

ATTUALITÀ

MARIA TERESA COLLICA

La violenza sessuale tra *law in the books* e *law in action*: un intervento riformatore non più rinviabile

La riforma dei delitti sessuali, attuata con la l. n. 66 del 1996, può definirsi una incompiuta per non aver recepito il monito di quanti auspicavano una riformulazione del delitto di violenza sessuale priva di riferimenti alle modalità costrittive e basata sulla mera assenza del consenso della vittima. Negli anni, al poco coraggio dimostrato dal legislatore ha supplito la giurisprudenza con una interpretazione correttiva volta a garantire una maggiore tutela dei diritti umani. Nonostante l'estensione applicativa della fattispecie sia in linea con le sollecitazioni provenienti dagli organismi sovranazionali, resta lo iato con il fondamentale principio di legalità. Si ha quindi l'esigenza che disposizioni normative non più al passo con i mutati valori sociali siano sanate dal legislatore con una riforma ormai improcrastinabile.

Sexual violence between law in the books and law in action: a reform intervention that can no longer be postponed.

The reform of sexual crimes, implemented with the law. n. 66 of 1996, can be defined as unfinished for not having heeded the warning of those who hoped for a reformulation of the crime of sexual violence without references to coercive methods and based on the mere absence of the victim's consent. Over the years, jurisprudence has made up for the lack of courage shown by the legislator with a corrective interpretation aimed at guaranteeing greater protection of human rights. Although the application extension of the case is in line with the requests coming from international organization, the hiatus remains with the fundamental principle of legality. There is therefore a need for regulatory provisions that are no longer in step with the changed social values to be remedied by the legislator with a reform that cannot be postponed.

SOMMARIO: 1. La violenza sessuale costrittiva: il ruolo della violenza e della minaccia. - 1.2. Segue. Il controverso significato dell'abuso d'autorità. - 1.2.1. Segue. Il confronto con le nuove ipotesi di atti sessuali con minorenni. - 1.3. Segue. La particolare ipotesi della costrizione ambientale. - 2. La violenza sessuale mediante induzione. - 2.1. Casi controversi di violenza sessuale per induzione. - 3. Il problema del consenso della vittima. - 4. Il ruolo centrale del "consenso della vittima" nelle più recenti esperienze legislative tedesca e spagnola. - 5. La necessità di una ridefinizione legislativa dei confini del delitto di violenza sessuale in Italia - 6. Verso quale riforma?

1. *La violenza sessuale costrittiva: il ruolo della violenza e della minaccia.* Il reato di violenza sessuale, di cui all'art. 609 *bis* c.p.¹, costituisce da sempre

¹ Sulla violenza sessuale, tra gli altri, PADOVANI, *Violenza carnale e tutela della libertà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1301 ss.; PECORARO ALBANI, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Napoli, 1997; FIANDACA, voce *Violenza sessuale*, in *Enc. dir., agg.*, 2000, vol. IV, 1153 ss.; CADOPPI, *Commento*

una cartina di tornasole del sistema dei valori sociali e culturali di un paese. Anche nel nostro ordinamento il settore dei delitti sessuali è tra i più rappresentativi del mutamento indotto dall'evoluzione sociale, che ha creato un baratro rispetto al contesto in cui è maturato il codice Rocco. La disciplina del 1930, come noto, avendo collocato i delitti in esame nel Titolo IX, intitolato "Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume", esaltava il valore pubblicistico del bene giuridico tutelato. Una prospettiva, questa, del tutto superata dalla L. n. 66 del 1996, che nel riformulare i delitti sessuali li ha trasferiti nel Titolo XII, dedicato ai reati contro la persona, e in particolare tra quelli contro la libertà personale, più in linea con il sentire dei tempi. Se pure la nuova collocazione non sia andata esente da critiche², la riforma ha segnato

all'art. 609 bis, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di Cadoppi, Padova, 2006, 439 ss.; PADOVANI, *Commento all'art. 609 bis*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, cit., a cura di Cadoppi, 415; BORGOGNO, *Il delitto di violenza sessuale*, in *I reati sessuali: i reati di sfruttamento sessuale e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, a cura di Coppi, Torino, 2007, 79 ss.; PALUMBIERI, *Introduzione (ai reati contro la libertà sessuale)*, in *I reati contro la persona*, vol. III, *Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di Cadoppi, Milano, 2011; ID., *Violenza sessuale*, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, a cura di Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Torino, vol. IX, 6171; ROMANO, *La tutela penale della sfera sessuale: indagine alla luce delle recenti norme*, Milano, 2000; ID., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Padova, 2016, 88 ss.; BERTOLINO, *Commento agli articoli 609 bis-609 duodecies*, in *Commentario breve al Codice penale*, a cura di Forti-Seminara-Zuccalà, Padova, 2017, 2017 ss.; ANDREAZZA, *Sub art. 609 bis*, ss., in *Codice penale*, a cura di Padovani, Milano, 2019, t. II, 4196 ss.; BALBI, *Violenza e abuso sessuale*, in *Diritto penale, Parte speciale, Tutela penale della persona*, a cura di Padovani, Torino, 2019, vol. II, 291 ss.; VZZARDI-FRAGRASSO, *Sub art. 609 bis c.p. ss.*, in *Codice penale commentato*, a cura di Dolcini-Gatta, Milano, 2021, vol. III; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2022, 237 ss.; SEMINARA, *I delitti contro la personalità sessuale*, in *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, a cura di Bartoli-Pelissero-Seminara, Torino, 2024, 181 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la persona*, Padova, 2022, vol. I, 437 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale, I delitti contro la persona*, Bologna, 2024, vol. II, 330.

² Si è spesso evidenziato come la libertà personale abbia più a che vedere con la libertà di movimento, come libertà di scegliere dove trovarsi nello spazio, anziché con la libertà di autodeterminazione che si vorrebbe tutelare con i delitti sessuali e per questo si preferirebbe farli confluire tra i delitti contro la libertà morale o prevedere un capo autonomo da dedicare alla libertà sessuale. Per la prima soluzione, tra gli altri, BRUNELLI, *Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale*, in *I reati sessuali*, cit., a cura di Coppi, 64; MANTOVANI, *Appendice ai delitti contro la persona*, in *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la persona*, cit., 4. Più propensi per la seconda opzione, oltre al gruppo di lavoro dell'AIPDP che ha lavorato, di recente, a una proposta di riforma dei delitti sessuali, sulla quale si rimanda all'ultima parte di questo lavoro, tra gli altri, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale, I delitti contro la persona*, cit., 331; FIANDACA, *Prospettive di riforma dei reati sessuali: considerazioni problematiche*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, cit., a cura di Cadoppi, 405; PADOVANI, *Violenza carnale e tutela della libertà*, cit., 1301 ss.; BERTOLINO, *Libertà sessuale e diritto penale*, Milano, 1993; ID., *Commento agli articoli 609 bis*, cit., 2018.

un'importante svolta nella valenza dei delitti sessuali, dalla forte impronta simbolica, con la cancellazione di una dimensione moralistica del bene giuridico a favore della tutela di una dimensione individuale, dell'intima personalità della vittima.

Il processo di modernizzazione normativa, tuttavia, è apparso a molti da subito incompleto. Lo slancio del legislatore si è infatti poi arenato quando si è trattato di ridefinire la violenza sessuale, per la quale sono state mantenute ancora componenti di coazione fisica e/o psichica, anziché optare per la sola mancanza del consenso all'atto sessuale, come chiedevano i più³, sul modello di quanto già allora previsto nei sistemi di *Common Law*⁴ e in armonia con la nuova sistematica del reato.

A differenza di altre fattispecie costrittive, nel delitto, di cui all'art. 609 *bis* c.p., le modalità esecutive sono indicate esplicitamente nella norma. Accanto alla violenza *tout court*, richiamante comunemente l'uso della forza o di un'energia fisica, che agisce sull'offeso per determinarlo a compiere o a subire atti sessuali, si ha sempre costrizione allorché si ricorra alla minaccia, o all'abuso di autorità, che incidono sulla psiche della vittima fino quasi ad annullarla.

Seguono le due ipotesi induttive, evocanti modalità più persuasive e suggestive, ma qualificate, come si vedrà, dall'aggiunta di alcuni elementi che circoscrivono la portata applicativa della norma.

Senonché, anche rispetto alla stessa violenza, che, come anticipato, nelle intenzioni del legislatore avrebbe dovuto assumere una dimensione materiale e oggettiva (violenza propria), è prevalsa nel tempo una interpretazione estensiva, che ne ha dematerializzato il contenuto. Si è, infatti, passati dalla richiesta di una *vis atrox* irresistibile, comportante un totale annullamento della volontà

³ ROMANO, *La tutela penale della sfera sessuale*, cit., 249; PADOVANI, *Violenza carnale e tutela della libertà*, cit., 1301 ss.; BERTOLINO, *Libertà sessuale*, cit., 155 ss.

⁴ In particolare, l'Inghilterra è stato il primo paese a prescindere nella definizione della violenza sessuale da indici di costrizione e a inserire tra i requisiti espliciti della fattispecie la volontà contraria all'atto sessuale della persona offesa. Si veda sul punto, PAVARANI, *Il mero dissenso della vittima nella violenza sessuale: profili di diritto italiano e anglosassone*, in *Ind. pen.*, II, 2002, 771 ss.; CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, Bologna, 2023, 284 ss., 378 ss.

della vittima⁵, ad una forza fisica anche “minima”, indispensabile per superare una “naturale ritrosia femminile”, che, sulla base di una visione arcaica, potrebbe nascondere l’effettivo consenso, fino poi a estenderne il concetto attraverso l’idea di una violenza “impropria” o “implicita” e/o “potenziale”. Ciò ha consentito di applicare la fattispecie pure agli atti repentini o a sorpresa, come una palpata sui glutei⁶, all’inganno sanitario⁷ e alla c.d. costrizione ambientale⁸. Per questa via, la violenza è stata riletta come qualsiasi atto o fatto capace di coartare la volontà della vittima, indipendentemente, perciò, dalle modalità utilizzate⁹.

A ben vedere, però, nella prassi applicativa, a un certo punto, la violenza, più che dematerializzarsi, è scomparsa del tutto dal delitto come elemento di tipicità, tanto da far coincidere il reato con il dissenso o con l’assenza del consenso della persona offesa, e ciò secondo un processo iniziato già prima della riforma del 1996.

Inoltre, mentre in origine si aveva una sorta di presunzione di consenso, tale da richiedere per superarla una manifestazione esplicita di dissenso della persona offesa, progressivamente si è affermata la tendenza opposta volta a pretendere per la liceità dell’atto sessuale segni chiari e univoci di consenso, quantomeno nella giurisprudenza di legittimità¹⁰, mentre maggiori resistenze si registrano, a questo proposito, ancora in quella di merito¹¹. L’evoluzione giu-

⁵ La violenza finisce in questo modo per confondersi con il costringimento fisico assoluto, di cui all’art. 46 c.p. Sul punto PECORARO ALBANI, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, cit., 84, per il quale, seguendo la distinzione tradizionale tra una “violenza fine”, in cui il danno alla persona è intrinseco, e una “violenza mezzo”, come strumento per coartare la capacità di autodeterminazione della vittima, annullandola o coartandola, affinché faccia o tolleri qualcosa, l’art. 609 *bis* c.p. va ricondotta alla seconda categoria.

⁶ Cass., Sez. III, 23 gennaio 2023, n. 6596; Cass., Sez. III, 19 marzo 2022, n. 11298; Cass., Sez. III, 4 febbraio 2022, n. 3951; Cass., Sez. III, 18 maggio 2021, n. 19611; Cass., Sez. III, 5 febbraio 2021, n. 3816; Cass., Sez. III, 12 ottobre 2018, n. 46218; Cass., Sez. III, 10 novembre 2014, n. 46170, rv. 260985; ma già Cass., Sez. III, 18 marzo 1969, n. 680. Di recente per un caso di una palpata sui glutei, Trib. Roma, Sez. V, 6 luglio 2023, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 3, 173 ss., con nota di SICIGNANO, *La c.d. “palpata breve” nella violenza sessuale, tra fattispecie oggettiva ed elemento soggettivo*.

⁷ Cass., Sez. III, 13 ottobre 2010, n. 40919; Cass., Sez. III, 27 gennaio 2004, n. 6945.

⁸ V., *infra*, par. 1.3.

⁹ Tra le tante, Cass., Sez. III, 19 gennaio 2018, n. 20712.

¹⁰ Cass., Sez. III, 21 marzo 2023, n. 1170; Cass., Sez. III, 9 novembre 2021, n. 1559; Cass., Sez. III, 17 dicembre 2019, n. 12628.

¹¹ Emblematica sotto questo profilo, Trib. Busto Arsizio 26 gennaio 2022, in *www.sistemapenale.it*, 8 marzo 2022, con nota di PINNA, *Violenza sessuale e ricerca del dissenso della vittima: la difficoltà dei*

risprudenziale è dunque approdata verso un modello consensualistico, del tutto sganciato da logiche costrittive¹², e la stessa cosa, peraltro, è accaduta per l'induzione¹³.

Al poco coraggio dimostrato dal legislatore nella riformulazione della violenza sessuale ha, in definitiva, supplito negli anni la giurisprudenza. Se, tuttavia, le motivazioni che hanno animato una simile operazione ermeneutica sono nobilmente proiettate a garantire una maggiore tutela della vittima e ad un'affermazione piena del bene giuridico della libertà sessuale, nello stesso tempo, la forzatura del dato normativo che ne è seguita pone inevitabili problemi di compatibilità con il fondamentale principio di legalità¹⁴. Lo scarto tra *Law in the books* e *Law in action* è, infatti, uno dei più evidenti presenti nel nostro diritto penale.

La seconda modalità costrittiva, costituita dalla minaccia o violenza morale, ha di mira la vittima che non dovesse acconsentire agli atti sessuali. A differenza di altri ordinamenti, come quello tedesco, in cui il legislatore ha specificato che la minaccia deve tradursi nella prospettazione di un male legato all'integrità fisica della vittima¹⁵, nella nostra legislazione essa assume un signi-

giudici di merito a recepire gli insegnamenti della Corte di cassazione, confermata anche di recente da App. Milano, 23 giugno 2024. V. anche App. Torino, Sez. IV, 31 marzo 2022, n. 2277, in *www.sistemapenale.it*, 22 luglio 2022, con nota di BIAGGIONI, *La difficile posizione della vittima di violenza sessuale: l'insostenibile confronto con il pregiudizio sulla scarsa attendibilità della persona offesa e lo stereotipo dello stupratore modello*, che hanno assolto un ex sindacalista Cisl, accusato di violenza sessuale da un'hostess che si era rivolta a lui per una vertenza sindacale, considerato che la donna aveva impiegato 20 secondi prima di reagire, ritenuti troppi per considerare presente un dissenso.

¹² A titolo esemplificativo, Cass., Sez. III, 29 gennaio 2015, n. 21452.

¹³ Per una descrizione puntuale del percorso, MAUGERI, *I reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*, Pisa, 2021, 101 ss.; FLORA, *La tutela della libertà personale e i tormenti di Cupido nell'era postmoderna*, in *La tutela della persona. Dignità, salute, scelte di libertà*, a cura di De Francesco-Gargani-Notaro-Vallini, Torino, 2019, 21 s.; CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., 195 ss. 423 ss., che ben evidenzia come dopo il processo di dematerializzazione della violenza si siano, in realtà, affermate due fasi del modello consensualista: la prima facente leva sul dissenso e la seconda sul consenso affermativo.

¹⁴ Su questo processo graduale, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I. I delitti contro la persona*, cit., 440 s.; PALUMBIERI, *Introduzione (ai reati contro la libertà sessuale)*, in *I reati contro la persona*, cit., 6 s.; VALSECCHI, *Delitti contro l'inviolabilità della libertà sessuale: prostituzione e pornografia minorile, violenza sessuale*, in *Reati contro la persona*, a cura di Viganò, Torino, 2022, p. 406; MAUGERI, *I reati sessualmente connotati*, cit., 100. Parla di "vocazione consensualista" della Massima Corte italiana, richiamando il contenuto di diverse sentenze, MACRI, *La violenza sessuale (art. 609-bis c.p.) nella giurisprudenza della Suprema Corte del 2015*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 1, 162 ss.; CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., 194 ss.

¹⁵ Si vedrà come, per questo motivo, il legislatore tedesco abbia previsto di recente anche una nuova ipo-

ficato più ampio, da intendere, al pari di altri settori dell'ordinamento, come generale prospettazione di un male futuro e ingiusto ai danni della vittima o anche di terzi¹⁶, sia nella forma esplicita che in quella implicita. Come in tutte le situazioni legate a questo tipo di condizionamento psichico¹⁷, è necessario, di volta in volta, accertare l'idoneità della minaccia a eliminare o ridurre sensibilmente nel soggetto passivo la capacità di autodeterminazione¹⁸, da valutare non sulla base di criteri astratti, ma in relazione alle condizioni di tempo, di luogo e fisiche dei soggetti coinvolti, e, più in generale, valorizzando ogni circostanza soggettiva e oggettiva del fatto¹⁹. È anche vero, però, che avendo la violenza assunto il significato ampio, già ricordato, le altre modalità esecutive di tipo costrittivo perdono un reale spazio di autonomia potendo già essere incluse nella prima²⁰.

1.2. *Segue. Il controverso significato dell'abuso d'autorità.* Ancora più problematica è apparsa la terza modalità esecutiva con cui può essere realizzata la violenza sessuale costrittiva, l'abuso di autorità. Il precedente normativo di questa forma di violenza sessuale è costituito dall'art. 520 c.p. sulla "Congiunzione carnale commessa con abuso della qualità del pubblico ufficiale", e dalla corrispettiva fattispecie, valida per gli "atti di libidine violenti", dell'art. 521 c.p., entrambi abrogati dalla L. 15 febbraio 1996, n. 66. Nell'art. 520 c.p. era detto espressamente che l'abuso della qualità dovesse riguardare il pubblico ufficiale che si congiungeva carnalmente con una persona arrestata o detenuta, di cui aveva la custodia per ragioni di ufficio o servizio o persona a lui affidata in esecuzione di un provvedimento dell'autorità competente. La disposi-

tesi di minaccia non limitata alle suddette caratteristiche.

¹⁶ Per una nozione di minaccia che vada bene per l'intero ordinamento giuridico, come prospettazione di un male ingiusto, si veda GATTA, *La minaccia: contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, 2013.

¹⁷ Basti pensare a quanto accade nel delitto di concussione.

¹⁸ Del resto, accade lo stesso anche per la violenza.

¹⁹ In questo senso, Cass., Sez. III, 26 marzo 2013, n. 14085; Cass., Sez. III, 7 luglio 2017, n. 33049.

²⁰ Segnala, tuttavia, come di recente la minaccia abbia riacquisito una certa vitalità nell'ambito del c.d. *sextortion*, CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., 204. In argomento cfr. LUBERTO, "Sex-torsion" via web ed estorsione a mezzo ransomware: la nuova frontiera del delitto di estorsione, in *Cybercrime*, diretto da Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Padova, 2023, 764 ss.

zione incriminatrice, peraltro, secondo una interpretazione diffusa²¹, trovava applicazione per la sola qualità del soggetto attivo, a prescindere da una reale costrizione della vittima²².

Con la riforma dei delitti sessuali, invece, il vigente articolo 609 *bis*, primo co. c.p. richiama solo l'abuso di autorità nei confronti di qualsiasi soggetto che lo subisce²³. Semmonché, il concetto di autorità è apparso subito controverso, non risultando chiaro se, nonostante l'avvenuta modifica, dovesse rimanere comunque ancorato al solo pubblico ufficiale o potesse essere esteso a qualsiasi posizione di superiorità, pure di natura privata.

Il nodo da sciogliere è stato affrontato anche dalle Sezioni unite, che, con la recente sentenza n. 27324 del 2021, hanno sposato la tesi estensiva²⁴. La diatriba presenta, peraltro, un'importante implicazione pratica qualora la vittima sia minorenni, dovendosi in questo caso distinguere tra il reato di violenza sessuale con abuso di autorità e quello meno grave previsto dal punto 2) dell'art. 609 *quater* c.p. di atti sessuali con minorenni, introdotto nel 2006, relativo al rapporto tra un ultrasedicenne e il soggetto a lui legato da rapporto parentale o tutorio, che abusi del suo potere²⁵. In diverse sentenze, infatti, l'applicazione delle due fattispecie è fatta dipendere proprio dalla natura pubblicistica o meno della posizione ricoperta dal soggetto attivo. Il caso di

²¹ Cass., Sez. III, 27 ottobre 1981, n. 1347, Rv. 152136; Cass., Sez. III, 8 maggio 1987, n. 7406, Rv. 176179; Cass., Sez. III, 28 gennaio 1986, n. 2909, Rv. 175293; Cass., Sez. III, 18 dicembre 2003, n. 5321, Rv. 227440.

²² Per garantire la rilevanza penale del comportamento bastava quindi la prova del nesso occasionale tra la posizione di pubblico ufficiale e l'atto sessuale, sia se il soggetto passivo fosse consenziente sia se fosse stato indotto o costretto alla prestazione. Si aveva, pertanto, una presunzione di violenza sessuale nei confronti della persona detenuta.

²³ La nuova norma, infatti, non contiene più né il riferimento al pubblico ufficiale né la specifica elencazione dei soggetti passivi.

²⁴ Cass., Sez. un., 16 luglio 2020, n. 27326. Sul punto sia consentito il rinvio a COLLICA, *Abuso di autorità nella violenza sessuale: le Sezioni Unite sposano l'interpretazione estensiva*, in *Giur. it.*, 2021, 688 ss. Tra gli altri, v. FINOCCHIARO, *Le Sezioni unite sul concetto di "abuso di autorità" nel delitto di violenza sessuale mediante costrizione*, in *www.sistemapenale.it*, 5 ottobre 2020; BRASCHI, *La violenza sessuale con abuso di autorità al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 46 ss.; ABUKAR HAYO, *L'abuso di autorità e l'abuso di poteri nei delitti di violenza sessuale*, in *Leg. pen. web.*, 28 gennaio 2021; PITTARO, *Le Sezioni Unite definiscono l'abuso di autorità nel reato di violenza sessuale*, in *Il penalista*, 2 novembre 2020; FERRATO, *Il concetto di abuso: l'arbitraria utilizzazione della qualifica autoritaria nella vita sessuale*, in *Arch. pen. web.*, 2021, 1.

²⁵ A seguito della L. n. 238 del 2021, in verità, le ipotesi con le quali dover effettuare il confronto sono aumentate, essendo state aggiunti nell'art. 609 *quater* c.p., non solo una serie di altre ipotesi affini, ma anche lo stesso abuso di autorità. V., *infra*, par. 2.

specie, al vaglio delle Sezioni unite, coinvolgeva peraltro proprio un minore. In particolare, il soggetto attivo era un insegnante privato di inglese, accusato di avere costretto due alunne a subire o compiere atti sessuali (toccamenti delle parti intime, baci sulla bocca, palpamenti), mediante abuso di autorità, durante le lezioni impartite loro in un garage. Dopo la contestazione del delitto di violenza sessuale, il fatto era stato qualificato dal giudice di primo grado come reato di atti sessuali con minorenne, e ciò sul rilievo della esclusione dell'insegnante privato dai soggetti che possono abusare dell'autorità nel senso richiesto dall'art. 609 *bis*, primo comma, c.p., che andrebbe dunque riferito alle sole posizioni di supremazia pubblicistica.

La Corte d'appello aveva, però, riformato parzialmente la sentenza di primo grado, riqualificando il delitto come violenza sessuale, *ex art. 609 bis* c.p., al pari dell'originaria contestazione, per di più aggravata ai sensi dell'art. 609 *ter* c.p., primo co., n. 1, allora corrispondente alla circostanza in cui i fatti sono compiuti in danno di un minore di anni quattordici²⁶, con un conseguente innalzamento del trattamento sanzionatorio²⁷.

Avverso la sentenza di secondo grado, la difesa aveva proposto ricorso per Cassazione, lamentando l'erronea applicazione della legge nella parte in cui la Corte d'appello non si era uniformata all'interpretazione restrittiva del giudice di prime cure, secondo la quale, come osservato, la violenza sessuale con abuso di autorità non può trovare applicazione qualora il soggetto attivo non rivesta «una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico», in mancanza della quale si deve semmai riconoscere il reato di atti sessuali con minorenne²⁸.

Preso atto dell'esistenza di due diversi orientamenti sulla natura da attribuire alla posizione autoritativa, la Cassazione ha deciso di rimettere la questione

²⁶ Con le modifiche apportate dalla L n. 69 del 2019, nota come “Codice rosso”, l'innalzamento della pena, prevista nel caso in cui la vittima abbia meno di quattordici anni, è stato spostato al comma 2 dell'art. 609 *ter* c.p. e ulteriormente aggravato con la pena della reclusione da nove a diciotto anni, anziché da sei a dodici anni originariamente prevista.

²⁷ Per un esame del differente piano sanzionatorio derivante dalle due diverse contestazioni, PITTARO, *Le Sezioni Unite definiscono l'abuso di autorità*, cit.

²⁸ Inoltre, la Corte d'appello non aveva confermato l'attenuante della minore gravità del fatto riconosciuta dal giudice di primo grado, sul rilievo che le vittime, per loro stessa ammissione, non avevano subito danni specifici, né avevano avuto bisogno di sostegno psicoterapeutico o fatto registrare problemi di rendimento scolastico dopo i fatti.

interpretativa alle Sezioni unite²⁹, che hanno formulato il principio di diritto sul tema in senso estensivo attraverso un percorso argomentativo articolato.

La sentenza prende le mosse dalla ricostruzione dei precedenti giurisprudenziali più rappresentativi dei due opposti indirizzi in materia. Nello specifico, l'orientamento c.d. tradizionale o restrittivo, richiedente il carattere pubblicistico e formale della posizione di autorità, di cui il soggetto agente abusa, ha trovato seguito, nell'immediatezza dell'entrata in vigore della riforma dei reati sessuali³⁰, sia pure in via incidentale, anche in un precedente autorevole delle stesse Sezioni unite nel 2000³¹ riguardante sempre un caso di atti sessuali posti in essere da un insegnante privato verso un minorenni. A sostegno della tesi restrittiva si era riportato un motivo di carattere storico: i giudici del tempo avevano infatti parlato di un "rapporto di filiazione" del nuovo delitto con la precedente norma e di una totale coincidenza delle due disposizioni incriminatrici, affermando che l'abuso di autorità, richiamato dall'art. 609 *bis*, primo co., c.p. debba ancora assumere una connotazione autoritativa di tipo formale e pubblicistico. Il caso di specie è stato perciò qualificato allora come delitto di atti sessuali con minorenni.

All'argomento storico se ne è aggiunto uno di carattere sistematico all'indomani dell'entrata in vigore della legge che ha introdotto il citato punto 2) dell'art. 609 *quater* c.p., implicante l'ipotesi di atti sessuali con minore ultrasedicenne, ma con abuso di poteri da parte di chi, per ragione di cura, educazione, istruzione, vigilanza o custodia, abbia l'affidamento del minore. In questo senso si è obiettato come l'estensione del concetto di abuso di auto-

²⁹ Cass., Sez. III, 4 ottobre 2019, n. 2888, in *www.sistemapenale.it*, 20 febbraio 2020, con nota di FINOCCHIARO, *L'abuso di autorità dell'insegnante privato tra violenza sessuale (art. 609-bis) e atti sessuali con minorenni (art. 609-quater): la parola alle Sezioni unite*. La sentenza ha posto il seguente interrogativo: «se, in tema di violenza sessuale, l'abuso di autorità di cui all'art. 609 *bis*, c.p., comma 1, presupponga nell'agente una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico o, invece, possa riferirsi anche a poteri di supremazia di natura privata di cui l'agente abusi per costringere il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali».

³⁰ In questo senso, Cass., Sez. III, 15 ottobre 1999, n. 860, Rv. 215599, in *Cass. pen.*, 2001, 1226, con nota di DE AMICIS, *Sull'ammissibilità del concorso fra i delitti di concussione e violenza sessuale con abuso di autorità*, relativa al caso di un ufficiale, comandante di un battaglione dell'esercito, che aveva strumentalizzato la sua posizione di preminenza nella gerarchia militare al fine di sottoporre ad atti sessuali i militari in servizio di leva alle sue dipendenze.

