

QUESITI

STEFANO VITELLI

**Atti sessuali e minore gravità
nel delitto di violenza sessuale**

1. Il concetto unitario di violenza sessuale

In coerenza con l'opzione politico - culturale che, in tema di delitti in materia sessuale, valorizza la persona e la sua libertà di autodeterminarsi, il legislatore del 1996 ha, fra l'altro, accorpato la "congiunzione carnale violenta" (art. 519 c.p.) e gli "atti di libidine violenti" (art. 521 c.p.) nell'unica fattispecie di «Violenza sessuale» mediante violenza o minaccia (art. 609-*bis* c.p.).

La abolizione della previsione, generale ed astratta, volta a statuire che, laddove la violenza contro la libertà sessuale si fosse concretizzata in un atto diverso dalla "congiunzione carnale", la pena sarebbe stata sempre e comunque meno grave, trovava giustificazione in una sorta di giudizio presuntivo che teneva conto più di valutazioni etico/morali (non a caso la norma relativa era inserita nel titolo "dei delitti contro la moralità pubblica ed il buon costume"), fondate sul sentire dell'uomo medio di una società che, sovente, presentava derive "sessiste".

In questa logica, quel che rilevava era la natura dell'atto sessuale compiuto e, dunque, se vi fosse stata o meno "penetrazione" e se la volontà libidinosa dell'agente avesse ottenuto il suo pieno soddisfacimento in contrasto con le regole di moralità pubblica; le condizioni fisiche, mentali e psicologiche della vittima, valutate anche in relazione all'età, al grado e all'intensità di compressione della libertà sessuale subita, le circostanze del fatto e il danno riportato, anche in termini psichici, restavano, invece, sullo sfondo¹.

Il venir meno della distinzione fra congiunzione carnale ed atti di libidine e l'introduzione del concetto unitario di violenza sessuale esprimono la inequivoca volontà di porre al centro della pretesa punitiva la persona offesa e la sua libertà di autodeterminazione.

Evidente è il passaggio da un'impostazione di tutela penalistica della libertà sessuale di carattere "pubblicistico" ad una tutela più marcatamente "liberale e soggettiva", maggiormente coerente, peraltro, con i valori fondamentali del-

¹ In questo senso si vedano le considerazioni di PADOVANI all'indomani dell'approvazione della legge: «L'idea che la "congiunzione carnale" -pure estesa a qualsiasi forma di coito- dovesse stimarsi, sul piano normativo, di maggiore gravità rispetto ad atti sessuali di natura diversa non teneva evidentemente conto del grado di compromissione della libertà sessuale: comportamenti di sessualità abnorme possono risultare, pure in assenza di una compenetrazione dell'organo sessuale dell'agente nel corpo della vittima, ben più offensivi e degradanti di una congiunzione carnale» in PADOVANI, Sub *art.1*, in *Comm. violenza sessuale Cadoppi*, Padova, 1996, 10 e ss.

la Carta costituzionale.

Il diverso approccio normativo sollecita ed impone, in sede di applicazione della fattispecie incriminatrice, la desistenza da propensioni interpretative tendenti a considerare la vittima ancora e solo nella fisicità di corpo aggredito e non anche nella dignità di persona violata nella sua libertà di autodeterminazione sessuale.

Non è più, dunque, il legislatore a stabilire, *ex ante*, il livello di gravità di un abuso sessuale, perché l'abuso va accertato solo alla luce del grado di compromissione del bene giuridico di cui è portatore l'offeso.

2. La condotta del soggetto agente

Diversamente dagli "atti di libidine" - connotantisi da eccitazione dei sensi dell'agente o della vittima - la "violenza sessuale" si manifesta, nella sua nuova dimensione normativa, con condotte inerenti alla sfera della "sessualità" in senso stretto.

In ragione della imprescindibile istanza di necessaria certezza e prevedibilità dei confini fra fatto non penalmente rilevante e fatto penalmente rilevante, la condotta di chi agisca coinvolgendo zone erogene della persona non consenziente deve essere oggettivamente ed inequivocabilmente sessuale.

