

ATTUALITÀ

ILARIA MERENDA

La “ley del solo sí es sí”: la controversa riforma dei delitti contro la libertà sessuale nell’ordinamento spagnolo. Spunti per il legislatore italiano?

Con la Ley Orgánica n. 10/2022, il legislatore spagnolo ha attuato una profonda revisione del sistema dei delitti contro la libertà sessuale, da un lato, eliminando la precedente distinzione tra aggressione e abuso sessuale - incentrata sugli elementi differenziali della violenza e dell'intimidazione - e costruendo un'unica figura di “aggressione sessuale” (prevista anche nella versione aggravata della “violación”, in presenza di accesso carnale o condotte equiparate) nella quale far rientrare qualsiasi atto di natura sessuale realizzato senza il consenso della vittima; dall'altro, introducendo una definizione normativa di consenso che richiede una manifestazione libera «attraverso atti che, con riferimento alle circostanze del caso, esprimano in maniera chiara la volontà della persona». Il presente contributo mette in luce le criticità della nuova disciplina, soffermandosi in particolare sulle conseguenze che discendono dall'adozione di un modello di consenso c.d. affermativo, anche al fine di trarne utili indicazioni in una prospettiva di riforma del delitto di violenza sessuale nel Codice penale italiano.

The law of “only yes means yes”: the controversial reform of crimes against sexual freedom in the Spanish legal system. Any suggestions for the Italian legislator?

With Ley Orgánica n. 10/2022, the Spanish legislature implemented a profound revision of the system of crimes against sexual freedom, on the one hand, by eliminating the previous distinction between sexual assault and sexual abuse - based on the differential elements of violence and intimidation - and introducing a single offence of ‘sexual assault’ (also envisioned in the aggravated version of “violación” in the presence of carnal access or equivalent conduct) under which to include any act of a sexual nature carried out without the consent of the victim; on the other, providing a normative definition of consent that requires free manifestation “through acts that, with reference to the circumstances of the case, clearly express the person’s will.” This paper highlights the critical aspects of the new regulation, focusing on the implications of adopting a model of so-called affirmative consent, also with the aim of obtaining valuable suggestions in a perspective of reforming the crime of sexual violence in the Italian penal code.

SOMMARIO: 1. Una riforma condizionata dalla pressione sociale: lo stupro della “Manada”. - 2. Il sistema spagnolo dei delitti sessuali prima e dopo la LO 10/2022. - 3. La controriforma del 2023. - 4. La centralità del consenso “affermativo” e le criticità della sua definizione normativa. - 4.1. Segue. L'errore sul consenso. - 5. Prospettive *de iure condendo* nell'ordinamento italiano.

1. *Una riforma condizionata dalla pressione sociale: lo stupro della “Manada”.* La riforma introdotta dalla *Ley organica 10/2022, de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, si mostra di grande interesse per il penalista italiano,

non solo perché rappresenta un utile banco di prova per saggiare i risultati di potenziali modifiche da importare nel nostro sistema dei reati sessuali, ma anche perché fotografa con particolare chiarezza lo stato attuale della legislazione penale (non solo nostrana), sempre più condizionata dagli effetti della sovraesposizione mediatica¹ e conseguentemente sempre più incline a cavalcare le reazioni della collettività, a fronte di eclatanti vicende di cronaca, nella prospettiva di trasformarle in strumenti di reddito politico².

Un impiego del diritto penale in chiave di assicurazione sociale che, come da tempo denunciato dalla dottrina, porta con sé il rischio di pericolose derive populistiche³, cui si accompagna sovente una «svalutazione quasi preconcepita sia della dimensione tecnica della legiferazione penale, sia dei profili garantistici»⁴.