³¹ Cass., Sez. un., 31 maggio 2000, Bove, in *Cass. pen.*, 2001, 427, con nota di MARRA, *La nozione di sfruttamento del delitto di pornografia minorile e la "terza via" delle Sezioni Unite*.

rità, dell'art. 609 *bis* c.p., fino a comprendere poteri di tipo privatistico, renderebbe impossibile distinguerlo dalla nuova fattispecie di atti sessuali con minorenni, destinata, di conseguenza, per questa via, a rimanere priva di effetti. Per mantenere una differenziazione tra le due norme incriminatrici, in sostanza, l'unica via percorribile, secondo questo modo di vedere, sarebbe limitare la violenza sessuale ai casi di abuso di autorità di tipo pubblicistico e formale e riservare invece la fattispecie di atti sessuali con minorenni con abuso di poteri alle posizioni di supremazia di natura privatistica.

Tra le pronunce che si sono allineate alla prospettiva restrittiva è stata esclusa la posizione pubblicistica, e dunque il reato più grave, rispetto a diverse figure, come, ad esempio, il responsabile di un centro di accoglienza, quale ente ausiliario riconosciuto dalla regione ed iscritto nel Registro generale del volontariato³², il tutore³³, il medico curante che svolga la sua attività privatamente o *intra moenia*, o il datore di lavoro privato³⁴.

La sentenza delle Sezioni unite del 2021 ricorda, però, come nel tempo sia prevalsa una nozione estensiva di abuso di autorità, che può riferirsi anche a poteri derivanti da un rapporto privatistico. Nelle prime fasi, ciò è avvenuto timidamente, senza cioè una presa di posizione critica contro l'orientamento tradizionale, ma semplicemente con una presa di posizione volta a sostenere che l'abuso di autorità può riguardare anche una posizione di supremazia di natura privata, quale, tra l'altro, quella legata alla convivenza dell'imputato con la madre del minore, persona offesa del reato³⁵. Via via, invece, si sono avute manifestazioni sempre più esplicite di dissenso verso l'indirizzo restrittivo, con argomentazioni articolate. In diverse pronunce, per confermare la tesi estensiva, si è richiamato, ad esempio, l'art. 61 n. 11 c.p., il quale prevede, come circostanza aggravante comune, "l'abuso di autorità o di relazioni domestiche", che, pure riferendosi genericamente all'"autorità", è da sempre applicato pacificamente tanto in casi di abuso di autorità pubblica tanto in casi

³² Cass., Sez. III, 4 ottobre 2012, n. 47869, Rv. 253870, in *Cass. pen.*, 2013, 3996.

³³ Cass., Sez. III, 18 luglio 2012, n. 40848, non massimata.

³⁴ Cass., Sez. III, 24 marzo 2015, n. 16107, Rv. 263333, in *Cass. pen.*, 2015, 4476. Ma può aggiungersi anche Cass., Sez. III, 26 novembre 2014, n. 15443, che ha escluso il reato rispetto a una datrice di lavoro privata.

³⁵ In questo senso Cass., Sez. III, 8 aprile 2008, n. 2119, Rv. 242306, relativa all'autorità derivante dalla convivenza dell'imputato con la madre del minore, persona offesa del reato.

di abuso di autorità privata³⁶. Per converso, quando il legislatore ha voluto riferirsi esclusivamente a posizioni pubblicistiche lo ha indicato espressamente, come avviene nell'art. 608 c.p. sull'“abuso di autorità contro arrestati o detenuti”, o nello stesso previgente art. 520 c.p., entrambi menzionanti il pubblico ufficiale. Il fatto che il legislatore nel 1996 non abbia, invece, mantenuto la suddetta specificazione nell'art. 609 *bis* c.p., esprime, di conseguenza, l'intenzione di estendere l'ambito applicativo della norma incriminatrice a chiunque, abusando della propria autorità, pubblica o privata, costringa il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali. La disposizione in esame sarebbe, pertanto, configurabile indistintamente in caso di abuso di autorità pubbliche o private.

In questo stesso senso è stata valorizzata anche la diversità del bene giuridico tutelato dal nuovo reato di violenza sessuale. Il trasferimento dei delitti sessuali dal Titolo IX del Codice penale, dedicato ai “Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume”, al Titolo XII, sui “Delitti contro la persona”, e, più in particolare, tra quelli sulla libertà personale, contribuisce, cioè, a spezzare la prospettata continuità con la disciplina precedente e a far perdere la necessità di una rilevanza pubblicistica della posizione di autorità.

Per avallare la tesi estensiva, la giurisprudenza si è, inoltre, avvalsa di un elemento di carattere sistematico, elaborato in risposta all'obiezione mossa dai sostenitori dell'orientamento restrittivo che vedrebbe, come detto, annullati gli effetti del punto 2) dell'art. 609 *quater* c.p. qualora si dovesse seguire un'interpretazione lata dell'abuso di autorità della violenza sessuale. A distinguere le due fattispecie incriminatrici richiamate resterebbero, infatti, oltre alla diversità delle espressioni adoperate dal legislatore – si parla di “abuso di autorità” nell'art. 609 *bis*, primo co. c.p. e di “abuso di poteri” nell'art. 609 *quater* c.p. – anche una fondamentale componente di carattere ontologico. Mentre nell'abuso di autorità, al pari della minaccia e della violenza, l'atto sessuale è infatti il risultato di una “costrizione”, che implica l'annullamento o la grave compromissione della volontà della vittima, negli atti sessuali con mi-

³⁶ Cass., Sez. un., 16 luglio 2020, n. 27326, cit., richiamano le sentenze della Cass., Sez. III, 24 gennaio 2019, n. 23463, Rv. 275972; Cass., Sez. III, 4 marzo 2010, n. 14837, Rv. 246819, ma possono essere ricordate anche Cass., Sez. II, 4 novembre 2003, n. 45742 e Cass., Sez. III, 30 aprile 2014, n. 49990.

norenne, anche con “abuso dei poteri” del soggetto qualificato, la costrizione manca, per cui l’atto sessuale è consensuale, ancorché il consenso sia viziato³⁷. Negli anni l’accezione “aperta” del concetto di abuso di autorità ha trovato sempre più spazio in giurisprudenza³⁸, ed è stata condivisa, come ricordano gli stessi giudici, sia pure senza fare riferimenti specifici, anche dalla dottrina prevalente³⁹.

Una volta rappresentati i differenti indirizzi interpretativi affermatasi sulla nozione di abuso di autorità, le Sezioni unite si occupano di determinare la reale portata del concetto attraverso un ulteriore passaggio: la ricostruzione sistematica dei rapporti tra le varie ipotesi di violenza sessuale in cui l’abuso si colloca. L’ipotesi in esame viene così calata nel contesto normativo di riferimento, che ruota attorno alle due macro-modalità della violenza sessuale, per “costrizione”, di cui al primo comma dell’art. 609 *bis* c.p., e per “induzione”, caratterizzante, invece, il secondo comma dello stesso articolo. Spiegano ancora i giudici, facendo, tuttavia, prevalentemente leva sulla dimensione degli effetti, come solo nella costrizione l’incidenza sul processo formativo della volontà della persona offesa arrivi ad annullarne o a limitarne grandemente la capacità di azione e di reazione, mentre nell’induzione il soggetto agente persuade la vittima con mezzi più subdoli, portandola comunque a compiere o a sottostare ad atti sessuali che diversamente non avrebbe compiuto. E, ancora, mentre nella violenza sessuale per costrizione la capacità di autodeterminazione della persona offesa è così compromessa da impedirle ogni diversa opzione, nella induzione il soggetto agente “orienta il processo di formazione della volontà della vittima” conformemente alle sue intenzioni, evocandosi, in tal modo, l’idea di una coercizione psichica meno dirimpente della prima, ma parimenti efficace.

³⁷ Per tutte, Cass., Sez. III, 30 aprile 2014, n. 49990, Rv. 261594.

³⁸ In questo senso, Cass., Sez. III, 17 maggio 2016, n. 33049, Rv. 267402; Cass., Sez. III, 15 luglio 2017, n. 40301, Rv.; Cass., Sez. III, 18 marzo 2018, n. 21997, Rv. 273158; Cass., Sez. III, 19 gennaio 2018, n. 20712.

³⁹ Condividono l’accezione estensiva all’autorità di natura privata, tra gli altri, CADOPPI, *Commento all’art. 609 bis c.p.*, cit., 93 ss.; MUSACCHIO, *Il delitto, di violenza sessuale*, cit., 263; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, vol. II, cit. 338; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale*, vol. I, cit., p. 440 s; BALBI, *Violenza e abuso sessuale*, in *Diritto penale, Parte speciale, Tutela penale della persona*, cit., 291; SEMINARA, *I delitti contro la personalità sessuale*, in *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., 190.

Sarebbe dunque confermata, per questa via, l'interpretazione che si tende ad attribuire alla costrizione e all'induzione anche in altri reati che le contemplano, tra cui quelli dei pubblici ufficiali contro la P.A. e, in particolare, nei delitti di concussione e di induzione indebita⁴⁰. Più in generale, è utile inquadrare la costrizione e l'induzione come "condotte-evento", in quanto esprimono un effetto psichico coercitivo di eterodeterminazione della volontà altrui, ma, nello stesso tempo, suggeriscono specifiche modalità di realizzazione⁴¹. Ritornando all'art. 609 *bis* c.p., tuttavia, l'induzione all'atto sessuale, come anticipato, richiede alcuni elementi aggiuntivi, costituiti dall'"abuso delle condizioni di minorità psicofisica" della vittima ovvero dall'"inganno della persona offesa tramite sostituzione di persona"⁴².

Le Sezioni unite ricercano perciò il significato specifico dell'abuso di autorità nel suddetto ambito, ricordando pure come, a differenza della induzione, esso costituisca, pur sempre, una modalità costrittiva, che deve dunque compromettere la volontà altrui fino a non dare alla persona offesa alternative.

Vero ciò, diventa fondamentale una distinzione interna dell'abuso di autorità

⁴⁰ Per una distinzione tra le due fattispecie che cerca, però, di superare un criterio distintivo di tipo meramente quantitativo-soggettivo, basato sulla diversa intensità della pressione psicologica esercitata dal pubblico ufficiale sul privato, a vantaggio di un parametro oggettivo, relativo, rispettivamente, al danno ingiusto/vantaggio indebito che guida la decisione dell'*extraneus*, v. Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 12228, Maldera e altri, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 marzo 2014, con nota di GATTA, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e induzione indebita minaccia di un danno ingiusto vs prospettazione di un vantaggio indebito*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 546 ss., con note di SEMINARA, *Concussione e induzione indebita al vaglio delle Sezioni Unite*, 563 ss. e di PISA, *Una sentenza equilibrata per un problema complesso*, 568 ss.; BALBI, *Sulle differenze tra i delitti di concussione e di induzione indebita a dare o promettere utilità. Alcune osservazioni in margine a Cass., Sezioni Unite, 24 ottobre 2013*, in *Dir. pen. cont.*, 16 settembre 2014; BARTOLI, *Le Sezioni unite tracciano i confini tra concussione, induzione e corruzione*, in *Giur. it.*, 2014, 568 ss.; DONINI, *Il corr(ero) indotto tra passato e futuro*, in *Cass. pen.*, 2014, 1482 ss.; PIVA, *Alla ricerca dell'induzione perduta: le Sezioni Unite tentano una soluzione*, *Dir. pen. cont.*, 2, 2014, 231 ss.; SESSA, *Concussione e induzione indebita: il formante giurisprudenziale tra legalità in the books e critica dottrinale*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2015, 241 ss.; VALENTINI, *Le Sezioni Unite e la politica giudiziaria delle dimensioni parallele*, in *Arch. pen.*, 2014, 2, 1 ss.; GIOIA, *Il criterio di distinzione tra concussione e induzione indebita alla prova delle ipotesi di thoffer (minaccia/offerta)*, in *Dir. pen. cont.*, 12 giugno 2014; GAMBARDELLA, *La massima provvisoria delle Sezioni unite Maldera: le possibili conseguenze intertemporali*, in *Arch. pen web.*, 2013, 1 ss. Sia consentito anche il rinvio a COLLICA, *La tenuta della sentenza Maldera, tra conferme e nuovi disorientamenti*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2017, 195 ss.

⁴¹ Sul punto, PIVA, *Premesse ad un'indagine sull'"induzione" come forma di concorso e "condotta-evento" del reato*, Napoli, 2013, 76 ss.

⁴² In realtà la rilevanza dell'induzione in combinazione con ulteriori modalità comportamentali (spesso l'abuso o l'inganno) è frequente nel Codice penale.

rispetto alle altre condotte costrittive, ma anche una delimitazione esterna rispetto all'induzione prevista dal secondo comma. Sotto il primo profilo, il *discrimen* con la violenza è più immediato qualora la si continui a interpretare nel suo senso originario, implicante l'impiego della forza e dell'energia fisica che agisce sull'offeso, in quanto si tratta di una caratteristica oggettiva mancante in tutte le altre modalità esecutive del reato indicate nell'art. 609 *bis* c.p. Tuttavia, con l'affermarsi nel tempo di una lettura estensiva della violenza, in termini di "impiego di ogni altro mezzo idoneo a coartare la volontà della vittima", la differenza con l'abuso di autorità ha finito per ridursi, potendo quest'ultimo apparire uno dei tanti strumenti con cui la violenza può essere realizzata.

Ma è soprattutto rispetto alla minaccia che la distinzione con l'abuso di autorità si presenta solitamente più problematica, tanto che sono in molti a ritenere come l'abuso non sia un *tertium genus* rispetto alla violenza e alla minaccia, ma una specie della seconda. Il richiamo esplicito del legislatore all'abuso di autorità varrebbe, in definitiva, solo a eliminare possibili dubbi circa l'ammissibilità della sua rilevanza⁴³. Le Sezioni unite si sforzano, comunque, di individuarne un elemento distintivo specifico, precisando che, a differenza della minaccia - da intendersi quale prospettazione di un danno ingiusto e futuro, determinante una "efficacia intimidatoria diretta sul soggetto passivo" - la coartazione derivante dall'abuso di autorità «trae origine dal particolare contesto relazionale di soggezione tra autore e vittima del reato, generato dal ruolo autoritativo del primo, creando le condizioni per cui alla seconda non residuano valide alternative di scelta rispetto al compimento o all'accettazione dell'atto sessuale». I giudici rilevano, in questo caso, la produzione di una «condizione di sudditanza materiale o psicologica, ma non psichica, e quindi di origine patologica in senso stretto», che evoca, sin d'ora, l'importanza attribuita agli effetti coercitivi generati dalla posizione di supremazia sulla vittima. Si intuisce, perciò, sin dai suddetti rilievi che gli effetti prodotti sulla persona

⁴³ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., 181. Parla dell'abuso come di una ipotesi particolare di violenza morale, riconducibile al concetto di minaccia anche NAPPI, *Commento alle nuove norme contro la violenza sessuale*, in *Giust. pen.*, 1996, 8, 2 ss.; analogamente ABUKAR HAYO, *Abuso di autorità*, cit., 7, aggiunge a riguardo che «pare doversi escludere che possa avere efficacia costrittiva, se non si manifesta in una delle due forme, di violenza o di minaccia».

offesa non sono in realtà diversi se l'autorità di cui si abusa sia pubblica o privata⁴⁴. Su queste basi la sentenza conferma, perciò, la tesi estensiva della nozione di abuso di autorità, recependo le argomentazioni contenute nei già richiamati precedenti giurisprudenziali che hanno avvertito nel tempo la tesi tradizionale, ma anche arricchendole di ulteriori osservazioni.

Il primo riferimento è al menzionato “dato storico”. Tuttavia, se le Sezioni unite nel 2000 lo avevano utilizzato, come osservato, per sostenere la piena coincidenza dell'abuso di autorità dell'art. 609 *bis* c.p., con l'abuso delle qualità di pubblico ufficiale, previsto dal previgente art. 520 c.p., questa volta il criterio è stato impiegato per ribaltare le citate conclusioni a favore di un totale scollegamento della nuova disciplina dalla precedente. Prova ne siano, da un lato, il trasferimento della violenza sessuale dal titolo originariamente previsto dei “reati contro la moralità pubblica e il buon costume” a quello della “libertà personale” e, dall'altro lato, il mancato riferimento al pubblico ufficiale nel nuovo testo normativo, entrambi da leggere come volontà del legislatore della riforma di ampliare la rilevanza penale del reato in funzione dell'esigenza di una maggior tutela della capacità di autodeterminazione della vittima. L'adozione di un modello estensivo di autorità rappresenta allora l'epilogo di una disciplina che si vuole pronta ad intervenire di fronte ad ogni forma di prevaricazione con cui la violenza sessuale può essere realizzata. Il criterio storico vale, in sostanza, a confermare, anziché ad escludere, l'approccio estensivo. Si abbandona così un'impostazione pubblicistica e autoritaria della fattispecie, ormai superata sul piano etico-sociale già al momento della riforma.

Decisivo è pure il “dato sistematico”, basato su un raffronto con altre fattispecie. Le Sezioni unite confermano che quando il legislatore ha inteso fare riferimento in via esclusiva al pubblico ufficiale lo ha fatto richiamandolo espressamente; emblematico in questo senso è il già citato articolo 608 c.p. Diversamente, in altri casi in cui il testo normativo fa un generico riferimento all'autorità si è affermata pacificamente una interpretazione estensiva, volta a

⁴⁴ Si pensi ai casi menzionati del rapporto tra un medico che svolge la propria attività in una struttura pubblica o *intra moenia* rispetto al paziente, o a quello tra un insegnante di una scuola pubblica o di una scuola privata rispetto all'allievo. È evidente che si tratti di situazioni del tutto equivalenti sul piano degli effetti che ne possono derivare.

punire ogni strumentalizzazione di rapporti, anche di diritto privato. Accade così nel menzionato art. 61, n. 11 c.p., riguardante la circostanza aggravante comune di chi commette un reato “con abuso di autorità” o di “relazioni domestiche”, ma anche nell’abrogato art. 671 c.p., sull’impiego di minori nell’accontonaggio, e nel suo sostitutivo art. 600 *octies*, primo co. c.p., come pure negli artt. 571, sull’abuso dei mezzi di correzione, 600, relativo alla riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù, e 601 c.p. sulla tratta di persone. Un secondo rilievo di ordine sistematico, è poi legato al controverso rapporto tra la norma in esame e il punto 2) dell’articolo 609 *quater* c.p. Ebbene, la sentenza in esame nega, al pari di alcuni precedenti, che un’interpretazione lata dell’abuso di autorità condanni l’ipotesi meno grave all’inefficacia. In quanto permangono differenze fondamentali tra le due fattispecie. Innanzitutto, il diverso tenore letterale utilizzato nelle due disposizioni incriminatrici, già ricordato, posto che il reato di atti sessuali con minorenni fa riferimento all’“abuso di poteri”, mentre il delitto di violenza sessuale all’“abuso di autorità”. Si tratta di concetti che la giurisprudenza ha a volte ricostruito peculiarmente, interpretando il primo come una strumentalizzazione della “dimensione oggettiva-funzionale dei poteri”, legati alla posizione, e il secondo come strumentalizzazione della “dimensione soggettiva dell’autorità”⁴⁵, anche se, a onore del vero, contrariamente a quanto avviene in altri settori, nell’ambito dei delitti sessuali si tende spesso a sovrapporli. Ma, soprattutto, resta il fondamentale divario di carattere ontologico, dato che nell’abuso di autorità, al pari della minaccia o della violenza, l’atto sessuale è il risultato di una “costrizione”, mentre negli atti sessuali con minorenni, anche con abuso dei poteri, una costrizione deve mancare essendo l’atto sessuale consensuale, ancorché il consenso sia viziato (prova ne sia la clausola di riserva con cui si apre il delitto, che trova spazio solo “al di fuori delle ipotesi previste nell’articolo 609-*bis*”). Non a caso il bene giuridico tutelato nel comma richiamato dell’art. 609 *quater* c.p. non è la libertà di autodeterminazione sessuale del minore, ma la sua integrità fisio-psichica, affinché possa esserne salvaguardato il suo sano sviluppo. Se, perciò, il minore di anni quattordici è di per sé privo della necessaria maturità sessuale, l’infra diciottenne è invece già maturo sul piano sessuale,

⁴⁵ Cass., Sez. III, 8 marzo 2016, n. 33042, Rv. 26745.

ma a rischio di suggestione qualora sia legato al soggetto agente da un rapporto qualificato nei termini indicati nel delitto⁴⁶. Su queste premesse si conferma la validità della tesi che estende l'abuso di autorità dell'art. 609 *bis* c.p. pure a posizioni di preminenza di natura privata.

I giudici si soffermano, a questo punto, su un secondo interrogativo, relativo alla possibilità che le posizioni di autorità siano acquisite non solo dalla legge, ma anche di fatto. E qui la conclusione ulteriormente estensiva, proposta dalle Sezioni unite, è presentata come un "corollario naturale" del percorso argomentativo prima seguito. Gli stessi rilievi proposti per avallare l'ammissibilità di forme di autorità privata, in altri termini, portano ad un ampliamento naturale delle posizioni di supremazia assunte anche di fatto. Si tratta infatti di un esito ermeneutico coerente con la menzionata *ratio* della L. n. 96 del 1996 volta a rafforzare la tutela della vittima davanti a tutti i casi di costrizione ambientale o relazionale. Le Sezioni unite riportano l'esempio delle situazioni legate ai rapporti di lavoro dipendente (anche irregolare), ovvero a posizioni di supremazia riscontrabili in ambito sportivo, religioso, professionale o all'interno di determinate comunità, associazioni o gruppi di individui, sui quali, peraltro, non mancano da tempo specifici precedenti giurisprudenziali⁴⁷. È evidente, pertanto, che una lettura restrittiva su questo aspetto, oltre a frustrare gli obiettivi della riforma, appare del tutto irragionevole. I potenziali effetti provocati sulla vittima dall'autorità, di qualunque forma essa sia, e in qualunque modo sia acquisita sono infatti per la persona che li subisce del tutto identici. Le preoccupazioni di quanti lamentano che la perdita di una dimensione pubblicistica della posizione di supremazia fino a ricomprendere mere situazioni di fatto comporti il rischio di un'eccessiva evanescenza della norma, incompatibile con i requisiti della certezza e riconoscibili-

⁴⁶ Come osservato, il legislatore distingue rispetto a questa fascia d'età due situazioni: quella in cui il minore ha un'età compresa tra i quattordici anni e i non ancora sedici anni e quella in cui ha un'età compresa tra i sedici anni e i non ancora diciotto anni, prevedendo, nel primo caso, la rilevanza penale di per sé degli atti sessuali con i soggetti qualificati indicati nella norma, mentre subordina la punibilità del secondo caso all'abuso dei poteri da parte degli stessi soggetti.

⁴⁷ Si riferisce al datore di lavoro verso la lavoratrice Cass., Sez. III, 30 aprile 2014, n. 49990, cit.; ad un istruttore di arti marziali nei confronti di allievi minori, Cass., Sez. III, 10 aprile 2013, n. 37135; al convivente della madre del minore Cass., Sez. III, 3 dicembre 2008, n. 2119; ad un cappellano del carcere verso i detenuti, Cass., Sez. III, 17 maggio 2016, n. 33049; ad un parroco della Scuola Salesiana rispetto ai ragazzi che frequentavano l'oratorio, Cass., Sez. III, 11 settembre 2018, n. 40301.

tà del sistema penale vengono così di fatto superate di fronte all'esigenza di equità di trattamento⁴⁸.

Dopo avere esteso il potenziale campo di operatività della fattispecie incriminatrice nel senso indicato, le stesse Sezioni unite si preoccupano, tuttavia, di precisare come, ai fini dell'applicazione della violenza con abuso di autorità, sia necessario in ogni caso dimostrare inequivocabilmente, in sequenza: l'esistenza oggettiva del rapporto autoritario, l'arbitraria utilizzazione della posizione e il collegamento tra abuso di autorità e le conseguenze costrittive sulla capacità di autodeterminazione della persona offesa, che deve risultare gravemente pregiudicata. In definitiva, non è possibile presumere l'esistenza dell'abuso dalla sola posizione autoritativa del soggetto agente rispetto alla vittima⁴⁹, nemmeno in casi di autorità di tipo pubblicistico, ma, al contrario, occorre una sua dimostrazione puntuale, finalizzata alla costrizione del soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali e, di conseguenza, la prova della sua idoneità al menzionato scopo.

In particolare, la collocazione dell'abuso di autorità tra le ipotesi costrittive porta i giudici ad affermare che le modalità esecutive con cui la strumentalizzazione avviene devono essere tali da innescare un vero e proprio "stato di sudditanza" psicologica e ciò – si conclude – può avvenire indipendentemente dalle caratteristiche formali della posizione autoritativa. Tanto è vero che le Sezioni unite riconoscono il reato *de quo* pure nel caso in cui la posizione di preminenza dell'agente sia venuta meno sul piano formale, sempre che

⁴⁸Così, tra gli altri, BALBI, *Violenza e abuso sessuale*, in *Diritto penale, Parte speciale*, vol. I, cit., 291, per il quale sarebbe più confacente legare il concetto di autorità al paradigma dei "poteri giuridicamente fondati", tesi che, come meglio si vedrà, avrà un'eco nella proposta di riforma dell'AIPDP. Critica sotto questo profilo la sentenza delle Sezioni unite, ritenendo che affidi «l'individuazione del perimetro operativo della fattispecie a elementi inafferrabili e comunque dotati di scarsa verificabilità generale», BRASCHI, *La violenza sessuale con abuso di autorità*, cit., 45 s.

⁴⁹In precedenti pronunce sulla violenza sessuale, tra le quali Cass., Sez. III, 22 maggio 2012, n. 36595, Rv. 253389, la Cassazione ha pure precisato che «l'abuso di autorità consiste nella strumentalizzazione del proprio potere, realizzato attraverso una subordinazione psicologica tale per cui la vittima viene costretta al rapporto sessuale, risolvendosi, pertanto, in una vera e propria costrizione che non può essere desunta, in via meramente presuntiva, sulla base della posizione autoritativa ricoperta dal soggetto agente». Analogamente, saltando di piano, nel noto caso Ruby Berlusconi – sul quale Cass., Sez. VI, 28 maggio 2015, in www.penalecontemporaneo.it, 24 giugno 2015, con nota di GATTA, *La sentenza della Cassazione sul caso Berlusconi-Ruby: tra morale e diritto*, in relazione al delitto di concussione – è stato precisato che neppure la minaccia possa presumersi sulla base della sola sproporzione tra le parti coinvolte, pena il riconoscimento del delitto per ogni richiesta del pubblico ufficiale.

permanga di fatto una condizione di “soggezione psicologica” nella vittima a seguito dell’autorità precedentemente esercitata dal soggetto attivo⁵⁰, come pure nei casi di “relazione di dipendenza indiretta” tra autore e persona offesa, allorché il primo, abusando della sua posizione di preminenza, concorre con un terzo che compie l’atto sessuale non voluto dalla vittima. In altre parole, appare decisiva a tale fine non tanto la natura della qualifica soggettiva rivestita dall’agente, quanto la condotta con cui egli attua la strumentalizzazione della sua posizione di supremazia⁵¹.

Va da sé che, mentre in passato, proprio la dimensione pubblicistica del bene giuridico tutelato poteva giustificare una sorta di presunzione assoluta di violenza sessuale a carico del pubblico ufficiale che si fosse congiunto carnalmente con una persona sottoposta alla sua autorità, oggi il bene della libertà personale legittima un’indagine personalistica caso per caso. Il reato di cui all’art. 609 *bis*, primo co. c.p. perciò non si consuma in presenza della mera posizione autoritativa del soggetto agente, ma richiede l’effettivo abuso della stessa ovvero la sua strumentalizzazione, attraverso quella che in alcune sentenze⁵² è stata definita anche una “subordinazione psicologica” tale da “costringere” comunque la persona al rapporto sessuale, e ciò indipendentemente dalle caratteristiche dell’autorità.