La oggettiva ed inequivocabile valenza sessuale dell'azione è premessa generalmente condivisa, in dottrina e giurisprudenza.

Le opinioni divergono, invece, laddove si tratti di stabilire se l'azione "oggettivamente ed inequivocabilmente sessuale" vada valutata anche alla luce di dati "a valenza soggettiva".

L'impulso del soggetto attivo e la potenziale suscettibilità erotica del soggetto passivo sarebbero irrilevanti (se non in punto di dolo) e ciò in ragione del valore oggettivo dell'"atto di natura sessuale", da determinarsi secondo le scienze medico - psicologiche ed antropologo - sociologiche ².

Diversamente si afferma - in altro indirizzo interpretativo, sovente affiorante in giurisprudenza - che affianca al parametro oggettivo (della concreta idoneità del comportamento a compromettere la libertà di autodeterminazione del soggetto passivo nella sua sfera sessuale) un parametro soggettivo, argomentabile dalla finalizzazione dell'atto all'appagamento del desiderio sessuale del soggetto agente.

Una condotta di sodomizzazione di una donna, posta in essere con una chiave e nel corso di un litigio, non è stata ritenuta, in sede di ricorso per Cassa-

² CADOPPI, Sub *art. 3*, cit., 52 e ss.

zione, compromissiva della libertà sessuale della vittima, perché motivata dalla volontà di umiliare e di punire la donna e, dunque, non finalizzata, dal soggetto agente, al soddisfacimento di impulsi sessuali³.

Benché, oggettivamente, d'indubbia valenza sessuale e, secondo l'*id quod plerumque accidit*, a connotazione sessuale, la condotta avente finalità diversa dalla eccitazione sessuale, non integrerebbe, dunque, il reato di violenza sessuale.

La volontà libidinosa dell'agente travalica e comprime, invece, a parere di chi scrive, un precetto normativo che pone al centro del delitto di violenza sessuale ben altri dati: una ragionevole e certa determinazione della natura sessuale della condotta - e, a tal fine è necessaria ed imprescindibile, la idoneità dell'atto a compromettere la libertà sessuale⁴ - e, in funzione delimitante del solo criterio oggettivo, la ragionevole concreta percezione del significato di offesa (anche se non in via esclusiva) alla libertà sessuale, conseguente all'atto subito.

Il rapporto soggetto attivo/vittima va, di certo, tenuto in debito conto. Ma l'attenzione primaria va riservata a quanto sessualmente vissuto da chi subisce azioni che percepisce lesive della propria libertà sessuale.

Quel che rileva non è il piacere sessuale o la ricerca del piacere sessuale dell'agente; ciò che è decisivo è che il soggetto passivo soffra, anche o solo per la sua libertà/dignità (sessuale) violata.

Si pensi al seguente, eloquente, esempio: una donna, con un passato da prostituta, trova un normale lavoro impiegatizio, ma vive in un contesto ripetuto di vessazioni fisiche e psicologiche poste in essere dalla datrice di lavoro (si badi donna e pacificamente eterosessuale) che la palpeggia nelle zone intime, in presenza dei colleghi, con il dichiarato proposito di ricordarle (anche in pubblico) il suo passato "mestiere".

³ Sul panorama giurisprudenziale in materia si veda CADOPPI, Sub *art. 3*, cit., 57 e ss.; in giurisprudenza fra le più recenti la menzionata nel testo Cass., Sez. III, 17 febbraio 2015, V., in *Mass. Uff.*, n. 263881.

⁴ Il requisito oggettivo ha peraltro, se rettamente inteso, una sua funzione delimitante senza dover ricorrere al requisito della finalità di concupiscenza: il medico che tocca il seno della paziente durante una visita ginecologica non compie alcun "atto sessuale". La sua condotta, se informata alla scienza e alla pratica medica, non si estrinseca, infatti, in atti che possano essere definiti palpeggiamenti quanto in un'attività di visita professionale del corpo della paziente. Si badi, ciò vale anche qualora per ipotesi il medico, nel corso di tale formalmente ineccepibile visita, provi nel suo intimo un piacere erotico: piuttosto, e qui viene a confermarsi il ruolo di centralità delle forme di estrinsecazione oggettiva della condotta, la sussistenza di un tale improprio desiderio sessuale del medico nel corso della visita potrebbe indurre lo stesso ad esorbitare dai propri limiti e a soffermarsi impropriamente e in modo incongruo sulle parti anatomiche della paziente facendo sì che all'esterno tale condotta venga apprezzata *-in primis* dalla paziente stessa- non più come visita ma come una forma di palpeggiamento tale da integrare la nozione tipizzata di "atto sessuale".

