche quando tra il privato ed il pubblico ufficiale non sussiste una posizione paritetica, se il primo tende a conseguire un ingiusto vantaggio, in danno della pubblica amministrazione, ricorrerà l'ipotesi di corruzione e non già quella di concussione. Nella concussione il privato tenderà ad evitare un ingiusto danno, *certat de damno vitando*, mentre nella corruzione *certat de lucro captando*, mira al raggiungimento del citato ingiusto vantaggio.

A seguito della novella del 1983, n. 30, integrando la fattispecie d'istigazione alla corruzione, anche la condotta di quel pubblico ufficiale che solleciti la promessa o la dazione di danaro od altra utilità da parte di un privato, appare più corretto ricondurre l'ipotesi in esame alla fattispecie di cui all'art. 312 c.p. e non al reato di concussione. Infatti, così come stabilito dalla stessa norma, non deve esserci accettazione da parte del soggetto passivo, poiché ciò che rileva è proprio la condotta di sollecitazione posta in essere dal pubblico ufficiale.

Nel caso di specie, peraltro, la richiesta/proposta non si risolve nella prospettazione di un male ingiusto o un danno, al contrario, è relativa ad un paventato vantaggio, poiché oggetto della proposta è proprio un'offerta di "aiuto", di facilitazione e di un più pronto raggiungimento del risultato d'esame.

Il reato continuato, disciplinato all'art. 41, co. 1, c.p., rappresenta nel

Giandomenico Pisapia, Milano, 1983, e ss.; Ruggino, *Corruzione*, in *Trattato di diritto penale*, Parte speciale II, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, Torino, 1983, p. 100.

Ruggino M., *Commentario sistematico al codice penale, I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 1983, p. 100; Ruggino, *Corruzione*, in *Trattato di Diritto Penale*, 1983.

Sul punto A. Scialoja, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, II, 1983, integrata e aggiornata a cura di Grosso, Milano, 1983, p. 100; Ferrero, M., *Diritto penale*, Parte speciale, 1983, Vol. I, Bologna, 1983, p. 100.

panorama giuridico una particolare forma di concorso materiale, giacché le plurime violazioni di legge risultano poste in essere dal soggetto agente, in esecuzione di un medesimo disegno criminoso. In tal ipotesi, infatti, è disposta l'infrazione della pena prevista per il reato più grave, aumentata fino al triplo.

Ad opera del legislatore del 1974, non solo ne è stata prevista l'applicabilità anche in caso di fattispecie eterogenee, alla luce di una volontà di mitigare il rigido trattamento sanzionatorio, ma soprattutto è stato eliminato dal co. terzo, l'inciso per cui le diverse violazioni «si considerano come un solo reato». In virtù di tal "soppressione", se inizialmente non s'è assistito ad univocità d'orientamento, è oramai dato del tutto acquisito, la sussistenza di una vera e propria pluralità di reati rilevando il reato continuato, solo *quoad poenam* e non ad altri fini.

Come peraltro rimarcato dalla stessa sentenza in commento, in cui è dato di leggere che «anche nella ipotesi di continuazione i singoli reati vanno considerati autonomamente ai fini della individuazione delle pene accessorie».

In ultima analisi, appare appena il caso di sottolineare, che con la modifica ad opera della legge del 1974, non vi è più il riferimento alla cessazione della continuazione come *dies a quo*, quale termine da cui far partire il calcolo della prescrizione.

Se allora la continuazione va considerata come pluralità di reati, nel caso in oggetto, dovendo ai fini dell'applicazione della pena accessoria, valutarli singolarmente, l'interdizione *de qua* discenderebbe direttamente dal reato di violenza sessuale.

. Le pene "accessorie", come noto, accedono alla pena principale e vengono applicate, a seguito di sentenza di condanna.

La l. febbraio 1974, n. 30, ha sancito che la pena accessoria dell'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela ed alla curatela, disciplinata dall'art. 609-*nonies* c.p., vada disposta anche nelle ipotesi di patteggiamento, *ex art. 609-*nonies* c.p.p.*, per il reato di violenza sessuale.

. Relativamente ai diversi modi d'intendere il medesimo disegno criminoso, ovvero se come rappresentazione anticipata dei singoli reati e nesso funzionale tra gli stessi, o come deliberazione generica alla quale fanno seguito deliberazioni specifiche, e per una più approfondita disamina, F. Cappelletti, M. Cappelletti, *Diritto penale, Parte generale*, II, Bologna, 1974, cit.; M. Cappelletti, *Corso di diritto penale, Parte generale*, II, Padova, 1974, cit.