1.2.1. *Segue. Il confronto con le nuove ipotesi di atti sessuali con minorenne.*

Sulla base dei rilievi sin qui espressi, la sentenza delle Sezioni unite sull’abuso di autorità può annoverarsi, più in generale, in quell’orientamento giurisprudenziale che si sforza di verificare le fattispecie con coazioni psichiche, tradizionalmente problematiche sul piano dell’accertamento empirico e probatorio, attraverso una valorizzazione degli elementi oggettivi e soggettivi presenti

⁵⁰ *Contra*, invece, individuando in questo caso il paradigma induttivo, BRASCHI, *La violenza sessuale con abuso di autorità*, cit., 52.

⁵¹ Così anche FINOCCHIARO, *Le Sezioni unite*, cit., par. 6., evidenziando che il reato rimane anche per questo comune. La tesi restrittiva finiva per comportare delle conseguenze paradossali. Si pensi al caso emblematico in cui in relazione all’attività del medico si dovrebbe distinguere persino, a secondo se sia esercitata in una struttura pubblica o privata o *intra moenia*, mentre è chiaro che per la persona offesa un simile particolare sia del tutto irrilevante.

⁵² Cass., Sez. III, 21 settembre 2012, n. 36595, Rv. 253389, relativa ad un ispettore della polizia che aveva costretto ad un rapporto orale un trattenuto presso il Cie.

nella dinamica fattuale. Si tratta di pronunce che sollecitano una ricostruzione rigorosa della condotta costringitiva, suggerendo pure l'*iter* da seguire in questo tipo di indagine, che si conferma necessariamente di tipo casistico⁵³. Giova, a tale proposito, sottolineare come in questi casi l'approfondimento delle circostanze oggettive che hanno caratterizzato il fatto nel caso di specie debba risultare preliminare rispetto a ogni altra verifica.

Certamente, però, quando si passa dal piano delle categorie astratte a quello dell'indagine probatoria l'individuazione e la differenziazione delle diverse ipotesi di coercizione psichica non si presenta facile, soprattutto allorché il legislatore moltiplichi le ipotesi criminose riconducibili ad uno stesso fenomeno, riducendo al minimo gli elementi di distinzione. In questo caso lo è ancora di più dopo che, con la L. n. 238 del 2021, successiva all'esaminato intervento delle Sezioni unite sul concetto di abuso di autorità, è stato previsto un nuovo innesto nel reato di atti sessuali con minorenne, in adempimento degli obblighi derivanti dalla Legge europea 2019-2020. È stata infatti introdotta nell'art. 609 *quater* c.p. la condotta di chi, fuori dai casi previsti dai commi precedenti, «compie atti sessuali con minore che ha compiuto gli anni quattordici, abusando della *fiducia* riscossa presso il minore o dell'*autorità* o dell'*influenza* esercitata sullo stesso in ragione della propria qualità o dell'ufficio ricoperto o delle relazioni familiari, domestiche, lavorative, di coabitazione o di ospitalità»⁵⁴. Ne deriva una fattispecie residuale che copre ogni altra ipotesi di atti sessuali con minore, al fine di garantirne una tutela piena dell'intangibilità sessuale. In questo caso, diventano penalmente rilevanti gli atti sessuali anche con minori, che pur hanno compiuto i quattordici anni, se in presenza di “abuso della fiducia” o “abuso di influenza” nonché

⁵³ Un altro esempio analogo è rappresentato dalla citata sentenza Maldera delle Sezioni unite sui criteri di distinzione tra concussione e induzione indebita. Sia consentito, ancora una volta, il rinvio su questo aspetto a COLLICA, *La tenuta della sentenza Maldera*, cit., 216 ss.

⁵⁴ Corsivo aggiunto. Il legislatore ha dato così attuazione alla previsione di cui all'art. 3 paragrafo 5 lett. i) della Direttiva, che impone agli Stati membri di punire chiunque compia atti sessuali con un minore e a tal fine abusi di una posizione riconosciuta di fiducia, autorità o influenza sul minore. Per una sintesi delle novità complessive previste dalla legge, COSTANTINI, *Le modifiche al codice penale introdotte dalla L. 238/2021 (c.d. legge europea) in materia di contrasto allo sfruttamento sessuale dei minori e alla pedopornografia*, in www.sistemapenale.it, 24 marzo 2022; CAROLI, *Quando guardare è un reato. Accesso intenzionale a materiale pedopornografico e novità normative in materia di reati sessuali nei confronti di minori*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 973 ss.

dell'“abuso di autorità” da parte del soggetto agente.

Quanto al primo requisito, esiste, in realtà, un precedente normativo in cui è già richiamata la fiducia, costituito dal delitto di adescamento di minorenni, di cui all'art. 609 *undecies* c.p., che punisce qualsiasi atto volto, appunto, a carpire la fiducia del minore attraverso artifici, lusinghe o minacce e finalizzato alla commissione di una serie di delitti indicati nella stessa norma⁵⁵.

Del tutto inedito è invece l'“abuso dell'influenza”, delimitato dal riferimento alla qualità o all'ufficio ricoperto dal soggetto agente o alle relazioni familiari, domestiche, lavorative, di coabitazione o di ospitalità. Non mancano, tuttavia, precedenti giurisprudenziali in cui l'espressione è stata usata per confermare l'applicazione dell'art. 609 *quater*, c.p. in relazione all'abuso di potere già previsto al punto 2), qualora finisca per influenzare la volontà del minore, in modo tale che il consenso di questo, sia pure esistente, debba tuttavia ritenersi viziato. Si tratta pertanto di situazioni simili.

Significativo è anche il nuovo riferimento all'“abuso di autorità”. A questo punto, infatti, la citata interpretazione, fin qui prevalsa, tendente a considerare tale concetto quasi equivalente all'abuso di potere, che compare nel punto 2) dell'art. 609 *quater* c.p., potrebbe dover essere rivista. Una volta, cioè, che ritroviamo nella stessa fattispecie (l'art. 609 *quater* c.p.) sia l'abuso di potere che l'abuso di autorità, una loro differenziazione si rende necessaria, anche se in un'ottica di riforma sarebbe più opportuno semplificare le attuali differenziazioni, dovute più ad innesti distanziati nel tempo, che a reali esigenze di diversificazione. Tra l'altro, anche l'orientamento giurisprudenziale, maturato attorno alla distinzione tra abuso di qualità e abuso dei poteri richiamata nella concussione, in base al quale il primo vale come “una strumentalizzazione della dimensione soggettiva dell'autorità” e il secondo come una “strumentalizzazione della dimensione oggettivo-funzionale dei poteri legati alla posizione”, non si adatta al nostro caso⁵⁶. L'abuso dell'autorità è infatti più simile

⁵⁵ Ritiene che nell'art. 609 *quater* c.p. assuma una portata più ampia rispetto al delitto di adescamento, evocando un rapporto di fiducia già esistente col minore, e del quale si abusa, COSTANTINI, *Le modifiche al codice penale*, cit.

⁵⁶ Così, di recente, Cass., Sez. III, 1° marzo 2023, n. 8735, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 4, 500, con nota di ROCCHI, *Il consenso del minore ultra-sedicenne non esclude il reato di atti sessuali se il maggiorenne abusa dei suoi poteri*. Nel caso di specie, la Cassazione ha confermato la condanna per atti sessuali con minorenni nonostante l'imputato, il compagno della madre di una diciassettenne, avesse provato a di-

all'abuso dei poteri, con la peculiarità che in questo caso il soggetto strumentalizza i poteri tipici legati alla posizione del rapporto autoritativo, o meglio fa un uso distorto o deviato della posizione di autorità.

Ricordando, poi, l'interpretazione di abuso di autorità fornita di recente dalle Sezioni unite in relazione all'art. 609 *bis* c.p., può aggiungersi che l'accezione ampia, comprensiva della strumentalizzazione di "una posizione di preminenza, anche di fatto e di natura privata", può valere, a maggior ragione, pure per l'art. 609 *quater* c.p., essendo coinvolto un minore. In quest'ultimo caso, tuttavia, l'abuso deve essere esercitato in modo tale da non annullare il consenso del minore. È possibile ritenere, pertanto, che nel delitto di atti sessuali con minorenni l'abuso di autorità venga perpetrato con modalità persuasive o suggestive e non coercitive, con le quali il minore viene convinto all'atto sessuale, tanto che residua in lui una volontà all'atto sessuale, sia pure viziata. Uno spazio di reale autonomia della nuova ipotesi dell'art. 609 *quater* c.p. va dunque a fatica ricercato tra i distinguo imposti dalle diverse disposizioni incriminatrici fin qui richiamate⁵⁷; ecco perché si ribadisce l'auspicio di una loro futura semplificazione.

Si conferma, per questa via, quanto prima accennato circa la possibilità che il mero abuso di autorità possa, in astratto, essere attuato nella realtà sia con modalità coercitive che induttive⁵⁸. Anzi, in molti, analizzando l'ipotesi della violenza sessuale, hanno sottolineato che una forma induttiva dell'abuso di autorità, non solo sia possibile, ma è anche quella più frequente⁵⁹. In altri termini, la peculiarità di questa forma di abuso è data dal solo legame a mon-

mostrare che tra i due ci fosse una vera e propria relazione d'amore con inesistenza di un abuso delle funzioni para-genitoriali e della conseguente sudditanza. La Cassazione ha invece parlato di "relazione torbida" e ritenuto che l'agente avesse ottenuto il consenso della minore mediante l'uso distorto dei poteri di direttiva e di comando commessi alla posizione di supremazia esercitata. L'abuso di poteri era quindi lo strumento con cui compiere gli atti sessuali approfittando dello stato di soggezione che derivava dall'affidamento, e cioè il mezzo per rendere la vittima più vulnerabile e influenzarne la volontà, in modo che il suo eventuale consenso risulti viziato.

⁵⁷ Lo evidenzia CAROLI, *Quando guardare è un reato*, cit., 975.

⁵⁸ Basti ricordare che la violenza è male in sé, mentre la minaccia è prospettiva futura di un male.

⁵⁹ Critica per tali motivi la scelta legislativa del 1996 di aver inserito l'abuso di autorità nel novero delle modalità coercitive di perpetrazione della violenza sessuale, MACRI, *La violenza sessuale (art. 609 bis c.p.)*, cit., 169. Ritiene invece che il legislatore abbia per errore utilizzato il termine "costrizione" da doversi intendere perciò come "induzione", MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale. I delitti contro la persona*, cit., 438.

te col carattere asimmetrico del rapporto tra il soggetto attivo e la persona offesa, strumentalizzato in modo tale da costringere o indurre la vittima all'atto sessuale⁶⁰. Similmente, nei delitti contro la pubblica amministrazione l'abuso della qualità o dei poteri può essere sia costrittivo che induttivo portando alla configurazione rispettivamente delle due distinte ipotesi di concussione e di induzione indebita, rispetto alle quali si è soliti affermare, che nella prima l'abuso costrittivo è subito dalla vittima, mentre nella seconda l'abuso è alla fine accettato dall'*extraneus* in cambio di un vantaggio ricavabile dalla situazione illecita. Trasferendo, allora, analoghe considerazioni nel nostro caso può affermarsi che nell'abuso di autorità costrittivo la sopraffazione è subita dalla vittima (nel qual caso art. 609 *bis* c.p.) mentre nell'abuso induttivo la stessa è alla fine accettata. Stando, però, alla disciplina vigente, l'atto sessuale ottenuto con l'abuso di autorità induttivo rileva penalmente solo quando la vittima è un minore, anche se ha già quattordici anni (nel qual caso art. 609 *quater* c.p.). Diversamente, l'induzione di un adulto all'atto sessuale con abuso di autorità non è punita. Tuttavia, situazioni di particolare vulnerabilità della vittima, anche adulta, possono rilevare tramite la violenza sessuale attraverso l'ipotesi dell'abuso delle condizioni di minorità psico-fisica, a prescindere dal ruolo rivestito dal soggetto agente.

La complicazione dell'accertamento delle differenti situazioni fin qui richiamate, a ben vedere, è accentuata dall'attuale formulazione di questo tipo di reati, che trascura le peculiari modalità oggettive della condotta finendo per essere interpretati prevalentemente in chiave di effetto prodotto, con una complessa valutazione di tipo dosimetrico. Anzi, come osservato, è dagli effetti provocati sulla persona offesa che spesso è dato risalire alle modalità esecutive. Anche di ciò, pertanto, occorre tener conto nelle pagine che seguono in una prospettiva di riforma.

1.3. *Segue. La particolare ipotesi della costrizione ambientale.* Nel citato processo verso la dematerializzazione della violenza operato dalla giurisprudenza si è dato spazio anche alla c.d. costrizione ambientale. In questo caso a de-

⁶⁰ Vale la pena ricordare quanto già espresso circa la natura mista della costrizione e dell'induzione in termini di condotta-evento.

terminare l'assecondamento della vittima verso ciò che vuole il soggetto agente non è il comportamento realmente costrittivo di quest'ultimo, bensì la presenza di fattori coartanti di tipo oggettivo, legati all'ambiente in cui matura l'atto. Si tratta di ipotesi simili, sotto il profilo psicologico, a quelle ricondotte alla c.d. concussione ambientale o ancora all'estorsione ambientale⁶¹. Il soggetto passivo perciò dissente interiormente, ma non si oppone agli atti sessuali restando inerte o in silenzio. Da un lato, perciò, ci si trova di fronte ad un atteggiamento del soggetto attivo che non può ritenersi di minaccia esplicita e, al contempo, dall'altro lato, la condizione psicologica della vittima è comunque influenzata da una situazione caratterizzata da fattori coartanti ambientali. Ebbene, anche in questo ambito non mancano sentenze che applicano la violenza sessuale.

A volte si punisce il mero approfittamento «dello stato di prostrazione, angoscia o diminuita resistenza in cui la vittima è ridotta»⁶², senza che la stessa, per altro verso, mostri una resistenza all'atto sessuale. Si pensi al caso in cui l'atto avvenga in un contesto caratterizzato da pregresse violenze e minacce ripetutesi nel tempo nel caso di resistenza della persona offesa. Così è stata riconosciuta la violenza sessuale anche nei confronti della moglie che non aveva manifestato esplicitamente un dissenso all'atto sessuale, ma per paura di una reazione ancora più grave, essendo abituata a subire, in casi analoghi, violenze

⁶¹ Sul punto, tra i tanti, FORTI, *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattualità della disciplina e disagi applicativi del rapporto corruzione-concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 491 ss.; MUSCO, *Le attuali proposte individuate in tema di corruzione e concussione*, in AA.VV., *Revisione e riformulazione delle norme in tema di corruzione e concussione*, Atti del Convegno di studi di diritto penale (Bari 21-22 aprile 1995), Bari, 1996, 46; CONTENTO, *Concussione*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di PADOVANI, Torino, 1996, 117 ss.; MANES, *La concussione "ambientale" da fenomenologia a fattispecie "extra legem"*, in *Foro it.*, 1999, II, 645 ss.; PADOVANI, *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze "improcrastinabili" di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1313 ss.; ID., *Metamorfosi e trasfigurazione, la disciplina nuova dei delitti di concussione e corruzione*, in *Arch. pen.*, 2012, 787 ss.; FIANDACA, *Esigenze e prospettive di riforma nei reati di corruzione e concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 890 ss.; Sull'incidenza del fattore ambientale nell'estorsione, LA SPINA-MILITELLO, *Dinamiche dell'estorsione e risposte di contrasto tra diritto e società*, Torino, 2016, 46 ss.; PINTO, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza alle persone*, Torino, 2009, 148 ss.

⁶² Tra le altre, Cass., Sez. III, 29 gennaio 2015, n. 21452, cit., che ha contestato i maltrattamenti in famiglia e la violenza sessuale al coniuge della vittima a cui erano stati perpetrati ripetuti atti di violenza fisica e psichica, comprensivi del costringimento a subire atti sessuali completi.

o minacce⁶³. La particolare condizione mentale della vittima è dunque basata, in questi casi, su dati oggettivi che lasciano presagire, in maniera razionale, ulteriori gravi violenze. La Cassazione ha pure specificato che il mancato dissenso ai rapporti sessuali con il proprio coniuge non ha valore scriminante quando sia provato che la parte offesa abbia subito tali rapporti per le violenze e le minacce ripetutamente attuate nei suoi confronti, con conseguente compressione della sua capacità di reazione per timore di conseguenze ancor più pregiudizievoli⁶⁴.

I c.d. “fattori coartanti” della costrizione ambientale possono individuarsi oltre che in precedenti episodi di violenza, già vissuti in situazioni analoghe, anche nelle condizioni spazio-temporali in cui il fatto si verifica (di notte, in luogo isolato, con la compartecipazione di più soggetti, in assenza di vie di fuga, ecc.). Casi come questi, come meglio si vedrà, sono stati anche alla base di recenti modifiche dei delitti sessuali in altri ordinamenti, nel convincimento, più o meno reale, che la disciplina preesistente non fosse idonea a ricomprenderli. Sarebbe opportuno chiarirne la rilevanza in maniera esplicita anche in relazione alla normativa italiana, sì da sanare le forzature interpretative necessarie per riconoscerla, e, nello stesso tempo, superare, una volta per tutte, le resistenze che sul punto talora si incontrano, specie nella giurisprudenza di merito⁶⁵.

2. *La violenza sessuale mediante induzione.* L’art. 609 *bis* c.p. prevede, al secondo comma, una ulteriore modalità di realizzazione della violenza sessuale, alternativa alla costrizione, che è data dalla induzione. Come anticipato, men-

⁶³ Cass., Sez. III, 21 marzo 2023, n. 1170, che, quanto alla sussistenza del dolo dell’autore dell’atto, ha riconosciuto una piena consapevolezza del rifiuto, sia pure implicito, ai congiungimenti carnali.

⁶⁴ La giurisprudenza ha parlato, in simili circostanze, anche di “costrizione putativa” volendo rappresentare una minaccia che è vissuta soltanto nella mente del soggetto passivo. In tal caso, è stata ritenuta esistente la piena consapevolezza dell’autore delle violenze del rifiuto, seppur implicito, ai congiungimenti carnali.

⁶⁵ Trib. Busto Arsizio, 26 gennaio 2022, cit., confermata di recente anche dalla App. Milano, 23 giugno 2024, cit. Sugli inciampi della giurisprudenza di merito cfr., più in generale, CORN, *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia, comparazione, prospettive*, Napoli, 2017, 171 ss.; FEDORCZYK, *Attendibilità della vittima e accertamento del consenso nel reato di violenza sessuale*, nota a Cass., Sez. III, 16 ottobre 2019, n. 5512, in www.sistemapenale.it, 28 aprile 2020; DOVA, *La tempesta emotiva e il giudice cartesiano*, ivi, 27 maggio 2020; BIAGGIONI, *Consenso e tipizzazione delle condotte nei reati contro la libertà e l’autodeterminazione sessuale tra esigenze reali e stereotipi*, ivi, 25 novembre 2020, 5 s.

tre la costrizione implica l'uso della violenza, della minaccia o dell'abuso di autorità ed è tale da gravemente compromettere la capacità di autodeterminazione della vittima, l'induzione comporta, in genere, una interferenza nel processo di formazione della volontà altrui con metodi persuasivi, suggestivi o di pressione morale, determinanti il destinatario verso ciò che l'agente richiede e che diversamente non avrebbe compiuto. Nella violenza sessuale l'induzione all'atto sessuale, di per sé lecita, rileva in due sole ipotesi richiedenti un *quid pluris* che ne circoscrive la portata applicativa, dato dall'abuso delle condizioni di inferiorità psichica o fisica della vittima ovvero dall'inganno mediante sostituzione di persona.

Guardando alla prima ipotesi, è utile un accenno al suo precedente normativo, l'art. 519, n. 3, co. 2, c.p., che puniva chi si congiungeva carnalmente con persona «malata di mente, ovvero non in grado di resistergli a cagione delle proprie condizioni d'inferiorità psichica o fisica, anche se questa è indipendente dal fatto del colpevole»⁶⁶. In passato, pertanto, il rapporto sessuale con i suddetti soggetti era incriminato in sé, con una presunzione di violenza. Di conseguenza, ai soggetti affetti da infermità mentale risultava inibito il primordiale diritto alla sessualità, anche se il rigore dell'impostazione normativa era stato in parte superato dalla giurisprudenza.

Con la riforma dei delitti sessuali, l'ipotesi in esame ha subito una importante modifica, mirante a equilibrare l'esigenza della tutela della persona che versa in una condizione di minorata difesa con il riconoscimento alla stessa di una libertà positiva legata alla sessualità. È venuta così meno la presunzione assoluta di invalidità del consenso⁶⁷; perciò, non basta in questi casi a rendere penalmente rilevante l'atto sessuale l'accertamento delle condizioni di inferiorità della persona offesa e la consapevolezza che ne ha il soggetto agente, ma occorre anche verificare "l'approfittamento" di tali condizioni a fini sessuali, mentre, resta lecito un atto sessuale, con le stesse persone, maturato in un clima di assoluta libertà.

Peraltro, il concetto di inferiorità fisica o psichica è stato allargato dalla giurisprudenza per rafforzare la tutela davanti a ogni posizione di vulnerabilità dei

⁶⁶ L'art. 521 c.p. puniva poi l'omologo compimento di atti di libidine.

⁶⁷ CADOPPI, *Commento art. 609 bis c.p.*, cit., 439 ss.

soggetti deboli, rinunciando alla necessità di una specifica patologia psichica o psichiatrica e ad una sua certificazione tramite documentazione sanitaria, a favore di uno stato individuale, congenito o sopravvenuto, permanente o transitorio di incapacità totale o parziale, che impedisce al soggetto di resistere all'attività di condizionamento psicologico altrui e di prestare un valido consenso. Sono state considerate rilevanti pure mere condizioni fattuali di debolezza psichica-culturale o sociale, che comportano una minore resistenza all'opera di coazione o suggestione psicologica altrui, da accertare mediante le circostanze oggettive e soggettive presenti nella dinamica dei fatti⁶⁸.

Distinguere, tuttavia, i casi in cui, nonostante la presenza di simili condizioni, il consenso agli atti sessuali possa ritenersi valido non è semplice. Se attraverso il richiamo all'induzione è necessario che il soggetto agente convinca il partner con metodi persuasivi o suggestivi al compimento di atti sessuali o a sottostare ad atti che diversamente non avrebbe compiuto, a fondare la tipicità della fattispecie è, come detto, l'ulteriore elemento dell'abuso, senza il quale l'atto sessuale resterebbe lecito. Ciò presuppone «un approfittamento delle condizioni di menomazione della persona offesa per accedere alla sfera intima della stessa, la quale, versando in situazione di *deminutio* mentale, viene ad essere ridotta a rango di un mezzo per il soddisfacimento della sessualità altrui»⁶⁹. Il legislatore ha inteso precisare che il rispetto della libertà ad autodeterminarsi sessualmente delle persone con inferiorità psichica o fisica

⁶⁸ Per esempio, Cass., Sez. III, 8 gennaio 2015, n. 5728, ha applicato la fattispecie anche nel caso in cui le vittime, due sorelle, avevano un leggero ritardo mentale, sul quale la difesa dell'imputato aveva fatto leva per ipotizzare il consenso all'atto sessuale. La Cassazione, tuttavia, ha valorizzato la situazione di condizione di disagio vissuta dalle vittime, in cui il *deficit* mentale si accompagnava ad un contesto socio-familiare particolarmente degradato. In un simile ambito, la promessa di compensi irrisori per le due persone offese e l'assenza nelle stesse di qualsiasi valore sessuale, sono state ritenute la prova dell'induzione e dell'abuso. In senso analogo, Cass., Sez. III, 13 ottobre 2021 n. 37129, che ha riconosciuto il reato nel caso di un rapporto tra una persona con ritardo cognitivo e un uomo più grande di trent'anni, che aveva finto un reale interesse affettivo, in realtà finalizzato con atti di persuasione sottile e subdola a farle compiere atti che diversamente non avrebbe compiuto; Cass., Sez. III, 11 novembre 2020, n. 31512, per la quale le condizioni di inferiorità psichiche possono essere determinate anche da credenze esoteriche, le quali, innestandosi in uno stato di limitato processo evolutivo mentale e culturale o su ulteriori fattori di debolezza, quali la minore età o una diversa situazione individuale e familiare, rendono la persona offesa vulnerabile alle richieste dell'agente; conf. Cass., Sez. III, 29 novembre 2023, n. 47684.

⁶⁹ Cass., Sez. III, 9 settembre 2013, n. 36896, relativa all'abuso da parte di un prete verso un giovane minorato psichico; più di recente, Cass., Sez. III, 8 luglio 2021, n. 37129, in *D&G*, 14 ottobre 2021.

- tra cui vanno inclusi i malati mentali di cui parlava la norma previgente - non può comunque ricomprendere le ipotesi in cui, proprio queste condizioni, vengano utilizzate come strumento di umiliazione o di mero soddisfacimento della libido altrui.

Seguendo l'articolata struttura della disposizione normativa, l'abuso deve, quindi, precedere l'atto sessuale e non coincidere con esso, assumendo una sua autonomia; ed è sempre in funzione dell'abuso, che il consenso del soggetto passivo deve ritenersi viziato. Per l'accertamento del reato diventa, pertanto, fondamentale andare a indagare ogni aspetto che possa risultare utile ai fini del riscontro dell'approfittamento delle condizioni della vittima.

È anche vero, però, che in alcune sentenze si registra la tendenza a considerare il consenso del soggetto in stato di alterazione psicofisica di per sé invalido⁷⁰, contravvenendo così alla volontà del legislatore del 1996, pronto, come detto, a riconoscere la validità dell'assenso all'atto sessuale, se ottenuto senza un abuso delle condizioni dell'incapace⁷¹.

Più corretto appare, perciò, l'operato di quelle pronunce che si sforzano di verificare non solo le condizioni di inferiorità al momento del fatto e la consapevolezza che di esse ha chi agisce, ma anche il consenso all'atto, lasciando con ciò intendere l'ammissibilità di uno spazio per la validità di un assenso espresso in tale contesto, sempreché il vizio non sia tale da escludere radicalmente la capacità stessa di autodeterminarsi. Nelle sentenze indicate si precisa, inoltre, che l'abuso deve manifestarsi prima dell'atto sessuale e non identificarsi con esso essendo davanti ad una fattispecie criminosa a formazione progressiva⁷². Di qui l'ammonimento ulteriore a che l'accertamento del reato non avvenga attraverso scorciatoie probatorie e con facili automatismi, e

⁷⁰ Parla di una rinascita della violenza sessuale presunta pre-1996, DELL'OSSO, *Gli assensi artificiali: abuso di sostanze psicotrope e capacità di autodeterminazione nel prisma della violenza sessuale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2021, 2, 14.

⁷¹ Sul punto, MAUGERI, *Osservazioni sulle proposte in materia di reati sessuali*, cit., 380, che riconduce questo atteggiamento della giurisprudenza ad una «manifestazione di quell'autoritarismo ben intenzionato' più volte stigmatizzato dalla letteratura come tratto di un eccessivo protagonismo delle Corti».

⁷² Tra queste, Cass., Sez. III, 13 settembre 2019, n. 38011, che chiarisce pertanto come anche se vittima sia un minorenni, l'abuso non possa essere presunto o desunto in via automatica solo dal fatto della minore età, o in generale dalle condizioni soggettive di inferiorità in capo alla vittima, ma va accertato nello specifico, così come anche l'induzione. Su questo tipo di sentenze, ancora DELL'OSSO, *Gli assensi artificiali*, cit., 15.

ciò nonostante il campo di indagine possa risultare «scivoloso, irto di ostacoli, un vero e proprio campo minato»⁷³. Anche le suddette pronunce si pongono, perciò, in linea con quell'indirizzo, che pur se in presenza di fattispecie incentrate su coazioni psichiche, non procede per semplificazioni, ma insiste sulla importanza di un accertamento probatorio basato su tutte le circostanze soggettive e oggettive presenti nella dinamica del fatto concreto⁷⁴.