Riconoscere, in una vicenda siffatta, solo la sussistenza di atti offensivi dell'integrità e della dignità fisica e non anche, in ultima analisi, della libertà e della dignità sessuale del destinatario delle "attenzioni" del datore di lavoro è - a parere di chi scrive - frutto di cattiva interpretazione di un precetto normativo che protegge, quali che siano le intenzioni del soggetto agente, come valore degno di protezione, prioritariamente la intangibilità sessuale dell'offeso.

L'opzione sistematica che distingue l'elemento oggettivo della fattispecie (l'atto sessuale, appunto) dall'elemento soggettivo del dolo come rappresentazione e volontà del fatto tipico in tutti i suoi elementi costitutivi, *ivi* inclusa la lesione al bene giuridico protetto, apre la strada a ragionamenti alquanto articolati.

Nella vicenda testé tratteggiata (e in eventuali altre vicende omologhe) la carenza di una finalità di concupiscenza potrebbe, al più, escludere un dolo intenzionale (di offesa all'altrui libertà sessuale) e non certo la convinzione di "insussistenza del fatto" o la necessità di valutare se sussista una direzione volitiva apprezzabile almeno nelle forme del dolo indiretto o eventuale⁵.

Analogamente è a dirsi nei casi di aggressione fisica estemporanea, non sempre percepibili, dall'agente, nella duplice dimensione oggettiva (di atto sessuale violento) e soggettiva (rappresentazione e volontà di arrecare offesa alla libertà/dignità sessuale della vittima).

Affermare, in questo caso, che il fatto "sussiste" ma "non costituisce reato" è soluzione sistematicamente corretta e maggiormente coerente con i valori simbolici e culturali che la riforma legislativa ha inteso introdurre in materia.

3. L'attenuante della minore gravità

La minore intensità volitiva del soggetto agente consente il riconoscimento della circostanza (attenuante, ad effetto speciale) della minore gravità (art. 609-*bis*, ult. co., c.p), tesa, a giudizio di chi scrive, a «drammatizzare il possibile conflitto tra la scelta legislativa unificatrice e i principi di offensività e colpevolezza»⁶.

⁵ Secondo i più recenti indirizzi ermeneutici sussiste il dolo eventuale quando l'agente si sia rappresentato la significativa possibilità di verificazione dell'evento -non solo in senso naturalistico, va precisato qui, ma anche come evento giuridico e quindi come offesa al bene giuridico, come nel caso della lesione all'altrui libertà sessuale che qui viene in rilievo- e si sia determinato ad agire comunque, anche a costo di cagionarlo come sviluppo collaterale o accidentale, ma comunque preventivamente accettato, della propria azione, in modo tale che, sul piano del giudizio controfattuale, possa concludersi che egli non si sarebbe trattenuto dal porre in essere la condotta illecita, neppure se avesse avuto contezza della sicura verificazione dell'evento medesimo: Cass., Sez. I, 11 marzo 2015, Beti, in *Mass. Uff.*, n. 263856; Id., Sez. un., 24 aprile 2014, P.G., R.C., Espenhahn e altri, *ivi*, n. 261114.

⁶ FIANDACA, *Violenza sessuale*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 2000, 1153 e ss.

Una diminuzione di indubbia indeterminatezza contenutistica - che il giudice riconosce, quante volte intenda mitigare, in linea ed in coerenza con una ricercata svolta simbolico/culturale, previsioni sanzionatorie particolarmente elevate - che ha dato vita a plurime questioni interpretative, utili alla individuazione, in una circostanza a forte base “discrezionale”, di criteri direttivi certi⁷.