. V. Cappelletti, *La riforma penale del 1974*, Milano, 1974; B. Cappelletti, *Dal reato continuato alla continuazione di reati: ultima tappa e brevi riflessioni sull'istituto*, in *Cass. pen.*, 1974, I, 1000.

. V. Cappelletti, *La riforma penale del 1974*, Milano, 1974, cit.

. M. Cappelletti, *Corso di diritto penale, Parte generale*, II, Padova, 1974, cit.

. V. Cappelletti, *Art. 609-*nonies* c.p. (Pene accessorie ed altri effetti penali)*, in *Comm. Violenza sessuale*, e ss.; come noto, nella mente del legislatore del 1974 le pene accessorie nascono con funzione general-preventiva e di difesa sociale, anche se non di meno è ravvisabile una funzione di prevenzione speciale, impedendo al reo di "ricadere" nel reato, M. Cappelletti, *Corso di diritto penale* II, Padova, 1974, cit.

La novella, cristallizzando e ridefinendolo normativamente, ha esteso l'ambito di applicazione della suddetta pena, il che ha dato luogo ad un duplice ordine di problemi.

L'interdizione perpetua in quanto pena fissa, presta il fianco a dubbi di costituzionalità.

In particolare, alle pene fisse potrebbero essere mosse obiezioni in merito ad un *vulnus* al principio di uguaglianza, che come noto, impone di differenziare il trattamento in funzione della diversità del caso, e non di meno, se la rieducazione è ritenuta applicabile anche alle pene accessorie, tal contrasto s'estenderebbe anche all'art. 3, co. 1, Cost., perché non consentirebbe quella «individualizzazione della pena» che è presupposto proprio della rieducazione. Le pene accessorie, per essere conformi a Costituzione, dovrebbero essere temporanee.

Inoltre, se per un verso l'art. 419 c.p.p., al co. 1 stabilisce che la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, nel caso in cui la pena irrogata non superi i due anni di pena detentiva, soli o congiunti a pena pecuniaria, non comporta l'applicazione di pene accessorie, al successivo co. 2-bis si statuisce che «salve diverse disposizioni di legge, la sentenza è equiparata a una pronuncia di condanna».

Ed invero, la natura giuridica della sentenza di patteggiamento, ed in quali termini si rapporti a quella di condanna, soprattutto rispetto al concetto di «equiparazione», ha cagionato nel panorama processual-penalistico un'annosa questione, acuita in particolar modo, con l'introduzione del

cit., e, ed ancora *Sulla illegittimità delle pene accessorie fisse, l'art. 2641 del codice civile*, in *Giur. cost.*, 1998, I, 1017. Le stesse, incidendo sulla capacità giuridica del soggetto condannato, precludono l'esercizio di taluni diritti, funzioni o poteri, L. 1987, *Le pene accessorie*, Padova, 1987; V. 1998, *Contenuto e funzioni delle pene accessorie: conseguenze in tema di applicabilità al concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, I, 1017. Nel 1998, a mezzo dell'art. 1 della l. n. 1987, onde attuare una sorta di amalgama tra pena principale e pene accessorie, è stato introdotto il principio della suspendibilità anche di quest'ultime, il che non è apparsa del tutto condivisibile come scelta «sia perché, in forza di una non chiara esigenza di uniformità di disciplina di due istituti al fondo ancora profondamente diversi, rischia di accentuare la tendenza indulgenzialista presente già nel nostro sistema sanzionatorio, sia perché svilisce il contenuto special-preventivo dell'istituto», M. 1998, *Corso di diritto penale*, II, Padova, 1998, cit., 1998.

Sul punto, M. 1998, *Sulla illegittimità delle pene accessorie fisse*, cit., 1998; nelle ultime pagine del lavoro, 1998, le «prospettive di riforma»; V. 1998, *Art. 609-nonies c.p. (pene accessorie ed altri effetti penali)*, in *Comm. Violenza sessuale*, in particolare 1998; per un'analisi completa delle stesse, M. 1998, *Trattato di Diritto penale italiano*, V ed., vol. III, Torino, 1998, 1998.