2.1. *Segue. Casi controversi di violenza sessuale per induzione.* Tra le situazioni problematiche fatte rientrare nel delitto in esame vi sono alcune situazioni in cui diventa particolarmente difficile verificare l'esistenza di una condotta di abusiva prevaricazione. Una ipotesi di questo tipo riguarda il rapporto sessuale tra paziente e psicoterapeuta, nel quale può registrarsi il c.d. "transfert", cioè l'innamoramento del paziente verso il suo psicoanalista, anche qualora l'altro tenga un comportamento distaccato⁷⁵. Data la possibilità di questo fenomeno di "trasposizione inconsapevole", decifrare la valenza di un rapporto sessuale tra i due soggetti come frutto eventualmente di una strumentalizzazione risulta molto complesso. La questione ha impegnato più volte la giurisprudenza che, in un caso⁷⁶, ad esempio, ha riconosciuto la violenza sessuale per un rapporto avvenuto durante una seduta terapeutica, nonostante la difesa dell'imputato avesse provato a dimostrare il consenso della paziente desumendolo dalla circostanza che la donna, poco dopo l'accaduto, avesse tranquillamente raccontato l'episodio ad alcuni conoscenti⁷⁷. La Cassazione, che si è occupata della vicenda, è arrivata, invece, a parlare di "plagio" del medico, che può essere anche "indotto" e «disvelato solo da una successiva valutazione degli eventi occorsi» aggiungendo pure che, nel caso di specie, «la relazione tra psicologo/psicoterapeuta e paziente aveva certamente generato

⁷³ Così, CANESTRINI, *Infermo di mente ha diritto a libertà sessuale* (Cass. 185213/15), in www.canestrinilex.com, 5 maggio 2015.

⁷⁴ Di recente, Cass., Sez. III, 12 gennaio 2023, n. 23298, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 1, 65 ss., con nota di GUALTIERI, *Violenza sessuale mediante induzione: la condizione di inferiorità psichica può essere accertata attraverso massime di esperienza*.

⁷⁵ In realtà in questi casi può registrarsi anche un fenomeno di *controtransfert*.

⁷⁶ Cass., Sez. III, 23 febbraio 2017, n. 35145, in *Riv. camm. dir.*, con nota di GIORDANO, *L'inferiorità psichica nella violenza sessuale*, 25 ottobre 2017.

⁷⁷ Per usare le parole della difesa, la donna avrebbe raccontato l'accaduto a dei conoscenti «in modo limpido e soddisfatto».

confusione nella persona offesa, per la difficoltà di distinguere la natura meramente sessuale dell'approccio dello psicologo con terapia in corso»⁷⁸. Sicché i giudici di legittimità hanno poi ritenuto del tutto comprensibile la circostanza che la vittima avesse realizzato solo a distanza di qualche giorno la reale portata di quanto vissuto. I giudici hanno dunque basato il c.d. “plagio” su un “rapporto di differenziale di potere” tra il soggetto agente e la persona offesa, ritenendo che l'imputato avesse utilizzato «subdolamente la sua posizione di psicoterapeuta [...] approfittando di tale condizione per accedere alla sfera intima della persona offesa».

Ulteriori situazioni controverse sono invece legate alla richiesta dell'“induzione” come fattore innescante il delitto di violenza sessuale. Si pone infatti una complicazione quando a prendere l'iniziativa sia la stessa vittima, magari perché, proprio a causa della sua condizione di inferiorità psichica o fisica, non sia in grado di percepire esattamente il significato dell'atto sessuale. A rigore non potrebbe parlarsi in questi casi di “induzione” da parte del soggetto attivo. Analogamente, dovrebbero restare fuori dalla fattispecie incriminatrice anche gli atti sessuali compiuti verso soggetti comatosi, con suggestione ipnotica, anestetizzati, o simili; cioè tutte quelle situazioni in cui la persona offesa non è in condizioni tali da poter percepire influenze esterne ed essere perciò indotto all'atto sessuale. Ciononostante, anche queste circostanze sono state ricondotte da tempo dalla giurisprudenza nell'ambito del secondo comma dell'art. 609 *bis* c.p., attraverso una interpretazione lata dell'“induzione”, quale “mera sopraffazione” della vittima, che di fatto ne annulla l'essenza.

In questo ambito, tra le ipotesi più controverse vi è quella in cui la violenza sessuale matura in contesti di alterazione da sostanze alcoliche o stupefacenti. Fenomeno frequente e oggi ancora più rilevante alla luce delle pratiche di “*hooking-up*” (rapporti sessuali con partner occasionali conosciuti la stessa sera) e di “*binge drinking*” (bere per ubriacarsi), diffusi soprattutto negli am-

⁷⁸Cass., Sez. III, 23 febbraio 2017, n. 35145, cit. Conf. Cass. Sez. III, 23 gennaio 2013, n. 1600, per la quale nessuna scusa poteva addurre il medico, il quale non poteva ignorare gli effetti del *transfert*, e nello specifico, la sua intensità nei pazienti compulsivi. Sicché egli sarebbe stato in grado di valutare la condizione di particolare vulnerabilità in cui si trovava la donna e la conseguente condizione di dipendenza che si era instaurata.

bienti giovanili, magari in combinazione fra loro, per cui si beve in vista di avere poi rapporti sessuali in maniera più disinibita anche con sconosciuti. Si tratta di situazioni in cui assume una sua specificità il c.d. “*drunk consent*”⁷⁹. Sorge anche in questo caso il problema che chi si trova nelle suddette condizioni non possa essere “indotto” all’atto sessuale. Per questo, alcuni, facendo leva su una interpretazione lata del verbo indurre, con cui si apre la fattispecie, riconducono nell’art. 609 *bis*, secondo co. c.p. l’ipotesi in cui il soggetto agente “induce” la persona a bere per poi spingerla all’atto sessuale (c.d. induzione indiretta), lamentando, al contempo, che resterebbe invece fuori dalla norma quella in cui la persona offesa abbia già bevuto autonomamente prima e il soggetto agente approfitti delle sue condizioni, nel qual caso si avrebbe l’abuso, ma non l’induzione, neppure interpretata estensivamente⁸⁰. Si tratta, tuttavia, di una lettura non convincente. Intanto perché l’induzione deve essere riferita all’atto sessuale; inoltre, in quanto sull’interpretazione della norma incide in chiave sistematica anche la presenza dell’aggravante dell’insidiosità dei mezzi adoperati, tra i quali rientrano anche l’alcool o le sostanze psicotrope impiegati insidiosamente dal soggetto agente sulla vittima a fini sessuali⁸¹. Sembra, pertanto, più corretto ricondurre alla fattispecie di base proprio le situazioni in cui ci si approfitti della condizione in atto della persona offesa, senza che la stessa sia stata determinata appositamente da chi agisce, ipotesi, questa, integrante invece la menzionata aggravante⁸².

⁷⁹ Sul *drunk consent* si è ormai formata una vasta letteratura anglosassone. Sul punto, si veda, anche per i riferimenti bibliografici, DELL’OSSO, *Gli assensi artificiali*, cit., 483 ss.

⁸⁰ CADOPPI, *Commento all’art. 609 bis c.p.*, cit., 523, facendo, invero, riferimento all’impiego di sostanze narcotizzanti; CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., 209 s.

⁸¹ Cass., Sez. III, 11 luglio 2018, n. 32462, per la quale «integra il reato di violenza sessuale di gruppo (art. 609 *octies* c.p.) con abuso delle condizioni di inferiorità psichica o fisica, la condotta di coloro che inducano la persona offesa a subire atti sessuali in uno stato di infermità psichica determinato dall’assunzione di bevande alcoliche, essendo l’aggressione all’altrui sfera sessuale connotata da modalità insidiose e subdole, anche se la parte offesa ha volontariamente assunto alcool e droghe, rilevando solo al sua condizione di inferiorità psichica o fisica seguente all’assunzione delle dette sostanze». Diversamente, l’aggravante dell’art. 609 *ter*, co. 1, n. 2 c.p. delinea un ventaglio di ipotesi violente necessariamente strumentali alla violenza. In altri termini, la sostanza alcolica dovrebbe essere stata assunta a seguito di un comportamento insidioso dell’agente. Sul punto VIZZARDI, *Sub art. 609 ter*, in *Codice penale commentato*, cit.

⁸² In questo senso anche la giurisprudenza prevalente. Per tutte, Cass., Sez. III, 5 maggio 2021, n. 24865; Cass., Sez. III, 17 maggio 2019, n. 38011, che chiede pure che si verifichi cosa avrebbe fatto la vittima se non avesse bevuto, sul rilievo che la condotta abusiva deve avere generato un assenso che altrimenti

In diverse sentenze, a dire il vero, per superare il presunto ostacolo costituito dalla presenza dell'induzione, la giurisprudenza arriva a reinterpretarla, come detto, in termini di mera "sopraffazione" sulla vittima⁸³, «la quale non è in grado di aderire perché convinta, ma soggiace al volere del soggetto attivo, ridotta a strumento di soddisfazione delle sue voglie»⁸⁴, e ciò anche se è la stessa ad aver volontariamente assunto alcolici o stupefacenti «in quanto anche in tali casi la situazione di menomazione della vittima, a prescindere da chi l'abbia provocata, può essere strumentalizzata per il soddisfacimento degli impulsi sessuali dell'agente»⁸⁵.

Inoltre, una volta che si è consolidata una interpretazione in senso ampio della violenza, di cui al primo comma dell'art. 609 *bis*, c.p., è possibile ricondurre le ipotesi di totale o gravissima compromissione delle capacità cognitive (c.d. *blackout*) già in quell'ambito, senza che ne seguano differenze sul piano pratico, in quanto il trattamento sanzionatorio dei due commi del suddetto articolo è uguale⁸⁶.

La disciplina del secondo comma invece può essere destinata ai casi di condizione di inferiorità psichica permanente o temporanea meno estremi, per cui la persona potrebbe essere in grado ugualmente di esprimere un assenso valido all'atto sessuale⁸⁷. Quando ciò è dovuto a intossicazione da alcool o da stupefacenti occorre perciò capire il livello di coscienza o semicoscienza della vittima, per poter eventualmente riscontrare un consenso consapevole e libe-

non sarebbe stato prestato; Cass., Sez. III, 4 ottobre 2017, n. 45589.

⁸³ Parla di evanescenza dell'induzione, CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., 206.

⁸⁴ Così, ad esempio, Cass., Sez. III, 13 maggio 1997, Rv. 208453; Cass., Sez. III, 27 gennaio 2003, n. 2646, in *Cass. pen.*, 2005, 3, 867; Cass., Sez. III, 14 aprile 2010, Rv. 247654; Cass., Sez. III, 13 gennaio 2018, n. 16046.

⁸⁵ Lo ribadiscono, tra le altre, Cass., Sez. III, 15 ottobre 2019, n. 42118, che fa riferimento a un «qualificato differenziale di potere»; Cass., Sez. III, 16 luglio 2018, n. 32462; Cass., Sez. III, 13 febbraio 2018, n. 16046; Cass., Sez. III, 11 gennaio 2017, n. 45589, che sottolinea l'irrelevanza di chi abbia provocato lo stato di alterazione; Cass., Sez. III, 21 giugno 2016, n. 39800, Rv. 267757.

⁸⁶ Sul punto CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., 211. In questo senso, Cass., Sez. III, 13 settembre 2019, n. 38011, cit.

⁸⁷ Non a caso, nelle suddette ipotesi, si preferisce parlare, più che di consenso, di mero "assenso", in quanto, a differenza del primo, l'assenso è soggetto a minori restrizioni, rilevando qualsiasi adesione del titolare dell'interesse protetto. Il consenso, come noto, è invece costruito sulla base di presupposti applicativi diversi che richiedono la piena capacità di intendere e di volere di chi lo manifesta, anche in conseguenza dell'assunzione di sostanze stupefacenti o alcoliche.

I più, tuttavia, continuano a fare riferimento in tutti i casi al consenso e ritengono semmai che occorra determinare quando possa ritenersi valido o meno.

ro (senza abuso) e quindi valido⁸⁸.

In questo modo è peraltro possibile restituire anche all'induzione un ruolo specifico, in quanto riconducendo all'ipotesi in esame solo i casi in cui l'assunzione di sostanze alcoliche o psicotrope non pregiudichi totalmente le capacità cognitive e volitive del partner, esistono ancora margini di convincimento all'atto sessuale e distinguere poi la liceità o meno del rapporto in base alla presenza-assenza dell'approffittamento di quelle condizioni per ottenerlo. Si tratta anche di capire cosa avrebbe fatto la persona se non si fosse trovata in quello stato. Un accertamento, questo, certamente non semplice, da condurre sulla base delle massime di esperienza.

Il tema diventa ancora più delicato quando entrambi i soggetti si trovano in uno stato di ubriachezza o alterazione per l'uso di sostanze psicotrope, per le ripercussioni sul fatto dell'imputabilità, anche se pure in questo caso ciò non vale automaticamente a ritenere lecito l'atto sessuale⁸⁹.

Un accenno merita, infine, anche la seconda modalità della violenza con induzione che richiede l'inganno mediante sostituzione di persona. Si tratta di una ipotesi poco frequente, e in quanto tale particolarmente criticata in dottrina. La giurisprudenza ne ha invero esteso l'applicazione anche ai casi in cui il soggetto agente non sia diverso fisicamente, ma usi falso nome, falso stato o qualità rilevante, o si attribuisca un'attività priva di efficacia giuridica. Si pensi alle ipotesi di chi si finge responsabile di un'agenzia di moda, fotografo, ginecologo, ecc. per ottenere atti sessuali⁹⁰. Per i più il riconoscimento della violenza sessuale in queste situazioni è frutto di una applicazione analogica *in malam partem*, ritenendo più corretto applicare il delitto di sostituzione di persona, di cui all'art. 494 c.p., che espressamente le menziona e limitare l'art. 609 *bis* c.p. ai casi di sostituzione fisica. È chiaro, però, che in una pro-

⁸⁸ Su questa scia si fa solitamente anche notare che si prestava meglio, in verità, a ricomprendere i casi suddetti la formulazione che la disposizione aveva in precedenza, allorché si puniva chi si congiunge carnalmente oltre che con persona malata di mente anche con chi «non è in grado di resistergli a cagione delle proprie condizioni di inferiorità psichica o fisica, anche se questa è indipendente dal fatto del colpevole».

⁸⁹ Evidenzia la delicatezza di questo tipo di indagine, criticando l'atteggiamento di certa giurisprudenza che tende a procedere per presunzioni, MAUGERI, *Osservazioni sulle proposte in materia di reati sessuali*, cit., 379.

⁹⁰ Sul punto, tra le tante, Cass., Sez. III, 13 dicembre 2017, n. 55481; in *D&G*, 14 dicembre 2017; Cass., Sez. III, 21 giugno 2017, n. 43164; Cass., Sez. III, 17 aprile 2013, n. 20754.

spettiva di riforma merita un ripensamento più generale la realizzazione del reato mediante inganno.

3. *Il problema del consenso della vittima.* Dall'analisi fin qui compiuta emerge come una questione centrale della violenza sessuale sia capire come verificare l'esistenza del consenso all'atto sessuale, nonché, in talune ipotesi, la sua validità, a maggior ragione se si mira in futuro a escludere dal delitto le componenti costrittive.

Sotto questo aspetto, se è vero che presupposto indefettibile della violenza sessuale è l'assenza del consenso, il discorso si complica quando poi si tratta di capire come valutarla, essendo di fatto possibili diversi paradigmi tramite cui orientarsi⁹¹.

In generale, la rappresentazione legislativa di tipo tradizionale, legata ancora alla necessità della violenza o minaccia come elementi costitutivi espliciti del reato, si basa sull'idea che quando l'atto sessuale avviene in mancanza dei suddetti requisiti può considerarsi di per sé libero e consensuale. L'assenza di una resistenza alla congiunzione carnale è, perciò, in quest'ottica un indice della presenza della volontà dell'atto⁹².

Come anticipato, l'orientamento iniziale della nostra giurisprudenza sul punto, optava per una presunzione relativa di consenso, che attribuiva alla persona offesa l'onere di dimostrarne l'assenza. Perdipiù, la prospettiva di fondo di questo approccio riteneva la donna portata per natura ad una certa "ritrosia" all'atto sessuale, la quale poteva per questo nascondere un reale consenso⁹³ (*il no è sì*), con una chiara allusione a stereotipi culturali legati alla *vis grata puellis*.

⁹¹ Per una disamina approfondita dei diversi paradigmi del consenso e delle loro applicazioni, tra gli altri, CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., 340 ss., 357 ss., il quale sottolinea anche lo stretto legame tra il modello di consenso adottato nei vari ordinamenti e le influenze storiche (428 s.); GOISIS, *La violenza di genere in ottica comparata. La recente novella spagnola. Verso la progressiva affermazione di un modello consensualistico*, in www.geniusreview.eu, 16 maggio 2023 (*online first*), 7 ss.

⁹² È nota la sentenza dei "jeans", nella quale la Corte di appello di Venezia, 10 marzo 2005, poi annullata dalla Cassazione, ha desunto il consenso dalla circostanza che la donna non avesse il jeans, il che faceva presumere una sua collaborazione nello sfilare l'indumento. Sulla pronuncia, per tutti, PISA, *Tutela della libertà sessuale tra distorsioni giurisprudenziali e carenze legislative*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 535.

⁹³ Si parla spesso anche di consenso "implicito" o di resistenze simulate e finte.

Una volta, invece, che si abbandonano gli elementi costrittivi per l'integrazione del delitto, entrano in gioco diversi modelli di rilevanza del consenso. Uno di questi è il c.d. "dissenso manifesto" o "*no means no*" (*il no è no*), che valorizza una manifestazione negativa di consenso. In verità, questo stesso paradigma può declinarsi, a sua volta, in modi differenti. Una prima modulazione richiede un "no espresso", destinato a lasciare fuori dal reato i casi in cui il soggetto, pur non volendo l'atto sessuale, non ha manifestato o potuto manifestare un dissenso.

Un'altra versione, meno drastica, è quella c.d. "temperata" o "limitata", adottata, come si vedrà, dall'ordinamento tedesco nel 2016, che pur utilizzando di base il modello del dissenso, si preoccupa di attribuire rilevanza penale, non solo al dissenso verbale, ma anche a quello riconoscibile e dunque ricavabile da comportamenti concludenti.

Un diverso paradigma, del tutto opposto al primo, è quello del c.d. "consenso affermativo" o del "*yes means yes*" (*si è sì*), in base al quale per considerare un atto sessuale lecito è necessario che avvenga in presenza di una manifestazione positiva di consenso, consapevole, cosciente e volontaria. Si ottiene, per questa via, la massima tutela dell'autodeterminazione della vittima, in quanto, a differenza degli altri modelli, non è possibile trarre da comportamenti passivi automaticamente il consenso all'atto sessuale. Di recente, come si vedrà, il consenso affermativo è stato adottato dal legislatore spagnolo, che ha riformato i delitti sessuali nel 2022, ma è presente anche nell'ordinamento statunitense.

Pure nel modello di consenso affermativo, tuttavia, è possibile riscontrare diverse varianti, a seconda della differente graduazione con cui si pretende che l'autorizzazione all'atto sessuale sia manifestata: da quella che richiede una sorta di "contrattualizzazione" del consenso⁹¹ - addirittura, nelle ipotesi più

⁹¹ È accaduto così nell'ordinamento statunitense, dove, dopo diversi episodi di violenza sessuale verificatisi all'interno dei campus universitari, alcuni legislatori, su impulso di un provvedimento federale del 2011, hanno modificato i testi normativi di *Education Codes*. In questo senso, ad esempio, la legislazione della California ha portato all'inserimento nei codici etici delle Università (la cui violazione rileva dunque solo sul piano disciplinare instaurato per lo studente autore del fatto da parte delle istituzioni universitarie) di una *policy* precisa da seguire, richiedente che il consenso agli atti sessuali sia preventivamente ottenuto verbalmente e "concordato" tra i *partners*. Più in particolare, i regolamenti universitari devono specificare che «è responsabilità di ogni persona coinvolta nell'attività sessuale assicurarsi di

restrittive, solo di tipo verbale con parole affermative⁹⁵ - a quella in cui ci si accontenta di un consenso c.d. “espressivo”, ovvero senza particolari formalismi, e dunque desumibile anche da comportamenti concludenti della persona. Una variante del modello affermativo, ancora meno radicale, consente addirittura di desumere il consenso anche dalle circostanze oggettive del fatto⁹⁶.

La scelta del modello di consenso ha poi ripercussioni pratiche sull’oggetto del dolo e sulla rilevanza dell’errore, posto che i relativi ambiti di operatività si riducono man mano che si passa dal modello che presume la presenza del consenso, a quello dissensualistico, fino ad arrivare al sistema di consenso affermativo, specie se si opti per il modello verbale. In quest’ultimo caso, in particolare, è sufficiente per integrare il dolo del reato la consapevolezza da parte del soggetto agente che il partner non ha dato un’autorizzazione chiara all’atto sessuale. Di conseguenza, non è possibile addurre a propria scusa che la persona non aveva opposto un dissenso riconoscibile all’atto sessuale, in quanto il consenso affermativo assume un ruolo esplicito nella tipicità del fatto esprimendo il senso del precetto, per cui un errore sulla sua necessità si traduce in un errore sulla conformazione del reato e dunque sulla legge penale, ed è come tale inescusabile.

Contrariamente, però, a quanto spesso si afferma in molte sentenze, può sin d’ora sostenersi che qualora, tuttavia, l’errore ricada sull’interpretazione del comportamento concludente, nel senso che si sbaglia a comprendere una

avere il consenso affermativo dell’altra persona per praticare l’attività sessuale», con l’aggiunta che il consenso non può essere prestato nel caso in cui il soggetto sia dormiente o incapace a causa dell’assunzione di alcool o di stupefacenti. Analoghe misure sono state adottate nello Stato di New York e dell’Illinois. In quest’ambito si richiede a volte addirittura un sì “entusiastico” e, in generale, un coinvolgimento maggiore all’atto sessuale, ma più spesso si ricorre all’applicazione del c.d. modello “*stop and ask*”, che deve portare il soggetto agente a fermarsi e a chiedere l’autorizzazione man mano che si procede dai preliminari all’atto penetrativo. Tuttavia, per quanto utile in determinati casi, i più ritengono che il criterio in esame sia troppo rigido per essere applicato come universale. Per più ampi riferimenti su questi aspetti, CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., 287 ss., 351 ss.; GOISIS, *La violenza di genere*, cit., 75 s.

⁹⁵ Si tratta, tuttavia, di pretese eccessivamente restrittive, che oltre a richiedere un “sì” verbale, presuppongono una negoziazione specifica, caratterizzata anche da una accettazione successiva. Si ottiene così un’ampia tutela della vittima, ma è anche vero che si irrigidiscono in modo artificiale le regole della sessualità, le quali possono rivelarsi talora anche ingiuste.

⁹⁶ Il consenso espressivo è stato anche alla base di una proposta di riforma del *Model Penal Code* non andata a buon fine, il MPC Draft 5.

manifestazione di volontà positiva equivoca del partner, torna la possibilità di un errore di fatto.

4. *Il ruolo centrale del “consenso della vittima” nelle più recenti esperienze legislative tedesca e spagnola.* Tenuto conto dei problemi sollevati dalle disposizioni vigenti in materia di violenza sessuale diventa interessante, prima di avanzare una prospettiva *de jure condendo* della nostra normativa, un accenno alla disciplina di alcuni ordinamenti, che hanno riformato di recente i delitti sessuali. Un importante monito a modificare le legislazioni in merito viene dalla Convenzione di Istanbul⁹⁷, che, oltre a prevedere obblighi di criminalizzazione rispetto agli atti sessuali senza il consenso – assunto a ruolo centrale dello stupro – fornisce una definizione di consenso precisando che debba essere «fornito volontariamente come manifestazione di libertà di autodeterminazione della persona, considerata nel contesto delle condizioni circostanti»⁹⁸. Nello stesso senso, un’esortazione a modificare la normativa dei vari Stati «afinché il reato di violenza sessuale si basi sulla nozione di consenso prestato liberamente», come richiesto dall’art. 36 ss. della Convenzione, è contenuta nel rapporto del Gruppo di esperti sulla lotta contro la violenza sulle donne e la violenza domestica (GREVIO)⁹⁹.

⁹⁷ In verità, come accennato, era già incentrata sul consenso, tanto da aver ispirato la stessa Convenzione di Istanbul, la normativa dei paesi di Common Law: Inghilterra, Irlanda e Canada, che punisce i diversi atti sessuali quando non vi sia consenso e quando l’autore ritenga ragionevolmente che la vittima non acconsenta. Per un commento della Convenzione, articolo per articolo, De VIDO-FRULLI, *Preventing and combating Violence Against Women and Domestic Violence*, Cheltenham, 2023; sui riflessi della Convenzione nel nostro ordinamento, tra gli altri, VITARELLI-LA ROSA, *L’attuazione della Convenzione di Istanbul nell’ordinamento italiano: profili di rilevanza penale*, in OIDU, 2019, 1 ss.; LOLLI, *La Convenzione di Istanbul: profili penali*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, a cura di Cadoppi-Canestrari-Manna-Pisa, Milano, 2015, 17 ss.

⁹⁸ All’art. 36, co. 1, la Convenzione obbliga le parti ad adottare «misure legislative o di altro tipo necessarie per perseguire penalmente i responsabili dei seguenti comportamenti intenzionali: a) atto sessuale non consensuale con penetrazione vaginale, anale o orale compiuto su un’altra persona con qualsiasi parte del corpo o con un oggetto; b) altri atti sessuali compiuti su una persona senza il suo consenso; c) il fatto di costringere un’altra persona a compiere atti sessuali non consensuali con un terzo». Il secondo comma invece, specifica che «il consenso deve essere dato volontariamente, quale libera manifestazione della volontà della persona, e deve essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto». L’Italia ha sottoscritto e ratificato il trattato, impegnandosi proprio a riformulare il reato di violenza sessuale in linea con le indicazioni contenute nella Convenzione, che prevedono inequivocabilmente l’obbligo di conformarsi ad una definizione “*consent-based*” di stupro.

⁹⁹ *Group Of Experts Against on Action Against Violence Against Women and Domestic Violence, base-*

Per di più, due decisioni del Consiglio del primo giugno 2023, si muovono su questa scia, anche se, può sin d'ora anticiparsi che proprio in relazione allo stupro la formulazione attuale della Direttiva (Ue) 2024/1385 non può dirsi soddisfacente¹⁰⁰.

Il primo paese in Europa ad adeguarsi alla Convenzione di Istanbul è stata la Germania, che, come detto, ha riformato i delitti sessuali da ultimo nel 2016. Per comprendere la portata della legislazione vigente è bene considerare che già nel 1997¹⁰¹, quasi in contemporanea con la riforma italiana, il codice tedesco aveva modificato la disciplina originaria della violenza sessuale, prevedendo un'unica fattispecie, il § 177 *StGB*, intitolato “Costrizione sessuale/Stupro”, unificante le ancora preesistenti figure di violenza carnale e di atti di libidine violenti (§§ 177 e 178)¹⁰², e richiedente la violenza o una minaccia tale da comportare un pericolo attuale per la vita o l'integrità fisica della persona. A queste modalità esecutive era stata aggiunta quella di sfruttamento di una situazione nella quale la vittima sia “indifesa e in balia del comportamento dell'autore” (di *Ausnutzungsvariante*) che non era possibile ricondurre alla violenza incentrata sulla costrizione¹⁰³.

Con l'intervento normativo del 2016, invece, il nuovo § 177 *StGB* è oggi rubricato “Aggressione sessuale, Costrizione, Stupro”, e punisce, al primo comma, tutti gli atti sessuali commessi “contro la volontà riconoscibile” della vittima (*gegen den erkennbaren Willen*). Non è dunque più necessario, di conseguenza, ricorrere alla violenza o alla minaccia – che costituiscono semmai un'aggravante, al comma 5 del § 177 *StGB*, insieme all'ipotesi, già citata, di *Ausnutzungsvariante*¹⁰⁴ – ma bastano per integrare il reato atti contrari alla

line Evaluation Report Italy, in *Criminal justice network*, 13 maggio 2021, 8, con nota di CARDINALE, *Il rapporto del GREVIO sull'applicazione in Italia della Convenzione di Istanbul: il lavoro ancora da fare*.