Si è, in argomento, sostenuto, in dottrina, che il criterio affermativo o escludente della minore gravità, fosse da ricercare nelle modalità dell’atto sessuale, avvalendosi della distinzione fra atti di libidine e congiunzione carnale, e, dunque, della sussistenza o meno di congiunzione carnale⁸.

Una scelta, correttamente, respinta dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti, convinte che, l’introdurre surrettiziamente una distinzione volutamente superata dalla riforma del 1996, avrebbe dato nuovo vigore all’idea (figlia di opzioni culturali e morali ormai datate) che ad essere tutelato, nei delitti di violenza sessuale, sia il corpo della donna - visto come (indebito) strumento di piacere - e non la persona (in sé considerata come totalità sintetica di corpo e spirito) titolare del diritto di libertà di autodeterminazione in ambito sessuale. Certo, in una visione riduttiva, è più coerente affermare che il reato è più grave laddove l’atto sessuale si connota di penetrazione - e, quindi, di probabile maggiore soddisfacimento sessuale dell’agente - e meno grave, e dunque attenuato, se privo di penetrazione.

Un approccio moderno e più attento ai diritti di libertà della vittima valuta, invece, l’eventuale minore gravità del fatto ben al di là del dato della penetrazione: sia carente o presente, il rapporto sessuale completo non esclude o ammette, di per sé solo, l’attenuante in parola⁹, perché ciò che davvero, a tal fine, rileva è la gravità del danno o del pericolo, cagionato alla persona offesa, da valutarsi e quantificarsi sulla scorta dei parametri di cui all’art. 133, co. 1, c.p.: la natura, la specie, i mezzi, l’oggetto, il tempo, il luogo e ogni altra modalità dell’azione; l’intensità del dolo¹⁰.

Fattori, questi, tutti rilevanti nella misura in cui concorrono a lumeggiare l’intensità della lesione al bene giuridico: le modalità concrete della condotta

⁷ Sui diversi orientamenti in materia si vedano fra gli altri ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Padova, 2013, 122 s.; MONTAGNA, *La difficile definizione del caso di minore gravità nei reati sessuali*, in *Cass. pen.*, 2011, 1429; LARIZZA, *Violenza sessuale: il ridimensionamento della gravità del fatto in una singolare decisione della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 859 e ss.

⁸ PECORARO, ALBANI, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Napoli 1197, 69; AMBROSINI, *Violenza sessuale*, in *Dig. Pen.*, XV, Torino, 1999, 290; ROMANO, *La tutela penale della sfera sessuale*, Milano, 2000, 4.

⁹ In questo senso Cass., Sez. III, 1° luglio 2014, S., in *Mass. Uff.*, n. 260501.

¹⁰ CADOPPI, *Sub art. 3*, cit., 528.

(come il grado di violenza esercitato), piuttosto che l'intensità del dolo rilevano non rispetto al grado di pericolosità sociale del soggetto agente, bensì in relazione al livello di sofferenza (danno fisico e psichico) della vittima.

La qualità dell'atto compiuto (più che la quantità di violenza fisica); il grado di coartazione esercitato e le condizioni, fisiche e mentali, della vittima; le caratteristiche psicologiche, valutate in relazione all'età; l'entità della compressione della libertà sessuale ed il danno arrecato, anche in termini psichici, sono i criteri di più pregnante indicatività¹¹; diversamente è a dirsi per la capacità a delinquere del colpevole (art. 133, co. 2, c.p.), ininfluente nell'apprezzamento del danno cagionato all'offeso, ma utile per la determinazione del grado di colpevolezza (in senso normativo) ai fini del riconoscimento delle attenuanti generiche o della determinazione infraeditale della pena. E ciò in chiaro contrasto con altra tesi, dottrina e giurisprudenziale, secondo cui, valgono, ai fini del riconoscimento della minore gravità del reato, tutti i criteri previsti dall'art. 133 c.p., inclusi quelli relativi alla capacità a delinquere del *reo*¹².