M. 1998, *Corso di diritto penale*, II, Padova, 1998, cit., 1998.

P. 1998, *La sentenza di patteggiamento*, Padova, 1998; M. 1998, *Il patteggiamento*, Milano, 1998.

In alcune sentenze è dato di leggere come al patteggiamento venga riconosciuta natura di sentenza di condanna, salvo che per determinati effetti espressamente previsti, per tutte Cass., Sez. V, 1998 marzo 1998, Minuto, in *Riv. pen.*, 1998, I, 1017, ed altre in cui, in merito alla problematica relativa alla revoca della sospensione condizionale della pena precedentemente concessa, è sostenuto che «la sentenza emessa all'esito della procedura di applicazione della pena su richiesta delle parti prevista dagli artt. 419 e seguenti c.p.p. non ha natura di sentenza di condanna», così Cass., Sez. Un., 1998 maggio 1998, Da Leo, in *Mass. Uff.*, n. 1998; C. 1998, *Effetti della sentenza di patteggiamento e revoca della*

“patteggiamento allargato” , giacché “è equiparata alla sentenza di condanna, ma sentenza di condanna non è”, essendo frutto di un giudizio “a-cognitivo” del giudice.

Nella sentenza in commento, quindi, essendo dinanzi ad interdizione perpetua, applicata in costanza di patteggiamento , aumenterebbero i profili di illegittimità costituzionale.

. Detta pronuncia, seppur adesiva a precedente giurisprudenziale, per cui «la pronuncia della sentenza di patteggiamento per il reato di violenza sessuale comporta obbligatoriamente l'applicazione della pena accessoria dell'interdizione perpetua da qualsiasi u o cio attinente alla tutela ed alla curatela, trattandosi di statuizione sottratta al potere discrezionale del giudice» , e pur non ponendosi in tensione con la *ratio* del reato continuato, integrato nel caso di specie dalle fattispecie di violenza sessuale ed istigazione alla corruzione, non è però scevra da quei dubbi succitati, di profilo costituzionale e relativi alla “fissità” della pena.

In altri termini, parrebbe si sia persa l'occasione per investire la Corte Costituzionale di plurime violazioni di principi costituzionali.

sospensione condizionale della pena, in *Cass. pen.*, , . Invece di recente le Sezioni Unite hanno sancito che la sentenza di patteggiamento, «poiché è ai sensi dell'art. , co. -bis, equiparata, salve diverse disposizioni di legge, ad una pronuncia di condanna, costituisce titolo idoneo per la revoca, a norma dell'art. , co. , n. , c.p., della sospensione condizionale della pena precedentemente concessa» per cui «il regime di equiparazione, non consente di rifuggire dall'applicazione di tutte le conseguenze penali della sentenza di condanna che non siano categoricamente escluse» così *Cass.*, Sez. Un., novembre , Diop, in *Mass. Uff.*, n. ; C , *La successiva condanna può revocare la precedente sospensione condizionale contenuta nella sentenza di patteggiamento*, in *Dir. pen. proc.*,

. M , *Giustizia contrattata, diritto penale del fatto e funzione della pena: un'antinomia risolvibile?* in *Annali Univ. Foggia*, Milano, , e ss.; e proprio in riferimento al patteggiamento allargato, di recente la Cassazione ha sostenuto che «comportando una serie di effetti tipici della condanna, implica un “accertamento del fatto-reato e della penale responsabilità dell'imputato», *Cass.*, Sez. III, febbraio , D'Annibale, *Foro Italiano*, , , .

. La Suprema Corte, a Sezioni Unite, ha sottolineato come la sentenza di patteggiamento, non avesse natura di sentenza di condanna, “nella parte in cui prescinde dall'accertamento giudiziale del reato e dall'ermazione di responsabilità dell'imputato” così *Cass.*, Sez. Un., febbraio , Bahrouni, in *Mass. Uff.*, n. ; F , “*Il mancato accertamento della colpevolezza esclude l'equiparazione a sentenza di condanna*”, in *Guida al Dir.*, , , ; *Cass.*, Sez. III, maggio , Morelli, ha disposto che la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, “non implica un giudizio di colpevolezza”, in *Riv. pen.*, , / , ; I ., Sez. I, novembre , Sangermano, secondo la pronuncia in oggetto, non può propriamente e specificamente qualificarsi come una sentenza di condanna vera e propria, essendo a questa equiparata per «ogni aspetto che riguardi l'irrogazione ed esecuzione della pena, ma non quando viene in rilievo sotto il profilo dell'accertamento della responsabilità, che è estraneo alla sua struttura, non essendo tale pronuncia qualificabile come sentenza di condanna», in *Riv. pen.*, , , .

. *Cass.*, Sez. III, ottobre , Ripani, in *Mass. Uff.*, n. .