¹⁰⁰ V. *infra* par. 6.

¹⁰¹ Si tratta della 33 *StAeG* del 1° luglio 1997.

¹⁰² Le due ipotesi corrispondevano alla nostra violenza carnale e agli atti di libidine violenti degli artt. 519 e 521 c.p., anche da noi sostituite da un'unica fattispecie ruotante attorno al concetto di atti sessuali.

¹⁰³ La 33 *StAeG* ha introdotto al § 177, Abs. I nr. 3 dello *StGB*, la c.d. *Ausnutzungsvariante*, menzionando tra le modalità esecutive della “costrizione sessuale/stupro”, anche «l'approfittarsi di una situazione in cui la vittima si trova indifesa alla mercé dell'agente». Sul punto, MACRÌ, *Costrizione “ambientale” agli atti sessuali: la tutela del dissenso tra legalità ed esigenze repressive in un raffronto tra codice penale italiano e StGB tedesco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1493 ss.

¹⁰⁴ Sulla riforma, MACRÌ, *La riforma dei reati sessuali in Germania. Centralità del dissenso e “tolleranza zero” verso le molestie sessuali tra diritto penale simbolico e potenziamento effettivo della tutela della*

volontà riconoscibile dell'altra persona. La novella dell'ordinamento tedesco segna, pertanto, un primo importante punto di svolta nel processo riformatore dei delitti sessuali in Europa, verso l'attribuzione di un ruolo centrale del consenso all'atto sessuale della vittima nella fattispecie.

La natura prescelta di "dissenso temperato" per determinare l'assenza del consenso ha, tuttavia, spinto il legislatore tedesco al contempo a precisare, con fattispecie apposite, la rilevanza penale anche di una serie di delitti autonomi, legati alle ipotesi in cui la vittima non sia in grado di adempiere ad un simile onere comunicativo, come per i casi di costrizione ambientale o, ancora, per gli atti commessi su soggetti incapaci¹⁰⁵. Tra queste disposizioni incriminatrici è stata introdotta pure la situazione "a sorpresa" degli atti sessuali repentini¹⁰⁶, che, come osservato, nel nostro ordinamento vengono spesso fatti rientrare dalla giurisprudenza nel concetto di atti sessuali violenti, attraverso una interpretazione lata della violenza comprensiva, di una forma "potenziale" o "insidiosa", sia pure solitamente puniti come casi di minore gravità. In un sistema come quello tedesco, invece, in cui la violenza resta agganciata al suo significato semantico, implicante l'uso di una energia fisica, e dunque più rispettoso del principio di determinatezza, si è resa necessaria una espressa previsione a riguardo¹⁰⁷.

Vi sono poi le aggressioni sessuali minacciose, la prima delle quali avviene approfittando di una situazione nella quale la vittima teme di subire un male rilevante in caso di resistenza, analoga alla già ricordata *Ausnutzungsvariante*, ma slegata dalla necessità che la vittima sia "indifesa" e "alla mercé dell'agente". La distinzione con la figura preesistente risulta, in definitiva, ancorata a una diversa intensità dei fattori coartanti, in questo caso minore e di

sfera sessuale, in www.penalecontemporaneo.it, 24 novembre 2016.

¹⁰⁵ Il § 177/2, nn. 1 e 2 *StGB*, puniscono gli abusi delle condizioni di inferiorità fisica o psichica nelle due varianti dell'approfittarsi di una situazione in cui la persona non sia in grado di formare o esprimere una volontà contraria, per lo più applicata nei casi in cui ciò sia dovuto a ragioni transitorie, e dell'abuso di una situazione in cui la capacità di formare o esprimere la volontà dell'altra persona, a causa di una condizione fisica o psichica di quest'ultima, sia fortemente limitata.

¹⁰⁶ Il § 177/2, n. 3 *StGB* precisa che ciò si verifica quando l'autore commette l'atto sessuale "sfruttando un momento di sorpresa".

¹⁰⁷ Gli atti a sorpresa del codice tedesco, tuttavia, si prestano a ricomprendere anche atti penetrativi a sorpresa, magari frutto di una accelerata imprevista, posto che le molestie riguardano i toccamenti corporei.

tipo solo soggettivo¹⁰⁸.

La seconda ipotesi è costituita da una “minaccia di un male irreversibile”¹⁰⁹, che è stata inserita per superare la limitazione della più grave minaccia costrittiva, di cui al § 177/5, n. 2, connessa, come anticipato, al “pericolo attuale per la vita o l’integrità fisica”.

Chiudono il ricco apparato delittuoso due nuovi delitti di molestie sessuali, ex § 184i/1 *StGB* e 184i/2 *StGB*, a cui ricondurre tutte le situazioni meno gravi¹¹⁰. Il legislatore tedesco delimita però le molestie come “toccamenti fisici sessualmente connotati”, e stabilisce una pena più alta per i casi di particolare gravità, con la tecnica c.d. dell’esempio di norma, menzionando il caso in cui le molestie siano realizzate da una pluralità di persone. Si è risposto così alle esigenze di una specifica tutela emerse dai noti casi di Capodanno 2016 a Colonia e ad Amburgo, in cui molti uomini, prevalentemente di origine nordafricana, hanno approfittato della folla presente nelle piazze per compiere centinaia di molestie e tocamenti a sorpresa su diverse donne, ma che è stato problematico sanzionare sia per la difficoltà di identificare i responsabili sia per la mancanza di una fattispecie che li prevedesse chiaramente, data la richiesta della violenza o della minaccia nella legislazione del tempo. Gli episodi citati avevano suscitato un grande clamore mediatico che ha poi contribuito a stimolare la riforma.

Nonostante l’attuale disciplina sia, come osservato, particolarmente articolata resta un *vulnus* davanti a quelle molestie che non si connotano per un tocco corporeo¹¹¹, come gli atti esibizionistici, nonché per quelle che si verificano spesso sui luoghi di lavoro, rispetto alle quali la giurisprudenza tedesca fatica ad applicare la normativa richiamata¹¹².

¹⁰⁸ L’ipotesi preesistente è invece applicata dalla giurisprudenza tedesca solo davanti a situazioni oggettive di impossibilità di fuga o di richiesta di aiuto o simili. Riferimenti in MACRÌ, *La riforma dei delitti sessuali*, cit., 25.

¹⁰⁹ L’ipotesi poteva rilevare in precedenza come aggravante della violenza privata, di cui al § 240 *StGB*.

¹¹⁰ Il §184 *StGB* punisce infatti: «Chiunque tocchi fisicamente un'altra persona in modo sessualmente determinato e quindi la molesti sarà punito con la reclusione fino a due anni o con una multa, a meno che l'atto non sia punito maggiormente da altre disposizioni di questa sezione».

¹¹¹ Per altro, anche questi richiamati dalla Convenzione di Istanbul.

¹¹² In questo senso MACRÌ, *La riforma dei delitti sessuali*, cit., 28 s., il quale evidenzia pure criticità applicative di fronte alla scelta di avere previsto al contempo una serie di ipotesi autonomamente attenuate di reati sessuali al § 177/9 *StGB*.

In linea con il percorso tracciato dalla legislazione tedesca, più di recente, è intervenuto l'ordinamento spagnolo, che con la *ley orgánica* (d'ora in poi LO) n. 10 del 2022, ha accolto il modello del consenso affermativo¹¹³. Nella disciplina previgente il codice penale spagnolo, come la maggior parte degli ordinamenti europei, prevedeva, accanto al più grave delitto di *agresión sexual*, di cui all'art. 178, c.p., commesso con violenza o intimidazione, il delitto di *abuso sexual*, di cui all'art. 181 c.p., applicato per gli atti sessuali su persona non consenziente, in quanto priva di sensi, o abusando dello stato di infermità mentale o della provocata intossicazione da alcool o da stupefacenti o di una posizione di superiorità manifesta che limiti la libertà della vittima (con *previ-limientó*) in assenza di violenza o minaccia.

Con la recente riforma, invece, il meno grave delitto di *abuso sexual* dell'art. 181 c.p. è stato eliminato; perciò, tutte le condotte che attentano alla libertà sessuale di un'altra persona, senza il suo consenso, indipendentemente dalle modalità adottate, sono fatte rientrare nell'art. 178 c.p.¹¹⁴. La violenza, la minaccia, ma anche l'abuso di una situazione di superiorità o di vulnerabilità della vittima, sono ora un elemento che rende certa la presenza della costrizione e rispetto ai quali non è pertanto necessario neppure provare l'assenza del consenso.

Il secondo comma dell'art. 178 c.p. aggiunge che sono qualificati come violenza sessuale anche gli atti dal contenuto sessuale realizzati su persone prive di sensi, abusando di uno stato di inferiorità psichica o comunque compiuti, quando la volontà della vittima è annullata per qualsiasi motivo.

Una ulteriore importante novità della legge spagnola è costituita dalla defini-

¹¹³ *Ley Orgánica n. 10/2022 de Garantía integrál de la libertad sexual*, nota come legge del “*sol sí es sí*”. Per una approfondita disamina della riforma ACALE SANCHEZ, *La nueva proteccion de la libertad sexual en españa tras la reforma operade por la ley orgánica , 10/2022 de Garantía integrál de la libertad sexual*, in www.criminaljusticenetwork.eu, 2022, p. 1 ss. Nella nostra letteratura, MERENDA, *La “ley del sol sí es sí”: la controversa riforma dei delitti contro la libertà sessuale nell'ordinamento spagnolo. Spunti per il legislatore italiano?*, in *Arch. pen. web*, 2024, 1, 1 ss., alla quale si rimanda anche per la bibliografia spagnola di riferimento. Cfr. PINNA, *La riforma della violenza sessuale in Spagna: la centralità del consenso*, in www.sistemapenale.it, 20 febbraio 2023; GOISIS, *La violenza di genere*, cit., 17 ss. Per un quadro dell'approccio sistemico adottato dalla legge di riforma, DE GIULI, *La recente normativa spagnola a tutela della libertà sessuale*, in www.geniusreview.eu, 13 luglio 2023.

¹¹⁴ L'art. 178 c.p., perciò, punisce adesso qualunque atto che violi la libertà sessuale di un'altra persona senza il suo consenso.

zione normativa del consenso, qualificato come una «manifestazione libera attraverso atti che, con riferimento alle circostanze del caso, esprima in maniera chiara la volontà della persona».

La modifica legislativa, analogamente a quanto accaduto in Germania, è stata voluta sull'onda emotiva scaturita da un tragico episodio, lo “stupro di Manada”¹¹⁵, verificatosi durante la festa di San Fermín a Pamplona, nel 2016, e dunque frutto dell'influenza della campagna mass mediatica che ne è seguita¹¹⁶. La vicenda aveva riguardato, in particolare, la violenza, realizzata nell'androne di un palazzo, da parte di un gruppo di cinque persone, verso una ragazza diciottenne, la quale, tuttavia, non aveva opposto resistenza o comunque un rifiuto esplicito ai rapporti sessuali. Tale circostanza aveva portato i giudici di merito a non riconoscere l'ipotesi più grave dell'art. 178 c.p. – richiedente, come ricordato, la violenza e l'intimidazione – bensì quella meno grave di *abuso sexual*, di cui all'art. 181 c.p., essendo stata riconosciuto lo sfruttamento di una posizione di “preminenza” rispetto alla vittima, ridotta in uno stato di «intensa sopraffazione e inquietudine, provocandole una sorta di stordimento che le fece adottare un atteggiamento di sottomissione e passività, determinandola a fare ciò che gli imputati le dicevano»¹¹⁷. Ne è scaturita una vera e propria sommossa popolare, che ha visto migliaia di donne scendere nelle piazze di diverse città al grido di “*no es abuso, es violación*”, “*yo sí te creo*” e simili, per chiedere una condanna per *violación*. Il Tribunale Supremo ha poi riconosciuto il reato più grave, sottolineando come, pur in mancanza di violenze e minacce esplicite, la carica intimidatoria tipica della *violación* dovesse desumersi dal “contesto ambientale” in cui era maturato l'episodio, di per sé coartante. Cosicché, per le circostanze di tempo, di luogo

¹¹⁵ Su questi fatti, ACALÉ SÁNCHEZ, *Ser o no ser (de La Manada): esta es la cuestión*, in www.criminaljusticenetwork.it, 25 settembre 2018; ID., *Ciudad, Manada, la Justicia anda suelta*, ivi, 9 gennaio 2019; ID., *La miopía di “vostro onore”*, ivi, 10 novembre 2019; GATTA, *Atti sessuali su minore incosciente per effetto dell'uso di alcool e droga: violenza o abuso sessuale? Il caso spagnolo della ‘Manada de Manresa’, nella prospettiva del penalista italiano*, ivi, 10 novembre 2019.

¹¹⁶ MERENDA, *La “ley del sol sí es sí”*, cit., 1 ss., la quale, in relazione alla tempistica e ai contenuti della riforma, ammonisce sul pericolo di una deriva populistica legata all'impiego del diritto penale in chiave di rassicurazione sociale. Più in generale sui legami tra la disciplina dei delitti sessuali e populismo MAUGERI, *I reati sessualmente connotati*, cit., *passim*.

¹¹⁷ Sentencia 38/2018, 20 de marzo, Audiencia Provincial de Pamplona.

e per le modalità adoperate¹¹⁸, la volontà di resistenza della vittima doveva ritenersi paralizzata e la sua libertà annullata, senza che potessero pretendersi dalla ragazza «attitudini eroiche che inesorabilmente l'avrebbero esposta a subire mali maggiori»¹¹⁹.

Nonostante l'epilogo giuridico della vicenda giudiziaria, il clamore suscitato è stato tale che non si è arrestata l'idea della necessità di una revisione della disciplina dei delitti sessuali, più in linea con le nuove esigenze di tutela.

Prima della riforma, i maggiori problemi interpretativi si erano, in effetti, registrati sulla distinzione tra *abuso sexual con prevalimiento* di una situazione di *de superioridad* (art. 181.3 c.p.) e l'*intimidación* intesa come *agresión sexual* (art. 178 c.p.). Entrambi, infatti, risultavano incidere sul processo di formazione della volontà della vittima, provocando uno stato di timore tale da, rispettivamente, gravemente comprometterne o annullarne la capacità di autodeterminazione. La vaghezza delle due situazioni, tuttavia, basate solo su una differente dosimetria della pressione psichica esercitata sulla persona offesa, si prestava a oscillazioni giurisprudenziali. Nella prassi si era soliti affermare che l'intimidazione vince la volontà contraria della vittima attraverso la minaccia di un male concreto, di entità tale da escludere una possibilità concreta di resistenza¹²⁰, mentre l'abuso con *prevalimiento* finisce per viziare la formazione della volontà rispetto all'atto sessuale, potendo, perciò, anche quest'ultimo essere considerato una intimidazione, ma di grado inferiore.

A differenza del nostro abuso di autorità, il *prevalimiento* non doveva essere costrittivo¹²¹; anzi, la giurisprudenza spagnola lo ricollegava ai casi in cui il soggetto agente "induca" la vittima all'atto sessuale, magari promettendo regali o un pagamento, un voto migliore per un esame, un maggiore stipendio, ecc.¹²².

¹¹⁸ In genere, nella giurisprudenza spagnola, analogamente a quella italiana, i fattori coartanti sono individuati quando la condotta è commessa di notte o in un luogo isolato, o con più persone, o con grande differenza di età con la vittima, ovvero quando ci si trova in un ascensore o comunque senza vie di fuga.

¹¹⁹ Sentencia n. 344/2019, 4 de julio, Tribunal Supremo. Per alcuni precedenti analoghi, STS n. 2012/2002, 2 de diciembre; STS n. 1192/1997, 3 de octubre.

¹²⁰ Nelle sentenze in materia si dice generalmente che l'agente "obliga" la vittima a tenere rapporti sessuali.

¹²¹ Si è visto, tuttavia, come una ipotesi di abuso di autorità non costrittivo sia prevista nell'ambito del delitto di atti sessuali con minorenni, a seguito del nuovo innesto, ad opera della L. n. 238/2021.

¹²² Per una rappresentazione delle possibili ipotesi di prevalimiento 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*

In definitiva, nell'abuso con *prevalimiento*, il consenso c'è ma è viziato, mentre manca il pericolo per l'integrità fisica o per la vita della persona, che caratterizza invece la fattispecie più grave¹²³. Nel dubbio, in ogni caso, doveva propendersi per l'ipotesi più favorevole al reo. La difficoltà di una distinzione tra le due situazioni era emersa nei casi di costrizione ambientale, in cui, pur mancando una violenza o una minaccia esplicita, come detto, è la situazione in sé a risultare costringente per la vittima, prova ne sia proprio la vicenda “Manada”, che è stata inquadrata diversamente nei diversi gradi di giudizio. La possibilità di applicazioni giurisprudenziali divergenti in materia ha perciò spinto il legislatore a rinunciare alla distinzione tra *abuso sexual* e *agresión sexual* per proporre un'unica fattispecie di aggressione sessuale (il nuovo art. 178 c.p.) in cui far confluire tutte le condotte che attentino alla libertà sessuale di un'altra persona, senza il suo valido consenso¹²⁴.

Un aspetto positivo della riforma si è registrato in relazione ai casi legati alla tutela dei soggetti incapaci di esprimere validamente il proprio consenso agli atti sessuali, in quanto privi di sensi, o in stato di infermità di cui si abusi ovvero a causa dell'assunzione di sostanze alcoliche o stupefacenti, che, come detto, nella disciplina previgente rientravano nell'ipotesi meno grave di abuso sessuale. Con la modifica del 2022, invece, gli stessi vanno ricondotti alla violenza sessuale (art. 178, co. 2 c.p.). Si viene perciò a sanare la precedente differenza di trattamento che era stata giudicata giustamente da molti irragionevole¹²⁵. Costituisce, inoltre, adesso un'aggravante il caso di *sumisión química*¹²⁶, cioè la somministrazione di sostanze psicoattive da parte del soggetto attivo, volta ad annullare la volontà della vittima, sì da tracciare una distinzione con le situazioni in cui il colpevole approfitti di uno stato di incapacità della per-

Manada”, in *Represión penal y estado de derecho. Homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Valencia, 2018, 227.

¹²³ L'interpretazione della minaccia è stata influenzata in Spagna dall'ordinamento tedesco.

¹²⁴ Tra gli altri QUINTERO OLIVARES, *Reformar los delitos sexuales?*, in *El Confidencial*, 29 junio 2019; ACALE SÁNCHEZ, *La nueva protección de la libertad sexual*, cit., 4.

¹²⁵ Di recente, SANLEHÍ-PANYELLA CARBÓ, *Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas a partir del una muestra de sentencias*, in *Riv. de investigación criminológica*, 2019, 17, 1 ss.

¹²⁶ Tale ipotesi era stata definita invece dalla LO 5/2010 come mero “abuso sessuale”. Sul punto, anche per la bibliografia richiamata, MERENDA, *La “ley del solo sí es sí”*, cit., 9 ss.

sona offesa provenienti dallo stesso tipo di sostanze, ma non a lui riconducibile, che similmente alla disciplina italiana, integrano l'ipotesi base di *agresión*¹²⁷. Al di là di ciò, però, la scelta di avere unificato tutte le diverse situazioni connotate dall'assenza di consenso in un'unica fattispecie ha sollevato diverse perplessità, in quanto si inglobano così ipotesi dalla diversa carica offensiva. Possono essere fatte confluire nel delitto, infatti, sia casi in cui proprio il ricorso alla violenza e alla intimidazione pregiudica oltre alla libertà sessuale anche l'incolumità fisica e la stessa vita della persona offesa, sia situazioni lesive solo della prima. Da qui le critiche di quanti lamentano come per evitare che l'intimidazione ambientale potesse comportare un inquadramento non univoco, si sia finito per sacrificare ogni sembianza di tipicità caratterizzante la disciplina preesistente¹²⁸, ma anche compromesso il principio di uguaglianza, poiché si trattano allo stesso modo fatti disuguali¹²⁹. Per non tacere sulle accuse di populismo punitivo, in generale legate a questo tipo di riforme e presenti anche in Spagna¹³⁰.

Peraltro, la rimodulazione delle fattispecie preesistenti, anche sotto il profilo sanzionatorio, ha creato un vero e proprio "corto circuito" rispetto agli obiettivi annunciati di una maggiore tutela della vittima. Per i casi in passato più gravi di aggressioni sessuali realizzati con violenza o intimidazione, la nuova normativa – incentrata ormai sulle aggressioni sessuali in generale – prevede infatti limiti edittali nel minimo più bassi¹³¹, inoltre, nei casi riconducibili all'attenuante della minore gravità diventa tendenzialmente possibile optare addirittura per la sola multa. Tutto ciò ha generato, subito dopo l'entrata in vigore della riforma, la revisione del trattamento sanzionatorio di diverse sen-

¹²⁷ Si è visto come anche nella legislazione italiana si riscontri una simile distinzione tra l'ipotesi base del delitto di violenza per induzione e l'aggravante dell'uso di sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti, per quanto non manchino sentenze difformi.

¹²⁸ Tra le accuse principali espresse a riguardo, alcuni hanno parlato di "*confusión típica*", così, AGUSTINA, *Sobre la reforma de los delitos sexuales: de la confusión típica a la problemática discrecionalidad judicial y al desorden valorativo en el sistema de penas*, in *Comentarios a la ley del "solo sí es sí". Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Barcelona, 2023, 41 ss.

¹²⁹ AGUSTINA, *Sobre la reforma de los delitos sexuales*, cit., 11; ma critico a riguardo anche GIMBERNAT ORDEIG, "*Solo sí es sí*", in *Iustel*, 27 de abril de 2020.

¹³⁰ QUINTERO OLIVARES, *Reformar los delitos sexuales?*, cit.; ACALE SÁNCHEZ, *La nueva protección de la libertad sexual*, cit., 6.

¹³¹ Per l'ipotesi più grave di *violación* sessuale, il minimo edittale è passato da 6 a 4 anni di reclusione.

tenze di condanna grazie al principio di retroattività della norma più favorevole al reo e, di conseguenza, ne è scaturito un nuovo allarme sociale¹³². Il legislatore spagnolo ha così sentito l'esigenza di tornare sulla materia con una controriforma, attuata con la LO n. 47/2023¹³³ volta ad evitare l'applicazione dei nuovi limiti edittali più benevoli per le ipotesi più gravi¹³⁴. Sono stati perciò reintrodotti i precedenti limiti edittali di pena previsti dall'*agresión sexual* e dalla *violación*. Inoltre, è stato previsto un sottotipo aggravato agli artt. 178.3 e 179.2 c.p. qualora i fatti siano commessi con violenza, intimidazione o verso una vittima che si trovi per qualsiasi ragione privata della sua volontà, ipotesi alla quale possono essere applicate le aggravanti già previste dall'art. 180 c.p. e che è stata sottratta dalla sfera di operatività dell'attenuante di minore gravità dell'art. 178.4 c.p. La controriforma è stata salutata, pertanto, con favore anche da quanti avevano criticato il mancato rispetto della tipicità e l'irragionevolezza del livellamento operato dalla LO n. 10 del 2022, ma, ancora una volta, non ha spento tutte le polemiche¹³⁵. In particolare, a destare riserve resta soprattutto la scelta di una regolamentazione espressa del consenso, prevista nell'art. 178 c.p. e, più in generale, l'opzione a favore di un modello di consenso affermativo. L'obiettivo perseguito, giova ricordarlo, è stato quello di evitare che situazioni di silenzio o di paralisi della vittima e, più in generale, di incapacità a manifestare la propria volontà, determinate dal timore di andare diversamente incontro a mali peggiori ovvero frutto di ulteriori fattori coartanti, possano essere scambiate per accettazione dell'atto sessuale¹³⁶. Per evitare questo rischio si è dunque richiesto che il consenso sia mani-

¹³² Parla di un «vero e proprio effetto *boomerang* dal punto di vista mediatico» per una legge che si presentava come una «rivoluzione copernicana» rispetto alla tutela dalle nuove forme di aggressione dei delitti sessuali, MERENDA, *La "ley del solo sí es sí"*, cit., 14.

¹³³ Sulla controriforma, tra gli altri, QUINTERO OLIVARES, *la contrarreforma de los delitos contra la libertad sexual*, in *Global politics and law*, 6 de febrero de 2023; DÍAZ-GARCÍA-CONLLEDO-TRAPERO BARREALES, *La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿ la vuelta al Código penal de la Manada?*, in *Rev. electrónica de ciencia penal y criminología*, 5 de setiembre del 2023.

¹³⁴ Lo chiarisce il *Boletín Oficial del Estado*, n. 101, Viernes, 28 de abril de 2023.

¹³⁵ Lo segnala MERENDA, *La "ley del solo sí es sí"*, cit., 9.

¹³⁶ Come ricordato, in verità, anche il sistema spagnolo previgente la riforma del 2022 aveva consentito di riconoscere in questi casi l'aggressione sessuale, attraverso il ricorso al concetto di costrizione implicita, così come, ad esempio, aveva fatto il Tribunale Supremo proprio nel discusso caso Manada. Tuttavia, la possibilità che a volte gli stessi venissero ricondotti al reato meno grave di abuso sessuale aveva generato, come osservato, l'idea di una inadeguatezza dell'apparato normativo.

festato in maniera libera attraverso atti che, in base alle circostanze del caso, esprimano in maniera chiara la volontà della persona. Il comportamento affermativo di consenso all'atto sessuale rileva dunque già sul piano della tipicità della norma, imponendo al giudice di considerare illeciti tutti i rapporti sessuali che siano sprovvisti di autorizzazione. Senonché, la scelta di avere cristallizzato quello che avrebbe dovuto per i più rimanere un mero criterio di accertamento processuale è apparsa a molti troppo rigida e, in quanto tale, inadatta a far fronte alla variegata generalità di casi cui lo stesso si dovrebbe adattare¹³⁷. Nello specifico, quandanche si dovesse ritenere ammissibile la richiesta di una manifestazione positiva del consenso, ciò che invece apparirebbe eccessivo è escludere sempre che il soggetto agente possa desumere il consenso anche dal contesto generale nel quale matura il rapporto sessuale¹³⁸. Il timore è, in particolare, che nei casi dubbi il giudice, a differenza del passato, possa essere portato a condannare più facilmente l'imputato se dovesse emergere che la persona offesa non aveva manifestato chiaramente il suo consenso¹³⁹. Conseguenze più restrittive, in particolare, potrebbero aversi, come anticipato, sotto il profilo del dolo, in quanto basterebbe ad accertarlo che il soggetto agente sia consapevole della mancanza di comportamenti espliciti di consenso da parte del partner, il che riduce gli spazi di operatività dell'errore¹⁴⁰. In definitiva, il modello rischia di essere troppo sbilanciato a favore delle istanze di tutela della vittima a discapito di quelle di garanzia del

¹³⁷ Le situazioni possono essere molto diversificate. Un conto è, infatti, un rapporto di notte, magari con uno sconosciuto, o comunque in un contesto ludico, un altro quello che matura nell'ambito di un matrimonio o tra conviventi, ecc. Sul punto, tra gli altri, MERENDA, *La "ley del solo sí es sí"*, cit., 20. Ritene invece come nel momento in cui si sia scelto di concentrare la fattispecie incriminatrice sull'assenza del consenso il legislatore non possa poi esimersi dal definire cosa si intenda per consenso, e che anzi ciò giovi in termini di certezza giuridica, DE GIULI, *Ridefinire il concetto di violenza sessuale*, cit., 19.

¹³⁸ Così, MERENDA, *La "ley del solo sí es sí"*, cit., 19.

¹³⁹ I sostenitori del modello in esame provano in realtà a minimizzare i risultati pratici di una riforma che pure lo dovesse recepire. Si tende, in particolare, a negare che con ciò si arriverebbe davvero a punire le persone che ragionevolmente hanno creduto che l'atto sessuale fosse consensuale sostenendo semmai che l'adozione di un paradigma affermativo, anche senza richiedere un sì esplicito, servirebbe a dotare il PM di un valido strumento per punire i veri stupratori. Riferimenti in CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., 362 ss.