Un contrasto, a dire il vero, solo apparente, se è vero che criterio centrale di riferimento - sostanzialmente riconosciuto sia da coloro che valorizzano ai fini del riconoscimento dell'attenuante in parola solo gli elementi di cui all'art. 133, co. 1, c.p., sia da chi richiede una valutazione più globale del fatto includendo anche i criteri di cui al co. 2 del medesimo art. - è, correttamente, il grado di compressione della libertà sessuale della vittima e quindi la valutazione del danno anche psichico subito dal soggetto passivo del reato.

Se è il bene giuridico protetto (la libertà sessuale ed i danni conseguenti alla sua lesione) il "macro criterio" di cui tener conto nel giudizio di minore gravità del fatto, i criteri oggettivi e soggettivi stabiliti dall'art. 133 c.p. avranno rilievo nella misura in cui siano idonei ad incidere sul grado di compressione della libertà sessuale e quindi sul danno arrecato alla vittima anche in termini psichici.

Ne consegue che: a) laddove alcuni elementi incidano negativamente sul grado di compressione del bene giuridico ed altri abbiano una valenza opposta, sarà il Giudice nel suo prudente apprezzamento a bilanciare i diversi criteri e

¹¹ Si vedano, fra le altre, Cass., Sez. III, 11 maggio 2011, D., in *Mass. Uff.*, n. 250682; Id., Sez. III, 10 dicembre 2013, T., *ivi*, n. 258929; Id., Sez. III, 2 aprile 2014, C., *ivi*, n. 260289; Id., Sez. III, 1° luglio 2014, S., cit.; Id., Sez. III, 27 marzo 2015, G., *ivi*, n. 263516.

¹² In dottrina per questa posizione, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, vol. II, tomo I, *I delitti contro la persona*, Bologna, 2014, 254; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale*, I, *Delitti contro la persona*, Padova, 2014, 379. In giurisprudenza si vedano: Cass., Sez. III, 1° luglio 1999, Scacchi P., in *Mass. Uff.*, n. 215077; Id., Sez. III, 24 marzo 2000, Improta G., *ivi*, n. 216568; Id., Sez. III, 5 luglio 2006, Greggio, *ivi*, n. 234788.

a giungere ad un giudizio che tenga sempre al centro il grado di lesione alla libertà sessuale subita dalla vittima (si pensi ad un rapporto sessuale completo da un lato, e ad un contesto violento di bassa intensità e caratterizzato da un dissenso della vittima solo sopravvenuto, dall'altro); b) alcuni criteri "ipersoggettivi" stabiliti dall'art. 133, co. 2, c.p. (in particolare, i motivi a delinquere ed il carattere del *reò*; i precedenti penali e giudiziari e, in genere, la condotta e la vita del *reò*, antecedenti al reato; le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del *reò*) sono estrinseci alla condotta tipica posta in essere e alle conseguenze lesive derivate alla vittima.

È del tutto evidente, infatti, che, rispetto alla lesione alla libertà sessuale e al trauma psichico subito dalla vittima, non ha alcun rilievo se il soggetto agente sia un recidivo o un incensurato, se abbia un passato di emarginazione sociale ed economica o sia di "buona famiglia". Rispetto a questi elementi - che, pure, concorrono a fondare il giudizio di colpevolezza - incentrati esclusivamente sul soggetto agente, è corretto affermare che avranno per lo più rilievo ai fini della commisurazione complessiva della pena.

Ciò non toglie, tuttavia, che alcuni dei detti criteri possano valere, in particolari fattispecie, in termini di possibile riduzione del complessivo danno psichico subito dalla vittima.

In quanto funzionali al giudizio di maggiore o minore colpevolezza in senso normativo del soggetto agente, i criteri di cui all'art. 133, co. 2, c.p., non hanno, di norma, attitudine ad incidere sul giudizio in tema di intensità della lesione: alcuni di questi (come la condotta contemporanea o susseguente al reato) possono, in taluni peculiari contesti e dinamiche intersoggettive, contribuire ad attenuare, pure a fronte di un'azione abusante obiettivamente seria, il sedimentato trauma e danno psichico nel soggetto passivo e il conseguente grado di offensività complessivo conseguente alla condotta criminosa.

Se, come detto, il valore di riferimento per il riconoscimento dell'attenuante di cui all'art. 609-*bis*, ult. co., c.p. è il grado di lesione al bene giuridico protetto, in una valutazione complessa ed articolata che ponga l'attenzione sulla vittima (e quindi, sul grado di coartazione esercitato sulla medesima; sulle condizioni fisiche e psichiche della stessa; sulle sue caratteristiche psicologiche valutate anche in relazione all'età; sul danno ad essa arrecato anche sotto il profilo psichico), gli aspetti attinenti alla persona del soggetto agente possono rilevare solo laddove, in alcuni peculiari contesti situazionali, abbiano la capacità di condizionare tempestivamente e con effetto depotenziante il processo di sviluppo del trauma emotivo e psicologico conseguente all'abuso sessuale e, quindi, esplicare un effetto eziologico in senso riduttivo sulla gravità del danno cagionato.

Queste considerazioni possono valere in particolare laddove la violenza sessuale sia stata opera non di un soggetto sconosciuto ma di un partner (fidanzato, compagno, marito) che, in una dinamica relazionale ormai compromessa e caratterizzata da litigi violenti e spinto da una cronica gelosia e/o indotto, per esempio, dall'abuso di alcool o di droga, abbia abusato sessualmente della donna.

Una violenza sessuale di questo tipo ha, di certo, importanti effetti sulla sfera psichica della vittima e ciò a prescindere, appunto, dalla tipologia dell'atto sessuale: il peculiare contesto relazionale in cui il reato è stato maturato e consumato porta, tuttavia, a non escludere la necessità di tener conto del soggetto agente ed, in particolare, del suo comportamento prossimo all'abuso. E ciò nel senso che un eventuale, pronto e concreto ravvedimento - attuatosi non in un'aula di giustizia a fini di convenienza processuale, ma nella quotidianità dei rapporti con la donna vittima della sua condotta - può inserirsi in quel graduale, multifattoriale processo di formazione del trauma per il soggetto passivo concorrendo, in tal modo, ad attenuare il danno subito.

Si pensi al marito che abusa sessualmente della moglie sotto l'influsso di alcool e che decide di intraprendere un percorso terapeutico per disintossicarsi, giungendo ad una progressiva normalizzazione nei rapporti con la *partner* che decida perciò di rimettere la querela¹³.

In presenza di queste condizioni la condotta contemporanea o susseguente al reato può dunque rilevare - nella misura in cui incida sulle ripercussioni anche psichiche della vittima e valutati comunque gli altri criteri in un prudente bilanciamento degli stessi - ai fini del riconoscimento dell'attenuante in parola.

Pur nella consapevolezza della complessità insita in valutazioni di questo tipo si può, infatti, sostenere che, in siffatti casi, il trauma è legato non solo all'atto ma anche alla persona che ne è autore e che ha un peculiare, preesistente, rapporto con la vittima. Da qui, la potenziale importanza per la stessa di un eventuale, tempestivo, genuino, e concreto ravvedimento da parte del responsabile.

Non si tratta, a ben vedere, di spostarsi (incoerentemente rispetto a quanto in via generale più volte evidenziato in merito alla conquistata centralità della persona della vittima come fondamentale tratto di fondo della riforma del 1996) dal lato del soggetto agente: invero, proprio tenendo al centro il criterio

¹³ Simile è la fattispecie concreta su cui si è pronunciata la Cassazione del 25 settembre 2014, sez. III, S., commentata in LARIZZA, *Violenza sessuale: il ridimensionamento della gravità del fatto in una singolare decisione della Cassazione*, cit., 858.

della lesione alla libertà sessuale e i danni anche psichici conseguenti, non si esclude, in alcuni contesti, di dover valutare il comportamento del soggetto agente nella misura in cui produca tempestivi effetti depotenzianti rispetto al trauma complessivo subito dalla vittima. Ciò significa, dunque, non guardare all'autore della condotta in sé (in tale prospettiva verranno in rilievo le eventuali attenuanti generiche e comunque la meritevolezza o meno del minimo edittale), ma al suo relazionarsi alla vittima e al danno in essere.