¹⁴⁰ Su questi aspetti, diffusamente, MERENDA, *La "ley del solo sí es sí"*, cit., 21 ss., per la quale il conseguenziale onere della persona, che propone un atto sessuale, di accertare la volontà positiva dell'altra parte può finire «per snaturare la realtà degli approcci tra i sessi, attraverso la previsione di protocolli comportamentali», la cui attuazione appare per questo irrealistica.

presunto autore della condotta di reato.

Dall'altro lato, tuttavia, una valorizzazione del modello consensualistico, pure se con diverse sfumature, è presente da tempo nei Paesi di *Common Law*, come il Regno Unito (art. 74, *Sexual Offences Act* 2003), ma ormai anche in diversi paesi europei. È così in Svezia (Chapter 6, Section 1 del *Sweden Criminal*)¹⁴¹, Francia (L. n. 2018-703)¹⁴², Croazia (art. 152 *Criminal Code croato*) e, ancora più recentemente, in Portogallo e Svizzera¹⁴³. A favore del modello affermativo portano, tra l'altro, tutte le indicazioni provenienti dagli organismi sovranazionali. In quest'ambito, da ultimo, il *Baseline Evaluation Report* sulla Germania¹⁴⁴, chiarisce come il modello del dissenso, sia pure temperato come quello tedesco, non risulti ancora conforme a quanto previsto dall'art. 36 della Convenzione di Istanbul, secondo il quale, lo si ribadisce, il consenso deve essere «dato volontariamente quale libera manifestazione della volontà della persona e deve essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto». Prevale, in definitiva, l'esigenza di ridefinire la violenza sessuale in modo tale da evitare soprattutto che in base al paradigma del “*no model*” atteggiamenti passivi possano essere scambiati per una manifestazione implicita di consenso. Il modello affermativo, oltre a garantire l'esclusione di qualunque onere di resistenza della vittima, implica dunque un importante messaggio pedagogico con cui si mira all'orientamento culturale dei cittadini: l'idea che il rapporto

¹⁴¹ Con la legge approvata il 23 maggio 2018 è stata prevista la violenza sessuale basata sul consenso positivo verbale o fisico ed è stato introdotto anche il reato di abuso sessuale negligente. Riferimenti in CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., 360.

¹⁴² Si tratta della L. n. 2018-703 *du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*, volta a rafforzare le misure per evitare gli abusi.

¹⁴³ La L. federale del 16 giugno 2023 ha modificato le norme sui delitti sessuali, superando la necessità della violenza o della minaccia per l'integrazione della violenza sessuale che risulta adesso incentrata sull'assenza del consenso. A spingere verso la riforma era stata la polemica suscitata da una serie di sentenze che avevano assolto l'imputato perché la vittima non aveva mostrato sufficiente resistenza. Durante i lavori preparatori si era discusso a lungo sulla scelta a favore del modello consenso affermativo, ritenuto da alcuni un possibile strumento di inversione dell'onere della prova, ma è prevalsa la prospettiva di quanti ne hanno sostenuto la bontà e negato il pericolo lamentato, sulla base del principio generale dell'*in dubio pro reo*. Oltre al dissenso verbale e a quello tacito, equivale ad assenza di consenso anche lo stato di choc della vittima (*freezing*) di cui il soggetto agente abbia consapevolezza. Le nuove norme puniscono anche il c.d. *stealthung*, il togliere o non usare sin dall'inizio il preservativo durante un atto sessuale consensuale all'insaputa del partner o senza averne ottenuto il consenso. Scaduto inutilmente il termine per il referendum, le norme sono entrate in vigore il 1° luglio 2024.

¹⁴⁴ GRECO/Inf (2022) 2, *Baseline Evaluation Report. Adopted by GREVIO on 24 June 2022*, published on 7 October 2022.

sessuale è lecito solo se c'è un consenso chiaro del partner¹⁴⁵.

5. *La necessità di una ridefinizione legislativa dei confini del delitto di violenza sessuale in Italia.* Guardando alle recenti riforme degli ordinamenti stranieri in raffronto con la situazione italiana emergono diverse analogie, non certo con le disposizioni incriminatrici dei delitti sessuali presenti nel nostro Codice penale, bensì in relazione all'interpretazione che ne è prevalsa, assolutamente trascurante il dato normativo. Come osservato, la violenza necessaria per l'applicazione del reato di cui all'art. 609 *bis* c.p. è ormai reinterpretata come ogni atto o fatto idoneo a coartare la volontà della vittima, fino a costringerla a compiere o a subire atti sessuali. Di conseguenza le altre modalità costrittive perdono un autonomo spazio applicativo, potendo facilmente esservi ricomprese¹⁴⁶. Si è annullata, perciò, ogni componente selettiva della condotta per incentrare di fatto la fattispecie sull'assenza del consenso¹⁴⁷.

Perdipiù, sotto quest'ultimo profilo, come osservato, ci si è allontanati da una iniziale "presunzione di consenso", per richiedere la necessità di una manifestazione di "dissenso", dapprima solo in forma espressa e poi anche in quella tacita. Inoltre, si è pure affermata l'ammissibilità di un dissenso *in itinere* oltre che l'integrazione di un dissenso anche nei casi di mancato rispetto delle modalità prima concordate¹⁴⁸.

Stando, tuttavia, agli ultimi approdi della nostra giurisprudenza, il modello dissensuale è stato superato da quello consensualistico affermativo, sia pure nella forma meno radicale del consenso "espressivo". Di fatto, i giudici italiani hanno sempre più spesso ribadito che si è responsabili di violenza sessuale se non si è ottenuto un consenso chiaro e inequivocabile, o in forma verbale

¹⁴⁵ Quanto alla speranza, tuttavia, che ciò possa innescare comportamenti virtuosi in ambito sessuale, sono in molti a sollevare il dubbio che sia proprio il diritto penale a doversi fare carico di simili istanze pedagogiche. Ritiene che non spetti al diritto penale doversi fare carico di simili istanze pedagogiche, tra gli altri, MERENDA, *La "ley del solo sí es sí"*, cit., 21 ss.

¹⁴⁶ Sottolinea, tuttavia, il recente riemergere di una certa autonomia della minaccia nei casi di *sextortion*, CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., 205 s.

¹⁴⁷ Sul punto, tra gli altri, MAUGERI, *I reati sessualmente connotati*, cit., 101 ss.; CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., 194 ss.; MERENDA, *La "ley del solo sí es sí"*, cit., 25 ss.; FLORA, *La tutela della libertà personale*, cit., 21 ss.

¹⁴⁸ È interessante, sotto quest'ultimo profilo, anche il caso di chi dovesse sfilare il preservativo fraudolentemente durante il rapporto, c.d. *stealthing*.

o desumibile da comportamenti concludenti¹⁴⁹. Si tratta di una soluzione che ha l'indubbio merito di escludere ogni onere di resistenza della vittima¹⁵⁰, senza gli eccessi di dover pretendere un'autorizzazione formale all'atto sessuale, che ingesserebbe i rapporti sessuali con un approccio di tipo "notarile"¹⁵¹. Ciò consente, di per sé, di considerare costrittive anche ipotesi in cui la persona offesa, pur non volendo l'atto sessuale, resti inerte o in silenzio, per paura di conseguenze più gravi o in presenza di altri fattori oggettivi coartanti. Lo si è visto in relazione alla richiamata costrizione ambientale¹⁵², rispetto alla quale la giurisprudenza di legittimità ha più volte riconosciuto la violenza sessuale, precisando che il delitto si perfeziona non solo di fronte a una condotta invasiva della sfera della libertà ed integrità sessuale altrui realizzata in presenza di una manifestazione di dissenso della vittima, ma anche davanti a quella posta in essere in assenza del consenso, non espresso neppure in forma tacita dalla persona offesa. Emblematiche, sotto questo profilo, le sentenze che affermano come il dissenso sia in realtà «da presumersi e che pertanto sia necessaria, ai fini dell'esclusione dell'offensività della condotta, una manifestazione di consenso del soggetto passivo che quand'anche non espresso, presenti segni

¹⁴⁹ Fra le altre, Cass., Sez. III, 23 giugno 2016, n. 22127, Rv. 270500-01, per la quale «integra l'elemento oggettivo del reato di violenza sessuale non soltanto le condotte invasive della sfera della libertà ed integrità sessuale altrui realizzata in presenza di una manifestazione di dissenso della vittima, ma anche quella posta in essere in assenza del consenso, non espresso neppure in forma tacita dalla persona offesa, come nel caso in cui la stessa non abbia consapevolezza della materialità degli atti compiuti sulla sua persona» (fattispecie in tema di atti sessuali realizzati nei confronti di una persona dormiente). Conf. Cass., Sez. III, 3 settembre 2016, n. 49597, Rv. 268186-01. Più di recente, Cass., Sez. III, 17 dicembre 2019, n. 12628, per la quale «non è ravvisabile in alcuna fra le disposizioni legislative introdotta a seguito dell'entrata in vigore della L. n. 66 del 1996 [...] un qualche indice normativo che possa imporre, a carico del soggetto passivo del reato [...] un onere, neppure implicito, di espressione del dissenso alla intromissione di soggetti terzi nella sua sfera di intimità sessuale dovendosi al contrario ritenere [...] che tale dissenso sia da presumersi e che pertanto sia necessaria, ai fini dell'esclusione dell'offensività della condotta, una manifestazione del consenso del soggetto passivo che quand'anche non espresso, presenti segni chiari ed univoci che consentono di ritenerlo esplicitato in forma tacita»; Cass., Sez. III, 16 ottobre 2019, n. 5512, in *www.sistemapenale.it*, 28 aprile 2020, con nota di FEDORCYK, *Attendibilità della vittima e accertamento del consenso nel reato sessuale*; Cass., Sez. III, 19 aprile 2023, n. 19599.

¹⁵⁰ Nega l'esistenza di indici normativi dai quali desumere un onere per la vittima, anche implicito, di espressione del dissenso alla intromissione di soggetti terzi nella sfera della sua intimità sessuale, dovendosi al contrario ritenere il dissenso presunto, tra le altre, Cass., Sez. III, 17 dicembre 2019, n. 12628.

¹⁵¹ BERTOLINO, *Spigolature a margine del seminario "La riforma dei reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale"*, in *La riforma dei delitti contro la persona*, a cura di AIPDP, Milano, 2023, 362.

¹⁵² Tra le tante, di recente, Cass., Sez. III, 21 marzo 2023, n. 1170, cit.

chiari e univoci che consentano di ritenerlo esplicitato in forma tacita»¹⁵³.

Una certa resistenza a riguardo si registra, come accennato, nella giurisprudenza di merito, più propensa a richiedere ancora un dissenso esplicito della vittima¹⁵⁴ e che resta talora protagonista di prese di posizione ispirate da preconvinzioni retrograde, purtroppo non ancora superate del tutto¹⁵⁵. Ma al di là di certi incespichi dei giudici, a favore del dissenso esplicito, o quantomeno riconoscibile, si pone pure una parte della dottrina, che lamenta come il modello del consenso affermativo sia troppo rigido e piegato eccessivamente alle istanze di tutela a discapito di quelle di garanzia¹⁵⁶.

In effetti, nel momento in cui non è indispensabile una manifestazione di dissenso da parte della vittima, diventa più delicato ricostruire la reale consapevolezza dell'assenza del consenso da parte dell'imputato, specie davanti all'inerzia della vittima. Altrettanto problematiche risultano le situazioni in cui il consenso al rapporto sessuale, prestato dalla persona inizialmente, venga meno nel corso della congiunzione sessuale. Nei suddetti casi, in sostanza, la vicenda specifica o la sua evoluzione potrebbero non essere esattamente percepite dal soggetto agente e si pone, di conseguenza, la complessa valutazione dell'errore¹⁵⁷. Si è già detto di come seguendo il modello affermativo, per il riconoscimento del dolo sia sufficiente che chi agisce sia consapevole del fatto che in ogni caso un consenso chiaro all'atto sessuale non sia stato manifestato¹⁵⁸.

Per far fronte a questi problemi in diverse sentenze ci si appella alla scriminante del consenso dell'avente diritto, ragionevolmente presunto. Semmonché,

¹⁵³ Cass., Sez. III, 10 maggio 2023, n. 19599, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 11 maggio 2023.

¹⁵⁴ Ha riconosciuto tale, ad esempio, il pianto della vittima, Cass., Sez. III, 15 ottobre 2019, n. 42118; Cass., Sez. III, 4 aprile 2017, n. 16609; ovvero la circostanza che i coniugi non avevano rapporti sessuali da tempo e vivessero separati in casa, Cass., Sez. III, 18 gennaio 2021, n. 1764.

¹⁵⁵ V. *supra*, nota n. 11.

¹⁵⁶ Fra gli altri CADOPPI, *Il "reato penale". Teoria e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, 2022, 304; MAUGERI, *I reati sessualmente connotati*, cit. *passim*; MERENDA, *La "ley del sol sí es sí*, cit., 30.

¹⁵⁷ Sottolinea come il problema della rilevanza del consenso si ponga soprattutto quando si definisce la violenza sessuale prescindendo dagli elementi costrittivi della violenza e della minaccia, CADOPPI, *Art. 609 bis c.p.*, cit., 540.

¹⁵⁸ Anche in questi casi, infatti, si configura una illecita compromissione della libertà sessuale individuale. V. Cass. Sez. III, 24 febbraio 2004, n. 25727, Rv. 228687; Cass., Sez. III, 11 dicembre 2007, n. 4532, Rv. 238987; Cass., Sez. III, 19 marzo 2019, n. 20780; Cass., Sez., III, 5 ottobre 2017, n. 2400, Rv. 272074. *Contra*, tuttavia, tra le altre, Cass., Sez. III 25 novembre 2021, n. 3326, Rv. 282715.

l'art. 609 *bis* c.p. rientra tra le fattispecie in cui il consenso non è causa di giustificazione, bensì elemento del fatto tipico¹⁵⁹, in quanto la sua presenza elide la carica offensiva del fatto e dunque la sua tipicità, laddove la scriminante non esclude l'offesa, ma la giustifica. Peraltro, la libertà di autodeterminazione è coesistente allo stesso bene giuridico tutelato, mentre nel caso in cui il consenso funga da causa di giustificazione la tutela del bene giuridico assume un significato autonomo rispetto alla libertà decisionale del suo titolare¹⁶⁰. Anche se non esplicitato nella formulazione della fattispecie, perciò, la violenza sessuale presuppone implicitamente l'assenza del consenso tra gli elementi tipici. Per escludere la tipicità dell'atto il consenso deve esistere per tutta la durata dell'intero atto sessuale¹⁶¹, inoltre deve essere libero e non condizionato. Vero ciò, l'esimente putativa del consenso dell'avente diritto non è in questo caso configurabile.

Posta la permanenza di una confusione di fondo nella giurisprudenza a riguardo, sono comunque diverse le sentenze italiane che seguono correttamente la valorizzazione dell'assenza del consenso come elemento di tipicità del reato e che nei casi in cui il soggetto erra a rappresentarsi la necessità di un dissenso espresso o tacito, arrivano ad applicare l'errore sulla legge penale, ai sensi dell'art. 5 c.p. inescusabile se non in caso di errore o ignoranza inevitabili¹⁶². In questo contesto si riducono di fatto al minimo le situazioni di erro-

¹⁵⁹ Tra gli altri ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1995; BERTOLINO, *Libertà sessuale e tutela penale*, cit., 146; MUSACCHIO, *Il delitto di violenza sessuale*, cit., 42; VIZZARDI, *Sub art. 609 bis c.p.*, cit., 76. Evidenzia la confusione della giurisprudenza italiano sul punto, DELL'OSSO, *Assensi artificiali*, cit., 2 ss., che indica con il termine "assenso" l'ipotesi in cui il consenso esclude la tipicità, mentre con quello di "consenso", il caso in cui vale come causa di giustificazione. Utilizza, come noto, due espressioni diverse per indicare le differenti funzioni del consenso anche PEDRAZZI, *Il consenso dell'ordinamento*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 140 ss., il quale parla di consenso "proprio" per indicare quello che incide sull'antigiuridicità e di consenso "improprio" per quello che elide la tipicità.

¹⁶⁰ Si veda TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, 165 ss.

¹⁶¹ Cass., Sez. III, 29 gennaio 2008, n. 4532, per la quale «il consenso agli atti sessuali deve perdurare nel corso dell'intero rapporto senza soluzione di continuità, con la conseguenza che integra il reato di violenza sessuale la prosecuzione di un rapporto nel caso in cui il consenso originariamente prestato venga poi meno a seguito di un ripensamento o della non condivisione delle forme o modalità di consumazione dell'amplesso». Conf., tra le altre, Cass., Sez. III, 1° ottobre 2012, n. 37916. Più di recente Cass., Sez. III, 20 novembre 2019, n. 7490, in *Guida dir.*, 2020, 25, 103; Cass., Sez. III, 19 novembre 2021, n. 1559.

¹⁶² Per tutte, Cass., Sez., III, 5 ottobre 2017, n. 2400, Rv. 272074; Cass., Sez. III, 5 aprile 2019, n. 15010,

re di fatto a vantaggio di quello di diritto inescusabile¹⁶³. Esiste, tuttavia, nella giurisprudenza, un orientamento meno rigoroso, ma comunque condivisibile, che, pur ritenendo l'assenza del consenso elemento tipico del reato, apre alla rilevanza del dubbio sulla «ricorrenza di un valido elemento soggettivo solamente nel caso in cui l'errore si fondi sul contenuto esplicito, in ipotesi equivoco, di precise e positive manifestazioni di volontà promananti dalla parte offesa»¹⁶⁴. L'agente deve cioè aver frainteso l'ambiguo atteggiamento positivo della vittima che potrebbe essere scambiato, per errore, magari dovuto anche a precomprensioni stereotipate di genere, per una manifestazione di volontà positiva¹⁶⁵. Diversamente, però, non sarebbe possibile essere scusati nel caso in cui l'errore sul consenso derivi da un atteggiamento inerte della vittima o da circostanze situazionali esterne. Si impone, in definitiva, per questa via, di fronte ad ogni atto sessuale, il preventivo accertamento da parte di chi lo propone della volontà positiva del partner, anche se resta comunque la validità del principio generale dell'*in dubio pro reo*.

Detto ciò, da una valutazione complessiva dell'evoluzione giurisprudenziale sul ruolo del consenso della vittima e delle modalità esecutive necessarie della violenza sessuale, è evidente che gli ultimi approdi garantiscono una più efficace protezione della capacità di autodeterminazione della vittima; dall'altro lato, però, desta preoccupazione lo iato che si è venuto a creare tra l'interpretazione correttiva della fattispecie e i principi generali di tassatività e determinatezza dell'ordinamento che dovrebbero presiedervi. La forzatura della norma, cioè, sia pure volta al nobile obiettivo di garantire una maggiore

Rv. 275393; Cass., Sez. III, 19 marzo 2019, n. 20780; Cass., Sez. III, 19 novembre 2021, n. 1559, in *Cammino dir.*, 25 aprile 2022, con nota di BIONDI, *Il consenso della violenza sessuale secondo la giurisprudenza della Cassazione*. *Contra*, tuttavia, tra le altre, Cass., Sez. III 25 novembre 2021, n. 3326, Rv. 282715.

¹⁶³ Sull'errore sul consenso, MERENDA, *La "ley del solo sí es sí"*, cit., 21 ss.

¹⁶⁴ Cass., Sez. III, 9 marzo 2016, n. 49597; Cass., Sez. III, 22 febbraio 2019, n. 18864; Cass., Sez. III, 19 novembre 2021, n. 1159, cit., per le quali è «irrelevante l'eventuale errore sull'espressione del dissenso anche ove questo non sia stato esplicitato», ma può invece essere preso in considerazione un «dubbio sulla ricorrenza di un valido elemento soggettivo solamente nel caso in cui l'errore si fondi sul *contenuto espressivo*, in ipotesi equivoco, di precise e positive manifestazioni di volontà promananti dalla parte offesa».

¹⁶⁵ In questo caso, pertanto, l'errore cadrebbe ancora sul fatto. Si pensi, per fare un esempio, al comportamento della donna che si toglie la giacca, atteggiamento che viene scambiato per un consenso ad un approccio sessuale, ma dovuto, nella realtà, solo alla temperatura troppo alta.

tutela dei diritti umani¹⁶⁶ e ispirata esplicitamente o implicitamente alle indicazioni sovranazionali, costituisce sempre un uso improprio del diritto¹⁶⁷. Una simile operazione, in sostanza, non può essere rimessa alla creatività del giudice, specie se, come in questo caso, gli esiti sono quelli di una estensione *in malam partem* del reato, vietata tanto dall'art. 25, secondo co. della Cost., quanto dall'art. 7 della CEDU¹⁶⁸, oltre che in contrasto col principio di prevedibilità tanto valorizzato dalla stessa Corte europea. Si ha quindi l'esigenza che disposizioni normative non più al passo con i mutati valori sociali siano sanate dal legislatore, che deve ritornare ad assumere il ruolo di selezionatore dei comportamenti penalmente rilevanti¹⁶⁹.

6. *Verso quale riforma?*⁹ Un certo interesse, in una prospettiva *de jure condendo*, presenta la proposta elaborata dall'associazione italiana dei professori di diritto penale (d'ora in poi AIPDP)¹⁷⁰, presieduta dal prof. Seminara, che,

¹⁶⁶ Si parla comunemente di “*positive obligations*” nascendo da precisi obblighi convenzionali.

¹⁶⁷ Si vedano sul punto le riflessioni di VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1, 42 ss., il quale ribadisce «come lo strumento dell'interpretazione conforme non possa e non debba condurre l'interprete a forzare le norme incriminatrici vigenti, al pur nobile fine di assicurare una tutela adeguata ai diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU nel caso concreto». Il ragionamento dell'autore può valere ugualmente rispetto a ogni fonte sovranazionale, compreso la Convenzione di Istanbul. Più in generale, sulla crisi tra legislazione e diritto vivente PALIERO, MOCCIA, DE FRANCESCO, INSOLERA, PELISSERO, RAMPIONI, RISCATO, *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, Atti del Convegno di Napoli, 7-8 novembre 2014, Napoli, 2016.

¹⁶⁸ Ritiene che l'interpretazione giurisprudenziale “sfiori l'analogia *in malam partem*”, ROMANO, *Proposte in malam partem*, cit. 5; più radicali nel giudizio, tra gli altri, SEMINARA, *I delitti contro la personalità sessuale*, cit., 180; VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., 202; MACRÌ, *Verso un nuovo diritto penale sessuale*, cit., 43.

¹⁶⁹ MAUGERI, *I reati sessualmente connotati*, cit., 101 ss.; CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., 194 ss. Parla di una riforma del delitto di violenza sessuale come «necessità non più procrastinabile, nella prospettiva di risolvere le gravi criticità emerse in sede applicativa» MERENDA, *La “ley del solo sí es sí”*, cit., 28. L'A. ritiene pure che, oltre a rispondere alle istanze sovranazionali, espresse dal Gruppo di esperti sulla lotta contro la violenza sulle donne e la violenza domestica (GREVIO), ciò possa servire anche a dare indicazioni più univoche in base alle quali i consociati possano orientare i propri comportamenti.

¹⁷⁰ Il gruppo di lavoro è stato coordinato dal prof. Seminara. Sulla riforma cfr. SEMINARA (a cura di) *Reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale*, in www.aipdp.it; BALBI, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, contributo all'VIII Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto penale, Napoli, 30 e 31 maggio 2019, su *La riforma dei reati contro la persona*, pubblicato su www.sistemapenale, 3 marzo 2020, 3; ACALE SÁNCHEZ, *La riforma dei reati sessuali in Italia vista da occhi stranieri*, *ivi*, 24 novembre 2020. Esprime un giudizio negativo sulla scelta di avere basato la distinzione tra le norme sul criterio degli atti penetrativi o meno,

cercando di conciliare le nuove istanze valoriali col necessario rispetto del principio di tassatività e di offensività, ha intanto introdotto un Capo o una sezione autonomi, denominata “Delitti contro la personalità sessuale”¹⁷¹.

La seconda grande novità è costituita dalla previsione di due fattispecie incriminatrici, una più grave di “violenza sessuale”¹⁷² e una meno grave di “aggressione sessuale”¹⁷³, a seconda, rispettivamente, del carattere penetrativo o meno degli atti sessuali compiuti¹⁷⁴. Più in particolare, entrambe le disposizioni incriminatrici stabiliscono una ipotesi base, incentrata sulla mera assenza del “valido consenso” della vittima, e come aggravanti la violenza¹⁷⁵, la minaccia e l’abuso di potere giuridicamente fondato¹⁷⁶, alle quali si aggiunge il caso in cui la violenza avviene «determinando nella persona offesa uno stato di incapacità»¹⁷⁷. Sono inoltre contemplate specifiche fattispecie parallele quando la persona offesa è minorenni¹⁷⁸.

BIAGGIONI, *Consenso e tipizzazione delle condotte*, cit., 7 ss.

¹⁷¹ L’opzione di un settore autonomo in cui far confluire i reati posti a tutela della sfera sessuale era già stata auspicata, tra gli altri, da ROMANO, *Proposte di riforma*, cit., 3. Sui motivi della scelta, BALBI, *I reati contro la libertà e l’autodeterminazione sessuale*, cit.; MAUGERI, *Osservazioni sulle proposte in materia di reati sessualmente connotati*, cit., 366 ss.; BERTOLINO, *Spigolature*, cit., 377 s.

¹⁷² Sez. 1, Art. 1. Violenza sessuale. Chiunque compie atti sessuali penetrativi nei confronti di taluno, senza il suo valido consenso, è punito con la reclusione [x] La pena è aumentata se il fatto è commesso. 1) con violenza o minaccia; 2) con abuso di un potere giuridicamente fondato; 3) determinando nella persona offesa uno stato di incapacità. La pena è diminuita nel caso di errore evitabile sul consenso.

¹⁷³ Sez. 1, Art. 2. Aggressione sessuale. Chiunque, senza un valido consenso, compie atti oggettivamente sessuali non penetrativi mediante contatto fisico ovvero induce qualcuno, senza il suo consenso, a compiere i medesimi su sé stesso, è punito con la reclusione [x] Si applicano le circostanze previste dall’articolo (1), secondo e terzo comma.

¹⁷⁴ A favore della distinzione di due fattispecie di diversa gravità, tra gli altri, BALBI, *I reati contro la libertà e l’autodeterminazione sessuale*, cit., 2; MERENDA, *La “ley del solo sí es sí”*, cit., 29; BOTTO, *Le molestie sessuali “dentro” e “fuori” dal confine dell’art. 609 bis c.p. Un’indagine sulla distinzione tra molestia e aggressione sessuale a partire dalla “doppia narrazione” degli “atti repentini”*, in *Arch. pen. web.*, 2023, 2, per la quale l’omnicomprensività della fattispecie continua a presentarsi come uno degli aspetti maggiormente problematici del reato di violenza sessuale. Favorevoli alla distinzione di più fattispecie da tempo anche MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale*, cit., 116 ss.; BERTOLINO, *Libertà sessuale e tutela penale*, cit., *passim*; FIANDACA, *Violenza sessuale* (voce), cit., 1156.

¹⁷⁵ La violenza torna evidentemente in questo modo ad assumere il significato semantico che implica l’uso di un’energia fisica.

¹⁷⁶ In questo senso si ridurrebbe l’ambito applicativo dell’abuso di autorità come interpretato dalle Sezioni unite con la citata sentenza del 2021, che lo estende, come osservato, anche alle situazioni di potere generate da rapporti di fatto.

¹⁷⁷ L’ipotesi, come già ricordato, aggrava anche la disposizione vigente dell’art. 609 bis c.p., potendo essere ricondotta al caso in cui si utilizzino armi o “sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti o di altri strumenti o sostanze gravemente lesivi della salute della persona, previsto all’art. 609 ter c.p., n. 2.

¹⁷⁸ Sez. 2, art. 4. Violenza sessuale in danno di minore. Se il fatto di cui all’art. (1) è commesso nei con-

Prima di esaminare i delitti nello specifico è utile soffermarsi sul modello di consenso prescelto. L'AIPDP segue una soluzione più *soft* rispetto al modello di consenso affermativo sposato di recente dall'ordinamento spagnolo, ma nello stesso tempo non richiede neppure l'espressione di un dissenso come fa la legislazione tedesca. L'inciso, presente nella proposta, opta infatti per l'espressione "senza il suo valido consenso" (da riferire alla vittima dei reati richiamati), che può considerarsi una soluzione intermedia tra le due prima richiamate. Il fatto illecito sarà dunque integrato dalla sola «assenza di un valido consenso, non per forza esplicito, ma attuale e riconoscibile». Come spiega la coordinatrice del gruppo di lavoro, il presupposto della scelta di dare rilevanza al mero consenso è l'idea che l'attività sessuale non sia né un'attività lecita né illecita, ma di tipo neutro, perciò non è necessario che la vittima manifesti o dichiari il dissenso (*no means no*), come imporrebbe il modello dissensuale, ma neanche che esprima il proprio consenso in forma positiva (*yes means yes*), come pretende il paradigma consensualistico affermativo, snaturando i rapporti sessuali con una visione di tipo "notarile"¹⁷⁹. Da qui l'opzione a favore di un richiamo al solo consenso, che va dunque ricercato di volta in volta sulla base delle circostanze in cui matura l'atto sessuale. Ciò attribuisce al giudice una certa discrezionalità, ma necessaria per garantire un accertamento più prudente del reale processo interattivo verificatosi tra le parti¹⁸⁰.

Nello schema di articolato si è avvertita l'esigenza di chiarire i casi in cui il consenso non è valido, ma solo rispetto alle ipotesi in cui la persona offesa è un minore¹⁸¹, mentre qualora si tratti di un adulto questo compito è rimesso in

fronti di persona di età inferiore agli anni diciotto, si applica la pena della reclusione [x +]. La pena è aumentata se il fatto è commesso. 1) con violenza o minaccia; 2) con abuso di un potere giuridicamente fondato o di un potere di fatto; 3) nei confronti di un minore di anni dodici.

art. 5. Aggressione sessuale in danno di minore. Se il fatto di cui all'art. (2), primo comma, è commesso nei confronti di persona di età inferiore agli anni diciotto, si applica la pena della reclusione [x - +]. Si applicano le circostanze di cui all'art. (4), secondo e terzo comma.

¹⁷⁹ BERTOLINO, *Spigolature*, cit., 362.

¹⁸⁰ Se ne compiace MERENDA, *La "ley del solo sí es sí"*, cit., 29.

¹⁸¹ Art. 6 Valido consenso. Agli effetti della presente Sezione, si considera valido il consenso se prestato: 1) dal maggiore di anni quattordici; 2) dal maggiore di anni tredici, quando la differenza di età fra i soggetti non è superiore a quattro anni. Non è valido il consenso prestato dal minore di anni diciotto nei confronti di chi abbia sul medesimo un potere giuridicamente fondato o un potere di fatto.

toto al giudice. Se si legge la relazione di accompagnamento, tuttavia, si precisa che rientrano nei casi di consenso invalido quelli che coinvolgono i soggetti in condizione psicofisica fortemente alterata o con minorità psicofisica. Ma vengono ricondotti ai casi di consenso invalido anche quelli di chi trattiene atti sessuali con una persona costretta da altri a “vendere il proprio corpo”, o della paziente cui il ginecologo fa credere con l’inganno che determinati atti siano funzionali alla visita.

Si tratta di situazioni, come ricorda la stessa relazione, già oggi punite dalla giurisprudenza, ma attraverso *escamotage* che forzano il dato testuale; perciò, non può che accogliersi con favore una regolamentazione normativa di quanto si è fin qui affermato attraverso il diritto vivente¹⁸². Anzi, dispiace che la proposta di articolato abbia rinunciato a catalogare i casi di consenso invalido rispetto all’adulto¹⁸³.

Nonostante la proposta in esame accolga un modello consensuale meno radicale di quello affermativo, non manca chi resta preoccupato di possibili derive presuntive che ne potrebbero derivare e ribadisce, per questo, la preferenza per il paradigma “dissensuale temperato” o “consensuale limitato”, previsto nell’ordinamento tedesco, che incentra, come detto, la fattispecie base della violenza sessuale sul dissenso della persona offesa, sia espresso che non espresso, ma comunque “riconoscibile” (*gegen den erkennbaren Willen*, par. 177/1) e perciò ricavabile da comportamenti concludenti, ma anche dalle circostanze del caso concreto. La relazione al progetto della legge tedesca, che l’ha introdotto, spiega che la scelta è stata voluta per non far dipendere la tipicità degli atti sessuali solo da uno stato mentale della vittima. In questo modo si cerca cioè di tutelare anche la posizione di chi agisce, diversamente troppo trascurata. E proprio l’esigenza di mediare tra le esigenze della tutela della persona oggesa e quelle di garanzia dell’imputato spinge diverse voci, anche nella dottrina italiana, come anticipato, a favore di questo paradigma, meno drastico di quello del consenso affermativo, ma anche rispetto alla soluzione

¹⁸² Tutto ciò considerato avrebbe comunque preferito che si chiarisse direttamente nella proposta la disciplina delle ipotesi di consenso invalido richiamate nella relazione di accompagnamento, CADOPPI, *Il reato penale*, cit., 205.

¹⁸³ Quanto all’indicazione di consenso invalido riguardante i minori sarebbe il caso di estendere l’ipotesi di abuso di poteri giuridicamente fondati o di fatto, anche all’abuso di influenza o di fiducia.

adottata dall'AIPDP¹⁸⁴.

Senonché, si tratta di una preoccupazione che ci appare eccessiva per una serie di ragioni. Intanto, pure rispetto all'espressione utilizzata dal Codice penale tedesco, "contro la volontà riconoscibile di un'altra persona", non sono mancati problemi di carattere interpretativo. Difficoltà di accertamento sulla reale esistenza del consenso esistono cioè anche se richiesto in forma positiva o negativa, e perciò si ripropongono più o meno in tutti gli ordinamenti a prescindere dal paradigma adottato.

A ben vedere, inoltre, il modello del dissenso "temperato", arricchito da previsioni *ad hoc* per i casi in cui non sia possibile per la vittima manifestare il dissenso, da un lato, e quello del consenso affermativo di tipo "espressivo", specie se si consente di dedurre il consenso anche da circostanze esterne¹⁸⁵ e non solo da comportamenti concludenti, dall'altro, non differiscono di molto¹⁸⁶. Se si apportano, cioè, i menzionati correttivi i due paradigmi non sono così diversi, restando differente, semmai, la base ideologica di fondo che li anima. La decisione a favore dell'uno o dell'altro modello resta perciò legata a valutazioni squisitamente di politica criminale.

In una prospettiva *de jure condendo*, pertanto, vanno sicuramente evitate le formulazioni estreme di entrambi i modelli di consenso richiamati, mentre poi la preferenza per uno o per l'altro, ovvero per la soluzione meramente consensualistica indicata dal gruppo di lavoro, dipende molto da come vengano calati nell'ordinamento.

Nello stesso modello tedesco, ad esempio, come osservato, pur partendo dalla richiesta di un dissenso riconoscibile, il legislatore ha poi precisato la rilevanza penale di alcune condotte che diversamente non avrebbero potuto essere inquadrate in questo ambito (da qui l'aggettivo "temperato" che lo qualifica): accade così per gli atti a sorpresa, ovvero per quelli di coazione ambientale, come pure per quelli in cui la persona offesa non si trovi nelle condizioni di esprimere un dissenso perché in situazione di minorità psico-fisica perma-

¹⁸⁴ Tra gli altri, MERENDA, *La "ley del solo sí es sí"*, cit., 30 s., ma nello stesso senso, CADOPPI, *Il "reato penale"*, cit., 304.

¹⁸⁵ Non può tacersi, tuttavia, come siano in molti a non riconoscere tale variante come un reale modello affermativo di consenso.

¹⁸⁶ Conf. CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., 376.

nente o temporanea. Ecco perché il giudizio negativo espresso dal menzionato rapporto del GREVIO sulla disciplina tedesca, accusata di essere incompatibile con le disposizioni della Convenzione di Istanbul ci sembra sproporzionata¹⁸⁷. Per altro verso, gli eccessi del modello consensuale affermativo di tipo notarile, vengono meno nella tipologia di consenso espressivo, per di più se, come detto, ricavabile tenendo conto anche delle circostanze esterne.

In definitiva, indipendentemente da quale dei modelli si scelga, pertanto, per evitare soluzioni troppo rigide in un senso o nell'altro, che rischierebbero di non adattarsi a tutte le variabili in cui i rapporti sessuali possono manifestarsi, è perciò fondamentale trovare il giusto equilibrio tra gli interessi in gioco. Così, in particolare, se si opta per il modello dissensuale, l'apparato normativo va certamente arricchito con la previsione della rilevanza penale di quelle situazioni in cui per la vittima è impossibile esprimere un dissenso. Non contemplarle sarebbe, infatti, una lacuna intollerabile anche alla luce delle indicazioni provenienti dagli organismi sovranazionali e destinerebbe la riforma a una nuova azione di interpretazione correttiva della giurisprudenza. Diversamente, se si proponesse un paradigma consensualistico di tipo affermativo, diventerebbe opportuno, non solo prediligere la variante espressiva, e dunque dare rilevanza anche a segni chiari e univoci di consenso in forma tacita, ma pure attribuire un ruolo nella valutazione del giudice alle circostanze esterne¹⁸⁸. Del resto, un richiamo alle circostanze è contenuto nella stessa definizione di consenso presente nella Convenzione di Istanbul.

L'opzione a favore di un modello consensualistico puro, invece, fatta propria dall'AIPDP supera i suddetti rilievi, non vincolando in nessun modo il giudice nella ricerca del consenso e della sua validità per impegnarlo ad una verifica più scrupolosa della dinamica del fatto. I vantaggi di questa soluzione sono intuibili, ma per evitare ancora possibili storture applicative sarebbe il caso di tipizzare alcune ipotesi controverse.

Quanto all'elemento soggettivo del reato il Gruppo di lavoro ha poi stabilito

¹⁸⁷ Resta semmai l'incongruenza rispetto alla disciplina delle molestie sessuali, come quelle subite in ambito lavorativo, che, come detto, non vengono ricomprese nel ricco arsenale di delitti sessuali predisposto dal codice tedesco.

¹⁸⁸ Valga, come esempio, il caso di chi si trova in un locale per scambisti e sia portato per questo a credere che le persone presenti siano necessariamente propense all'atto sessuale.

l'introduzione di una attenuante per i casi di errore evitabile, applicabile al soggetto agente che abbia colposamente travisato o ignorato i segnali di dissenso o consenso manifestati dal soggetto passivo¹⁸⁹. Si contravviene in questo modo alla disciplina generale in tema di colpevolezza prevista dall'art. 47 c.p., che stabilisce la punibilità dell'errore dovuto a colpa solo se il reato è previsto come colposo.

Sarebbe, pertanto, più corretta sul piano dogmatico, l'introduzione di una fattispecie colposa di violenza sessuale, analogamente a quanto è avvenuto di recente in taluni ordinamenti¹⁹⁰.

Altri, analizzando in particolare la questione degli assensi artificiali in situazioni di alterazione da alcool o da stupefacenti¹⁹¹, o più in generale¹⁹², suggeriscono invece la previsione di una fattispecie penale meno grave, punibile a

¹⁸⁹ Spiega la coordinatrice del gruppo di lavoro, BERTOLINO, *Spigolature*, cit., 362, che si è scelta la soluzione dell'attenuante perché l'introduzione di una fattispecie colposa è più discussa in dottrina.

¹⁹⁰ È accaduto così in Svezia con la riforma del 2018, che ha inserito il reato di abuso sessuale negligente. La disciplina del Canada, analogamente al SOA dell'Inghilterra, attribuisce rilevanza all'errore ragionevole, solo se il soggetto ha adottato tutte le misure necessarie per verificare il consenso altrui. Favorevole alla previsione di un delitto colposo, MERENDA, *La "ley del solo si es si"*, cit., 31. Per l'A. si tratta di un modo per ovviare al criticabile atteggiamento della giurisprudenza di costruire il dolo eventuale della violenza sessuale seguendo ancora il vecchio schema dell'accettazione del rischio, ormai superato come noto dalle Sezioni unite. Nello stesso senso VITELLI, *Equivoci ricorrenti in tema di violenza sessuale fra ragioni "oggettive" della vittima e quelle "sogettive" del suo autore materiale: la lesione sessuale "colposa" come possibile soluzione normativa di equilibrio con positiva valenza culturale*, in *Giur. it.*, 2022, 12 ss. Cfr. MATTHEUDAKIS, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili di consenso della vittima*, in *Revista de Direito Brasileira*, 2020, 25, 10, 297, che introduce un parametro di giudizio, di imputazione dato dalla colpa grave. ID., *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna, 2020. Su forme di responsabilità miste, DEMURO, *La combinazione dolo-colpa. Un modello generalizzabile a partire dalla preterintenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 543 ss.

¹⁹¹ DELL'OSSO, *Gli assensi artificiali*, cit., 28 s. Sull'ipotesi cfr. MAUGERI, *Osservazioni sulle proposte in materia di reati sessuali*, cit., 380, per la quale «Si potrebbe riflettere su tale proposta, chiaramente tranne che non si ricada nell'ipotesi in cui l'ubriachezza è tale che la persona è chiaramente in uno stato di black out o comunque lo stato di ubriachezza è tale da poter individuare un'ipotesi di violenza per induzione da parte di chi approfitta al momento del fatto delle condizioni di inferiorità fisica o psichica, purché però in base alla migliore giurisprudenza si accerti che la condotta di abusiva prevaricazione abbia generato un assenso che altrimenti non sarebbe stato prestato». Esperienze di questo tipo sono state attuate di recente in Australia e Nuova Zelanda. Per più ampi riferimenti, CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., 415, che ritiene tali strumenti anche utili a poter intercettare una buona parte della cifra oscura che caratterizza i delitti sessuali.

¹⁹² CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., *passim*, facendo leva soprattutto sul tipo di relazione che lega il soggetto agente e la vittima, negandone l'applicazione, ad esempio, quando il primo è uno sconosciuto. L'A. immagina questa soluzione non solo come risposta integrativa, ma anche alternativa alla giustizia tradizionale.

querela della persona offesa e per la quale prospettare una causa estintiva da legare al sistema della giustizia riparativa. Si tratterebbe, tuttavia, di una misura solo eventualmente aggiuntiva.

Tornando alla formulazione delle fattispecie, si è già detto che l'AIPDP propone rispetto agli adulti due fattispecie incriminatrici, una più grave di "violenza sessuale" e una meno grave di "aggressione sessuale", a seconda, rispettivamente, del carattere penetrativo o meno degli atti sessuali. Per entrambe le disposizioni si stabiliscono, inoltre, una ipotesi base, incentrata sulla mera assenza del "valido consenso" della vittima, e come aggravanti la violenza, la minaccia e l'abuso di potere giuridicamente fondato, alle quali si aggiunge il caso in cui il reato avviene "determinando nella persona offesa uno stato di incapacità".

Si supera in questo modo l'incongruenza generata dalla L. n. 66 del 1996 di avere fatto confluire in un'unica fattispecie situazioni, per quanto tutte spregevoli, dal diverso disvalore oggettivo, che vanno dagli atti penetrativi ai tocamenti repentini o furtivi sui glutei o altra parte del corpo di interesse sessuale, fino al bacio a labbra chiuse o sulla guancia¹⁹³ ovvero carezze non gradite, lasciando poi alla sola attenuante dei casi di minore gravità la possibilità di graduare verso il basso la pena.

È noto, infatti, come l'espressione "atti sessuali", contenuta nell'art. 609 *bis* c.p., si sia rivelata particolarmente indeterminata¹⁹⁴, anche se prevale una interpretazione di tipo "oggettivo-scientifico" o "anatomico-culturale", legata al «contatto *corpore corporis* con le zone erogene», in linea con un diritto penale del fatto¹⁹⁵. Non mancano, però, sentenze che superano la suddetta delimitazione, per concentrarsi su una impostazione di tipo soggettivistico, legata a ciò che è capace di fornire piacere sessuale al soggetto agente¹⁹⁶, che si presta ad ampliarne la categoria. Analogamente, un ulteriore indirizzo giurisprudenziale

¹⁹³ Critici, CADOPPI, *Il "reato penale"*, cit., 300 ss.; CADOPPI-VITIELLO, *A Kiss Is Just a Kiss, or Is It? A Comparative Look at Italian and American Sex Crimes*, in *40 Seton Hall L. Rev.*, 191, 2010, 222; CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., 269 ss.

¹⁹⁴ Dubbi di legittimità costituzionale sono stati espressi da Trib. Crema, 21 ottobre 1998, in *Giur. it.*, 1999, 830.

¹⁹⁵ Per tutte, Cass., Sez. III, 16 gennaio 2015, n. 24683.

¹⁹⁶ Tra le altre, Cass., Sez. III, 18 ottobre 2005, n. 44246; Cass., Sez. III, 26 ottobre 2011, n. 45950; Cass., Sez. III, 2 marzo 2017, n. 51582.

ziale, di tipo contestuale-relazionale, non rinuncia a una componente oggettiva, ma calibra la rilevanza degli atti a seconda delle circostanze presenti in talune situazioni specifiche e del rapporto instauratosi tra autore e vittima. Sono state per questa via ritenuti atti sessuali, rilevanti ai sensi dell'art. 609 *bis* c.p., ad esempio, anche un bacio fugace nella guancia¹⁹⁷ o ancora comportamenti privi del contatto *corpore corporis* come atti esibizionistici o di autoerotismo in presenza di terzi costretti ad assistervi¹⁹⁸ ed è pure stata ammessa la violenza sessuale realizzata a distanza attraverso strumenti telematici finanche senza coinvolgimento delle zone erogene¹⁹⁹.

In verità, la formulazione di un'unica disposizione di violenza sessuale era stata voluta dal legislatore della riforma nell'interesse della persona offesa, sì da evitarle nel processo l'ulteriore umiliazione di un accertamento troppo invasivo e insidioso, diretto ad individuare l'esatta fattispecie incriminatrice da applicare tra la congiunzione carnale e gli atti di libidine violenti e, dunque, un processo di vittimizzazione secondaria. Tuttavia, non solo si è dato così vita, come detto, ad una disposizione da applicare a situazioni troppo eterogenee tra loro, ma lo si è fatto anche inutilmente rispetto all'annunciato obiettivo.

¹⁹⁷ Si veda, per esempio, Cass., Sez. III, 17 febbraio 2021, n. 6158, per la quale il bacio nella guancia «configura violenza sessuale, nella forma consumata e non tentata, allorquando in base a una valutazione complessiva della condotta che tenga conto del contesto ambientale e sociale in cui l'azione è stata realizzata, del rapporto intercorrente tra i soggetti coinvolti e di ogni altro dato fattuale qualificante, possa ritenersi che abbia inciso sulla libertà sessuale della vittima». Ma per questa via sono stati ritenuti atti sessuali anche quelli che coinvolgano le ascelle, Cass., Sez. III, 13 dicembre 2007, n. 4538; o i polsi, Cass., Sez. III, 2 febbraio 2003, n. 8417.

¹⁹⁸ Sul punto, FIANDACA, *Violenza sessuale*, cit., 1158; ID., *Relazione di sintesi*, in *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/96, Profili giuridici e criminologici*, a cura di Cadoppi, Padova, 2001, 242; CAPPAL, *La qualificazione delle violenze prive di un contatto corpore corporis alla prova della recente giurisprudenza in tema di atti sessuali*, nota a Cass., Sez. III, 19 novembre 2015, n. 18679, in *Canmino dir.*, 2017; VIZZARDI, *Violenza sessuale senza coinvolgimento del corpo della vittima?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 febbraio 2017.

¹⁹⁹ Cass., Sez. III, 2 luglio 2020, n. 25266, in *Dir. di internet*, 2020, 4, con nota di PICOTTI, *La violenza sessuale via Whats App*, 683 ss., nel caso di specie un uomo aveva inviato a una giovane una propria foto a luci rosse e ne aveva ricevuto da lei un'altra via WhatsApp, per poi insistere per l'invio di altri contributi *hard*, dietro minaccia di pubblicare la foto. Conf. Cass. Sez. III, 30 ottobre 2018, n. 17509, ma già Cass., Sez. III, 2 maggio 2019, n. 19033. Sulle pratiche sessuali servendosi dei nuovi mezzi di comunicazione, tra gli altri, di recente, PANATTONI, *Violazioni "in corpore" della sfera sessuale. Possibili evoluzioni e insidie nell'ambito dei reati sessualmente connotati*, in *Arch. pen. web*, 2022, 3, 1 ss., che tende a dimostrare la "materialità" di quanto avviene online, al pari di quanto avviene fuori dalla dimensione digitale auspicando una riforma dei delitti sessuali che tenga conto anche della realtà sociale in cambiamento.

L'indagine specifica sulla tipologia di atto sessuale compiuto resta, infatti, comunque ineliminabile, dovendo poi il giudice orientarsi tra il massimo e il minimo edittale, oltre che tener conto anche della circostanza attenuante del fatto di minore gravità, *ex art. 609 bis, co. 3 c.p.*²⁰⁰.

Ebbene, la proposta dell'AIPDP è scandita dalla sostituzione della generica allocuzione di "atti sessuali" con il riferimento agli atti penetrativi e non penetrativi, analogamente a quanto avviene nella maggior parte degli ordinamenti²⁰¹. Nella fattispecie meno grave si precisa pure che gli atti non penetrativi devono essere "oggettivamente sessuali", il che sembra rimandare all'interpretazione prevalente della giurisprudenza, tendente, come anticipato, a identificarli con gli atti riguardanti anatomicamente un contatto *corpore corporis* con le zone erogene. La proposta in esame ha ritenuto la suddetta soluzione più in linea col principio di determinatezza e con quello di proporzione²⁰². Precisare, cioè, che il reato più grave di violenza sessuale presupponga un atto penetrativo, lo si legge nella relazione di accompagnamento, servirebbe a fare chiarezza su un aspetto centrale evitando oscillazioni giurisprudenziali in relazione alle situazioni più gravi²⁰³.

Se pure si condivide la scelta di fondo dell'AIPDP di voler graduare la carica di offensività dei diversi atti sessuali, desta tuttavia perplessità voler ridare nuova linfa alla vecchia distinzione tra atti penetrativi e non penetrativi, che si dimostra lontana dalla varietà di manifestazioni con cui l'atto sessuale può essere realizzato oltre che con l'evoluzione culturale contemporanea. Esistono, cioè, una serie di comportamenti che non coinvolgono la penetrazione, ma che possono considerarsi ugualmente di particolare carica offensiva, quantomeno tale da poter essere ricompresa in un *range* tra il minimo e il massimo della pena prevista per una stessa disposizione incriminatrice²⁰⁴.

²⁰⁰ Evidenziano il mancato raggiungimento della finalità prefissata, tra gli altri, Sul punto BALBI, *Prospettive di riforma*, cit., 4; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit.

²⁰¹ È così nell'ordinamento francese, portoghese, inglese e belga.

²⁰² BERTOLINO, *Spigolature*, cit., 359 ss.

²⁰³ Nella relazione di accompagnamento alla proposta si aggiunge che qualora si dovesse invece preferire una soluzione indifferenziata di "atti sessuali", l'auspicio sarebbe quello che il legislatore ne elabori una definizione, non tanto come quella fornita dal codice tedesco, ancora troppo generica, bensì su modello di quella presente nel *Sexual Offences Act* inglese del 2003.

²⁰⁴ Lo evidenzia BIAGGIONI, *Consenso e tipizzazione delle condotte*, cit., 7, che si chiede «ad esempio se strofinare il pene sul viso, o sulle labbra, senza che vi sia penetrazione, o se leccare il corpo e magari i

Il riferimento agli atti penetrativi, inoltre, non sempre risulta rassicurante in termini di certezza, posto che il problema di un esatto inquadramento potrebbe tornare a riproporsi in alcuni casi limite²⁰⁵.

Un'alternativa possibile rispetto alla soluzione proposta dall'AIPDP sarebbe mantenere il riferimento alla categoria più generica degli atti sessuali, con la previsione di una fattispecie di aggressione sessuale incentrata sulla sola assenza del consenso, e una ipotesi più grave realizzata con violenza, minaccia o abuso di autorità, a sua volta passibile di ulteriori aggravanti, analogamente a quanto accade nel codice penale tedesco²⁰⁶ e avveniva nella normativa spagnola precedente la LO n. 10 del 2022.

Nello stesso tempo, è fondamentale, però, superare l'attuale indeterminatezza della categoria degli "atti sessuali" e ridurne la portata applicativa. Senonché a questo fine è bene riflettere sulla circostanza che un problema di determinatezza non si pone, in verità, verso situazioni di maggiore carica offensiva, ma, al contrario, per quelle di intensità minore. L'aspetto da correggere rispetto alla situazione attuale, in altri termini, riguarda le ipotesi meno gravi come i baci rubati, le pacche sul sedere e in generale gli atti repentini, ma anche gli atti privi di contatto *corpore corporis* che pure sono stati ricondotti, come detto, in diverse sentenze nella violenza sessuale. La restituzione di una migliore determinatezza della categoria degli atti sessuale può, in definitiva, av-

genitali della vittima impotente, sia in assoluto meno grave di una penetrazione. La casistica è vasta, ma una sua analisi sarebbe utile per comprendere se la gerarchia di gravità basata solo su tale elemento sia adeguata». Contraria al richiamo agli atti penetrativi anche MAUGERI, *Osservazioni sulle proposte in materia di reati sessuali*, cit., 373 s. evidenziando come esistano atti di pari disvalore pur se non penetrativi, ma anche che «non risolve il problema dell'ipercriminalizzazione di forme "bagatellari" di violenza sessuale perché si fanno rientrare nella fattispecie di aggressione sessuale sia forme gravi di violenza sessuale "caratterizzate da contatto fisico" - anche in mancanza di atti penetrativi -, sia quelle forme di tenue disvalore come lo sfioramento, il bacio».

²⁰⁵ Si è fatto l'esempio del *petting* spinto, con contatto con i genitali e lieve penetrazione con un dito, che potrebbe finire per rientrare nell'ipotesi più grave, a fronte di quello di chi blocchi la vittima leccandola in tutto il corpo, compresi i genitali, o ancora quello di strusciarsi con forza sui genitali ed eiaculare sul corpo, ma senza penetrazione, destinati ad essere ricondotti al meno grave delitto di aggressione sessuale. Così, ancora, BIAGGIONI, *Consenso e tipizzazione delle condotte*, cit., 7.

²⁰⁶ Nonostante la riforma del 2016, infatti, il codice tedesco continua a fare riferimento agli "atti sessuali", ma a differenza della nostra legislazione, ai fini di una maggiore determinatezza, prevede al § 184h che sono tali solo quelli che, nell'ottica del bene protetto, si possono qualificare di una qualche rilevanza. Non sembra, tuttavia, che una simile definizione, trasportata nel nostro ordinamento, sarebbe sufficiente a superare gli attuali problemi di indeterminatezza. Peraltro, alla distinzione tra atti penetrativi e no, allude l'ipotesi aggravata dello stupro, di cui al § 177/6 n. 1.

venire, anziché facendo rivivere la vetusta distinzione tra atti penetrativi e atti non penetrativi, estromettendo dalla fattispecie incriminatrice le situazioni meno gravi, da ricondurre in un reato sussidiario di abusi e molestie sessuali, che risultano, in ogni caso, idonei ad aggredire la libertà sessuale della vittima²⁰⁷.

Quanto, in particolare, ai rapporti a distanza, che esulano perciò da un contatto *corpore corporis*, come gli atti esibizionistici, o gli atti di autoerotismo in presenza di terzi costretti ad assistervi, seguendo la preferibile impostazione anatomico-oggettiva degli atti sessuali, dovrebbero al momento fuoriuscire dalla violenza sessuale per essere inquadrati semmai nella violenza privata, o, in determinati casi, negli atti osceni²⁰⁸, nonché nella corruzione di minorenni qualora la vittima sia un minore. Ciò nonostante, come osservato, talora la giurisprudenza non ha escluso l'integrazione dell'art. 609 *bis* c.p. attraverso una valorizzazione del bene giuridico tutelato. Lo stesso è avvenuto allorché l'agente costringa o induca la persona, spesso minorenni, a compiere atti sessuali a distanza, tramite i moderni mezzi di comunicazione. In queste ultime ipotesi, che assumono sempre maggiore rilevanza sul piano criminologico per la loro diffusione, è tuttavia necessaria un'ulteriore distinzione. Qualora la vittima sia costretta a realizzare atti sessuali su sé stessa, infatti, non sembrano esserci dubbi sull'applicabilità della violenza sessuale *tout court*²⁰⁹; ma la giurisprudenza, da ultimo, ha allargato, come si diceva, l'art. 609 *bis* c.p. anche ai

²⁰⁷ Favorevoli all'introduzione di una fattispecie di molestie sessuali, nella quale far confluire le ipotesi meno gravi, non necessariamente richiedenti contatti fisici., tra gli altri, ROMANO, *Proposte di riforma*, cit., che suggerisce la creazione di una fattispecie di molestie sessuali, nella quale far confluire le ipotesi meno gravi, non necessariamente richiedenti contatti fisici; MAUGERI, *Osservazioni sulle proposte in materia di reati sessuali*, cit., 373, pur sottolineando difficoltà di tipizzazione;

²⁰⁸ L'ipotesi potrebbe rilevare come atti osceni nel solo caso in cui avvenga negli spazi e con le modalità oggi indicati dall'art. 527, co. 2 c.p., (se il fatto è commesso all'interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori e se da ciò derivi pericolo che essi vi assistano), posto che la situazione base è stata invece depenalizzata dal d.lgs. n. 8 del 2016.

²⁰⁹ Si pensi ai casi di rapporti c.d. *real time*. Cfr. Cass, Sez. III, 5 luglio 2019, n. 41951, che ha configurato la violenza sessuale a chi aveva indotto, con comunicazioni telematiche, una minore di 14 anni a compiere giochi erotici e ad avere rapporti sessuali virtuali (in realtà nel caso di consenso del minore sarebbe applicabile il delitto di atti sessuali con minore, sia pure punito in questo caso con la stessa pena dell'art. 609 *bis* c.p.); Cass., Sez. III, 25 marzo 2015, n. 16616, che ha negato l'attenuante per l'imputato che, collegato via *webcam* con due bambine di 9 e 11 anni, si era denudato e masturbato e indotto le minori a fare altrettanto; Cass., Sez. III, 18 febbraio 2012, n. 37076, che riconosce la violenza sessuale nel compimento da parte della persona offesa di atti sessuali su sé stessa, cui è costretta o indotta attraverso il mezzo telefonico o altri mezzi di comunicazione elettronica.

casi in cui la persona offesa venga costretta o indotta con comunicazioni telematiche a compiere giochi erotici, senza che ciò comporti, però, atti di autoerotismo. Non a caso per consentire l'estensione della violenza sessuale alle suddette situazioni le sentenze hanno fatto leva su un "coinvolgimento della corporeità" in senso lato della persona offesa²¹⁰. Di recente, ad esempio, è stata applicata la violenza sessuale in una vicenda in cui la vittima, sotto minaccia di pubblicare una sua immagine *osé*, precedentemente ottenuta dal soggetto agente, è stata costretta a inviare ulteriori immagini *hard* nella *chat* usata come mezzo di comunicazione²¹¹. I giudici sono arrivati a riconoscere la violenza sessuale valorizzando l'uso della minaccia, quale elemento tipico del reato, oltre alle modalità di sfruttamento di una condizione di inferiorità della vittima, e all'idoneità della condotta a compromettere il bene primario della libertà individuale della persona, per arrivare poi a ritenere il mero obbligo di denudarsi un "atto sessuale"²¹².

In realtà, per quanto il fenomeno dell'uso del digitale per intrattenere rapporti sessuali a distanza assuma ormai una particolare carica offensiva, i casi da ultimo descritti dovrebbero restare fuori dal reato di violenza sessuale, anche in una prospettiva di riforma, non potendo farsi rientrare il mero obbligo di denudarsi nel concetto di atti sessuali. Nello stesso tempo, però, il riconoscimento del bene giuridico della libertà sessuale, consente, come detto, di tutelarla indipendentemente dall'uso di un contatto fisico²¹³; è bene però che ciò avvenga con una disposizione incriminatrice apposita, meno grave della violenza sessuale, nel rispetto dei principi, più volte richiamati, della offensività, della determinatezza e della proporzione²¹⁴.

²¹⁰ Cass., Sez. III, 26 marzo 2021, n. 11623, che precisa come «integra il reato di violenza sessuale la condotta di chi, per soddisfare o eccitare il proprio istinto sessuale, mediante comunicazioni telematiche che non comportino contatto fisico con la vittima, induca la stessa al compimento di atti che comunque ne coinvolgano la corporeità sessuale e siano idonei a violarne la libertà personale e non la mera tranquillità». Conf., Cass., Sez. III, 22 dicembre 2020, n. 36910, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 4, 427 ss.; Cass., Sez. III, 2 luglio 2020, n. 25266.

²¹¹ Cass., Sez. III, 2 luglio 2020, n. 25266.

²¹² In un precedente per un caso analogo era stato riconosciuto, invece, il tentativo di violenza sessuale, Cass., sez. III, 2 maggio 2013, n. 19033.

²¹³ Le scienze psicosociali, del resto, evidenziano da tempo i traumi che possono seguire a forme di coartazione indipendenti dal contatto fisico o corporali e prive di violenza fisica.

²¹⁴ Oltre alla Convenzione di Istanbul, anche la recente direttiva del parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica, approvata il 24 aprile 2024, fanno ri-

In sintesi, quanto alle fattispecie da dedicare al fenomeno della violenza sessuale in senso ampio, posto che in ogni caso può ritenersi superato il favore per un “*umbrella approach*”²¹⁵ a vantaggio di una pluralità di delitti, si tratta, semmai, di capire quanto articolata.

Su questo aspetto incide, in realtà, anche il modello prescelto di rilevanza del consenso. Invero, se si opta per un paradigma dissensuale, anche nella forma espressiva, diventa nello stesso tempo necessaria, per una tutela effettiva della capacità di autodeterminazione della vittima – lo si ribadisce – la previsione aggiuntiva di ulteriori disposizioni incriminatrici, al fine di dare rilevanza anche a tutte quelle situazioni in cui la persona offesa non è in grado di opporre un dissenso. La soluzione in esame, come osservato, è stata adottata dal legislatore tedesco, accusato, tuttavia, proprio per questo, di eccessiva parcellizzazione delle norme incriminatrici che secondo i più renderebbe troppo complessa la materia²¹⁶, pur se certamente più rispettosa del principio di legalità²¹⁷ e particolarmente attenta alle diverse manifestazioni con cui l’atto sessuale può essere perpetrato. Si pensi, per esempio all’aver distinto anche tra la nuova ipotesi di aggressione sessuale minacciosa che avviene “*approfittandosi di una situazione nella quale la vittima tema di subire un male rilevante in caso di resistenza*” e quella in cui la vittima sia “*indifesa alla mercé dell’agente*”, già introdotta nel 1997, specie se, come evidenziato, il *discrimen* tra le due fattispecie è dato dalla sola diversa intensità della pressione psicologica esercitata sulla vittima.

Ma molto dettagliato, anche se basato sull’accertamento soggettivo dell’assenza del consenso, è pure il *Sexual Offences Act* inglese del 2003, che distingue i delitti di *rape*, *assault by penetration*, *sexual assault* e *causing another to engage in sexual activity without consent* a seconda della diversa intensità degli atti sessuali²¹⁸.

ferimento alle molestie sessuali e, in particolare, a quelle realizzate via web.

²¹⁵ Utilizza questa espressione evocativa del modello canadese e di quello italiano, caratterizzati da una fattispecie omnicomprensiva, BOTTO, *Le molestie sessuali*, cit., 15.

²¹⁶ MACRÌ, *Verso un nuovo diritto penale sessuale*, cit.

²¹⁷ Più di recente, per una riflessione dei problemi di tassatività-determinatezza posti dalla fattispecie, PAPA, *La fisiognomica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali: appunti per una riflessione sulla crisi della tipicità*, in *www.discrimen.it*, 2 agosto 2019.

²¹⁸ Il *rape* richiede la penetrazione di vagina, ano e bocca con il pene verso persona che non acconsente,

La proposta dell'AIPDP si presenta, sotto questo profilo, meno articolata, limitando, come detto, solo a due le ipotesi criminose rispettivamente di violenza sessuale e aggressione sessuale, distinte a seconda se relative ad atti penetrativi o ad atti oggettivamente sessuali ma non penetrativi, e con la previsione, poi, per entrambe, anche di una serie di aggravanti, tra le quali le originarie modalità di violenza, minaccia e abuso di autorità (quest'ultima limitata in realtà all'abuso di un potere giuridicamente fondato) oltre all'aggiunta dell'ipotesi in cui si determini nella persona offesa uno stato di incapacità²¹⁹. Avere richiesto un consenso, oltre che "riconoscibile", anche "valido", consente infatti di risolvere a monte molte delle situazioni controverse fin qui esaminate senza una specifica menzione, sia pure caricando inevitabilmente il giudice di una scrupolosa indagine da effettuare caso per caso.

A questo punto, indipendentemente dalla scelta a favore della distinzione tra atti penetrativi e non penetrativi ovvero per il mantenimento di una formula più generale di atti sessuali, non sembrano esserci dubbi sulla necessità di costruire una ipotesi base incentrata sulla sola mancanza del consenso²²⁰. È ancora attuale, a questo proposito, il monito di quanti²²¹, già prima della riforma del 1996, facevano notare come nel nostro ordinamento si configuri la violazione di domicilio indipendentemente da modalità specifiche di invasione, ma in presenza del solo *ius excludendum alios*, anche implicito, del titolare del diritto, per cui sarebbe illogico, saltando di piano, non costruire pure l'offesa alla autodeterminazione sessuale in termini analoghi.

e con la specificazione ulteriore che il soggetto agente non deve credere ragionevolmente che l'altra persona sia consenziente. Le altre disposizioni si riferiscono invece ad un'aggressione mediante penetrazione (*assault by penetration*), applicata, per esempio, quando la penetrazione avviene mediante oggetti o in altre parti del corpo e all'aggressione sessuale (*sexual assault*), che avviene attraverso tocamenti sessuali. Chiude l'elenco la determinazione all'atto sessuale senza il consenso (*causing another to engage in sexual activity without consent*).

²¹⁹ Già prima della riforma del 1996 avevano indicato come dovesse essere questa la prospettiva verso cui tendere, PADOVANI, *Violenza carnale e tutela della libertà*, cit., 1301 ss.; BERTOLINO, *Libertà sessuale*, cit., p. 155 ss.; ROMANO, *Proposte di riforma*, cit., 4. Di recente, confermano la validità di questa proposta, CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., 434; BOTTO, *Molestie sessuali*, cit., 16 s.; MERENDA, *La "ley del solo sí es sí"*, cit., 30, la quale, tuttavia, resta più propensa per il modello di dissenso temperato con fattispecie aggiuntive.

²²⁰ Rispetto alla proposta dell'AIPDP, pertanto, i due reati andrebbero invertiti.

²²¹ PADOVANI, *Violenza carnale e tutela della libertà*, cit., 1302; BERTOLINO, *Libertà sessuale*, cit., 158; PAVARINI, *Il mero dissenso della vittima nella violenza sessuale: profili di diritto interno e anglosassone*, in *Ind. pen.*, 2002, 2771 ss.

Inoltre, sia seguendo la prospettiva indicata dall'AIPDP, incentrata sulla distinzione tra atti penetrativi o meno, sia optando per l'alternativa che ne prescinde, la violenza non è più requisito necessario per la rilevanza del fatto e può tornare ad assumere il significato originario di impiego della energia fisica. Di riflesso, anche le altre modalità costrittive, quali la minaccia e l'abuso di autorità, riacquistano uno spazio applicativo autonomo.

Quanto, in particolare, al profilo dell'abuso di autorità, la proposta del gruppo di lavoro²²² prova a bilanciare le esigenze di una maggiore tutela della vittima con quelle del rispetto del principio di tassatività, limitando l'istituto alle ipotesi caratterizzate da un "potere giuridicamente fondato". In questo modo, pur comprendendo le situazioni di supremazia di tipo private, resterebbero fuori quelle legate al potere di fatto, sì da contenere i problemi legati ad una sua corretta identificazione²²³. Nei confronti dei minori, invece, si suggerisce, come anticipato, un'autonoma fattispecie di violenza sessuale e si specifica che non potrà mai ritenersi valido il consenso di un minore di anni quattordici, ma anche dell'infradiciottenne nel caso in cui l'agente abbia attuato l'illecito "abusando di un potere di diritto o di fatto". L'estensione in questo caso anche al potere di fatto sarebbe perciò giustificata dai maggiori rischi connessi alla naturale soggezione del minore a figure di adulti che possono, a vario titolo, risultare significative della sua formazione e dunque facilmente influenzarlo. La stessa prassi dimostra, del resto, come nel maggior numero dei casi in cui venga contestata la violenza con abuso di autorità già oggi la persona offesa sia un minore. Tuttavia, una volta che la formula più ampia è stata "sdoganata" dalle Sezioni unite nel 2021, facendo prevalere esigenze di equità di trattamento sul principio di determinatezza, la stessa potrebbe essere mantenuta anche per gli adulti. Non va peraltro dimenticato come, seguendo le direttrici indicate dalle stesse Sezioni unite, l'accertamento che il giudice è chiamato a svolgere, non può basarsi in ogni caso sulla presunzione

²²² Sul punto BALBI, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, cit.

²²³ Si è già accennato a come le incertezze sulla ricostruzione di questa ipotesi avessero già spinto alcuni dei professori facenti parte del gruppo di lavoro a manifestare le loro riserve su questo piano. In questo senso, ad esempio, BALBI, *Violenza e abuso sessuale*, cit., 290 s.; SEMINARA, *I delitti contro la personalità sessuale*, cit., 173.

dell'abuso per la sola posizione rivestita dal soggetto agente, neanche se di tipo pubblicistico. La via della valutazione casistica, per quanto difficoltosa, resta dunque la più ragionevole.

Un ultimo accenno meritano due tra le situazioni più problematiche fin qui affrontate. La prima riguarda la costrizione ambientale. La scelta consensualistica della proposta dell'AIPDP supera i limiti che il modello dissensuale rivela davanti alla suddetta ipotesi, destinata a restare priva di rilevanza penale, salvo opportune precisazioni del legislatore, così come accade nell'ordinamento tedesco. Nell'indagine puntuale sul consenso della vittima va invece da sé che anche davanti ad un'inerzia della vittima, ma in presenza di determinati fattori oggettivamente coartanti riconoscibili, sia possibile negarne la presenza e riscontrare il dolo di chi agisce. Si pensi, soprattutto, a chi ha inferto precedenti violenze alla vittima in caso di diniego all'atto sessuale, o all'agire del soggetto in branco o in luoghi isolati o che non consentono comunque una facile via di fuga alla vittima. Ebbene, in situazioni come quelle richiamate è intuibile che l'inerzia della persona offesa non possa essere ragionevolmente scambiata per consenso, lasciando piuttosto presagire una sorta di impotenza o una condizione riconoscibile come *freezing*, che non a caso è richiamata nelle legislazioni più recenti in tema di delitti sessuali²²⁴.

La seconda questione concerne gli atti sessuali con soggetti in condizione di minorità psico-fisica, magari dovute all'uso di sostanze alcoliche o stupefacenti. In questo ambito, laddove si è applicato il modello del consenso affermativo, non è inconsueto ricorrere ad accordi in cui si manifesti il consenso all'atto sessuale preventivamente, specie rispetto a rapporti occasionali, sia per verificare l'esistenza di un consenso che per tutelarsi rispetto a situazioni ambigue²²⁵. Si tratta, tuttavia, di soluzioni che mettono a nudo gli eccessi cui può

²²⁴ Nella letteratura specialistica si parla di *freezing* per descrivere la risposta che il nostro organismo a volte genera nelle situazioni in cui non sembra esserci possibilità di salvezza. Senza pretesa di completezza, la paura è fisiologicamente legata all'amigdala, la quale, attraverso l'ipotalamo, stimola l'ipofisi che produce gli ormoni tipici delle situazioni da *stress*. In questi casi viene liberata l'adrenalina che si riversa nel sangue, i surreni provocano la liberazione del cortisolo e si innescano una serie di reazioni, tra cui tachicardia, sudorazione, tremore, la fuga o, al contrario, il blocco delle reazioni motorie. Sul punto, tra i tanti, DHAWAN-HAGGARD, *Neuroscience evidence counters a rape myth*, in *Nature*, 22 maggio 2023.

²²⁵ CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., 353 ss., il quale segnala come si tratti di situazioni che ben esprimono quantomeno un'inquietudine di fondo della società di fronte a certe esagerazioni del modello affermativo. In verità, non solo emerge in questo modo un irrigidimento innaturale degli approcci

portare l'applicazione di questo tipo di paradigma. La proposta dell'AIPDP, avendo concentrato l'ipotesi base del reato sulla mancanza di un "consenso valido", è già in grado di ricomprenderle, invitando all'accertamento di un consenso valido o meno. Inoltre, costituisce un'aggravante, come anticipato, aver "determinato lo stato di incapacità".

Nella relazione di accompagnamento alla proposta di articolato, peraltro si precisa come, posto che l'assenza del consenso integri di per sé violenza sessuale, non sarà invece da considerarsi valido il consenso prestato da un soggetto in condizioni psico-fisiche alterate²²⁶ o in stato di minorazione psichica o fisica che esclude le capacità necessarie per la libera determinazione al compimento di atti sessuali. A una prima lettura potrebbe sembrare che si riproponga, per questa via, almeno in presenza di atti penetrativi, una presunzione di invalidità del consenso, analogamente a quanto accadeva prima della riforma del 1996, tanto che c'è chi parla a tale proposito di una rinascita della situazione pre-riforma²²⁷. Ma si chiarisce subito dopo che il richiamo al parametro della validità del consenso, «da intendersi come da acquisizioni consolidate, in termini di capacità naturale, si presta, nel contempo, a fornire alla prassi strumenti efficaci per escludere la tipicità nei casi in cui una persona, sebbene affetta da minorazione psico-fisica, abbia liberamente e consapevolmente acconsentito al rapporto sessuale»²²⁸. Se si intende mirare a una corrispondenza della disciplina alla reale capacità naturale dei soggetti, in definitiva, è necessario superare ogni automatismo di sorta, e basarsi su una valutazione caso per caso della situazione, in base alla dinamica dei fatti, così come suggerito dalla proposta dell'AIPDP. Certamente quando l'atto sessuale coinvolge soggetti con minorità psico-fisica, specie se dovute al consumo di alcool o di stupefacenti, l'accertamento della validità del consenso appare particolarmente complicato, ma, per i motivi già espressi, non ci sembra che possano

sessuali, ma vale la pena in ogni caso notare come pure in simili circostanze il consenso prima prestato potrebbe tornare ad essere considerato invalido se dovessero essere utilizzati strumenti o pratiche diversi da quelli assentiti.

²²⁶ Per esempio, per avere assunto sostanze stupefacenti o alcooliche.

²²⁷ CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., 353.

²²⁸ Secondo i redattori della proposta, perciò, attraverso il riferimento alla capacità naturalistica è possibile negare la tipicità dei casi in cui un soggetto in questo stato abbia liberamente acconsentito ad un rapporto sessuale.

preferirsi soluzioni alternative basate su presunzioni assolute di incapacità²²⁹. Non esistono, del resto, al contempo, regole certe per determinare le reali capacità cognitive e volitive dei soggetti in questo stato, ma è solo possibile fare riferimento alle massime di esperienza sia pure guidati dagli studi di settore. Tenuto conto di ciò, se non si vuole ricorrere a vecchi schemi presuntivi che apparirebbero troppo rigorosi sia in relazione ad automatiche attribuzioni di responsabilità del soggetto attivo che rispetto all’annullamento di una libertà positiva alla sessualità dei soggetti in queste condizioni, c’è un dato da prendere in considerazione: quando esiste qualsiasi dubbio sull’incapacità temporanea del partner è consigliabile rinunciare ad un rapporto sessuale o quanto meno cercare segnali più evidenti di un consenso consapevole²³⁰. In questi casi è bene pertanto richiedere una particolare cautela da parte di chi compie l’atto sessuale. Si tratta, cioè di situazioni in cui il ricorso a soluzioni di consenso affermativo espressivo, magari attraverso il parametro dello “*stop and ask*”, che come osservato non si presta ad essere utilizzato come criterio generale perché eccessivo, potrebbe invece trovare una specifica legittimazione. Se il partner non reagisce, in definitiva, ciò non può essere ritenuto automaticamente un consenso all’atto sessuale e possono aversi i margini per un approfittamento di tali condizioni.

Nel processo di consolidamento dell’idea che il reato di base in materia dei delitti sessuali debba essere incentrato sulla sola assenza del consenso fin qui delineato, un preoccupante fattore di rallentamento rischia di essere rappresentato dalla recente Direttiva (UE) 2024/1385 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica, cui si è già fatto accenno, pubblicata il 24

²²⁹ Una soluzione in termini di assoluta invalidità sarebbe in effetti, come già affermato, eccessiva, specie in presenza di determinate circostanze. Si pensi, per esempio, ai casi, già citati, di *binge drinking* o di *hooking up*, in cui l’ubriachezza è cercata volutamente proprio per poi avere rapporti sessuali in maniera più disinibita, magari con degli sconosciuti.

²³⁰ Secondo CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., 354, proceduralizzazioni del consenso sarebbero invece più efficaci in altri ambiti, come quello legato al delitto di diffusione illecita di immagini esplicitamente sessuali, di cui all’art. 612 *ter c.p.*, più noto come *revenge porn*, sul quale v. anche CALETTI, *Can affirmative consent save “revenge porn” laws? Lessons from the Italian criminalization of non-consensual pornography*, in *Virginia Journal of Law and Technology*, 2021, vol. 25, 3, 112 ss. Di recente, TORTORELLI, *Gli abusi sessuali tramite immagini. Limiti applicativi e prospettive di riforma dell’art. 612 ter c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2024, 207 ss. Ma sia consentito anche il rinvio a COLLICA, *La nuova fattispecie di diffusione illecita di immagini esplicitamente sessuali*, in *La violenza in un “click”*, a cura di Mentro-Pira, Milano, 2023, 61 ss.

maggio 2024, che dovrà essere recepita dagli Stati entro il 14 giugno 2027. Alla suddetta Direttiva si è arrivati dopo un percorso lungo e tortuoso²³¹. L'obiettivo è quello di armonizzare le sanzioni e i tempi di prescrizione dei reati in materia, chiedendo pene in generale più severe. Tuttavia, tra i delitti per cui è previsto un obbligo di criminalizzazione per gli Stati membri non vi è lo stupro, e ciò proprio perché in seno al Consiglio non ci si è messi d'accordo sulla definizione di violenza sessuale legata sulla sola assenza del consenso, come richiede la Convenzione²³². Alla base della posizione rigorosa, oltre alla mancata condivisione della Convenzione da parte di alcuni Stati membri che non l'hanno ratificata (Ungheria, Repubblica Ceca, Bulgaria, Slovacchia, Lettonia e Lituania), anche un rilievo di ordine tecnico opposto da Portogallo, Malta, Estonia, Francia e Germania, legato all'idea che la violenza sessuale non rientri tra le competenze dell'Unione europea, sulla base di un'interpretazione restrittiva dell'art. 83 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che richiama, tra i crimini di sua competenza, solo lo "sfruttamento sessuale". Il superamento del contrasto tra Parlamento e Consiglio è avvenuto con il coinvolgimento del Comitato di conciliazione che ha trovato un accordo su un testo che non include il divisivo art. 5, stabilendo, al suo posto, un più generico obbligo per gli Stati di sensibilizzare i cittadini sul

²³¹ V. la proposta di Direttiva in www.sistemapenale.it, 13 luglio 2023, con nota di DE VIDO, *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa: il ruolo delle organizzazioni della società civile e tutela delle donne*. Sul percorso che ha portato alla preliminare proposta elaborata dalla Commissione Ue al Parlamento europeo, tra gli altri, PITRONE, *Il lungo (ed incidentato) percorso della lotta alla violenza contro le donne nell'Unione europea. Dalla questione dell'adesione alla Convenzione di Istanbul alla proposta di una direttiva ad hoc*, in *OIDU*, 2022, 681 ss. L'Ue ha avviato il procedimento per l'adesione alla Convenzione di Istanbul nel 2016, ma si è giunti alla proposta solo nel 2023 e ciò principalmente a causa dell'opposizione dei sei Paesi membri che non l'avevano ratificata. L'8 marzo 2022, per evitare una situazione di stallo nel processo di adesione dell'Ue alla Convenzione di Istanbul, la Commissione Ue ha proposto al Parlamento europeo un testo di Direttiva (COM/2022/105 final), volto alla repressione della violenza contro le donne e alla violenza domestica. Si richiedeva agli Stati membri di criminalizzare determinati comportamenti, tra i quali era indicato lo stupro. Dopo un primo momento in cui si era votata la bozza contenente lo stupro, considerato integrato ogni volta che manchi il consenso, e dunque a prescindere dalla costrizione fisica (art. 5), il testo ha trovato resistenze all'interno del Consiglio. Sull'adozione della Direttiva (UE) 2024/1385, FERRARI, *Violenza contro le donne: l'Unione europea adotta finalmente la direttiva (UE) 2024/1385*, in www.eurojus.it, 16 giugno 2024.

²³² Sono invece inseriti le mutilazioni genitali femminili, il matrimonio forzato, la condivisione non consensuale di materiale intimo o manipolato, lo *stalking online*, le molestie *online* (c.d. *cyberflashing*), l'istigazione alla violenza o all'odio *online*.

consenso alla base degli atti sessuali e di una migliore assistenza della vittima. È stato inoltre eliminato pure l'obbligo di criminalizzare le "molestie sessuali nel mondo del lavoro". Diversamente la Direttiva appare innovativa rispetto alla violenza informatica.

È anche vero, per altra via, che negli ultimi tempi la Corte di giustizia dell'Unione europea ha ammesso la necessità che il diritto dell'Unione europea debba essere interpretato alla luce della Convenzione di Istanbul²³³, che trova, come noto, proprio nella costruzione dello stupro in termini di mancanza del consenso uno dei suoi punti più innovativi. L'uso della Convenzione come strumento interpretativo di atti di diritto derivato dell'Ue può, in altri termini, essere valorizzato ulteriormente e risultare decisivo anche su questo fronte.

Resta, pertanto, l'auspicio che il processo di modernizzazione del nostro Codice penale sulla disciplina della violenza sessuale si compia nel senso indicato dalle norme sovranazionali, nel più breve tempo possibile, per fare in modo che l'evoluzione del sistema di valori sociali e culturali, ormai prevalenti, possa trovare una felice corrispondenza nel testo normativo.

²³³ In particolare, la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), con sentenza del 16 gennaio 2024, nel caso C-621/21, nel procedimento WS contro Intervyuirasht organ na Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerskia savet (Ufficio delle udienze dell'Agenzia nazionale per i rifugiati presso il Consiglio dei ministri, DAB), in risposta ai quesiti posti dal giudice del rinvio bulgaro, in materia migratoria, si è espressa a favore dell'utilizzo della Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica quale strumento interpretativo di atti di diritto derivato dell'Unione europea. L'utilizzo della Convenzione di Istanbul in questi termini potrebbe estendersi invero ad altri atti di diritto dell'Unione europea, anche diversi dalla materia migratoria.