Sotto questo aspetto è indubbio che quello del diritto penale sessuale costituisca un settore particolarmente delicato⁵, in cui l'emozione popolare può giocare un ruolo decisivo, specie innanzi alla consumazione di reati efferati che suscitano allarme nella collettività e generano una crescente richiesta di sicurezza da parte dei cittadini⁶, sollecitando il legislatore ad intervenire enfaticamente in funzione placativa dell'opinione pubblica⁷.

¹ Recentemente, analizza con efficacia le pericolose distorsioni che si producono nel «sistema penale mass-mediatico», MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, 2022; TRIGGIANI, *Informazione e giustizia penale, Dalla cronaca giudiziaria al "processo mediatico"*, Bari, 2022, 30 ss., che sottolinea l'inevitabile deriva giustizialista del c.d. "processo mediatico". In argomento, si veda anche CATERINI, *La legalità penal-mediatica. La mercificazione del "prodotto" politico criminale tra vecchi e nuovi mezzi di comunicazione*, in *La sovranità mediatica. Una riflessione tra etica, diritto ed economia*, a cura di Zafferoni-Caterini, Padova, 2014, 152 ss.

² Ampiamente, PALIERO, *La maschera e il volto. Percezione sociale del crimine ed 'effetti' dei media*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 467 ss.; con riferimento al condizionamento che i media quale fonte di conoscenza privilegiata esercitano sulla percezione individuale e collettiva della criminalità, v. BIANCHETTI, *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Milano, 2018, spec. 506 ss.

³ Sul tema, in particolare, AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020; DONINI, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *www.sistemapenale.it*, 7 settembre 2020, 1 ss.; MEZZETTI, *L'ordito rapsodico della riforma penale*, in *Arch. pen. web*, 2019, 3, 9 ss.; PULITANÒ, *Populismi e penale. Sull'attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 126 ss.

⁴ Così FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 101.

⁵ Cfr. MAUGERI, *I reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*, Pisa, 2021, 85 ss.; v. anche MANNA, *"Repressione è civiltà?" A proposito di violenza sessuale, femminicidi e ruolo del diritto penale*, in *Giurisprudenza penale web*, 2023, 10.

⁶ Al riguardo, BERTOLINO, *Reati sessuali e tutela dei minori: la prospettiva dei mezzi di informazione e*

Lo scenario che fa da sfondo alla riforma dei delitti sessuali nell'ordinamento spagnolo si inserisce perfettamente in simili coordinate: la mobilitazione sociale senza precedenti creatasi in occasione del processo relativo al caso della "Manada" ha condizionato in maniera significativa le scelte legislative, suscitando accese polemiche tra i commentatori, che hanno considerato la nuova disciplina un prodotto della «twitterizzazione della politica criminale»⁸, «un magro trionfo del relativismo populista e un sabotaggio al diritto»⁹, del tutto incapace di soddisfare le aspettative comunitarie di "giustizia" e, al contrario, foriera di nuove criticità, sia sul piano sistematico che applicativo¹⁰.

Al centro del dibattito che ha generato la spinta riformatrice, la questione relativa alla qualificazione giuridica da riconoscere ai fatti accaduti durante la festa di *San Fermín*, a Pamplona, all'alba del 7 giugno 2016, quando cinque ragazzi furono accusati di aver abusato in gruppo di una giovane di diciotto anni nell'androne di un palazzo¹¹; il punto controverso riguardava la sussisten-

quella dei giudici a confronto, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 343, che osserva come «la delinquenza sessuale rientra tra quei crimini definiti "campanelli di allarme" per il pubblico, *signal crimes*, reati civetta. Quei reati cioè la cui percezione suscita un generalizzato e forte allarme sociale e conseguentemente un altrettanto generalizzato bisogno di sicurezza dei cittadini nei confronti della criminalità indistintamente considerata». Sul tema, per una prospettiva di carattere generale, DONINI, *Sicurezza e diritto penale. La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penale*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di Donini-Pavarini, Bologna, 2011, 12 ss.; PULITANO, *Sicurezza e diritto penale*, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., 119 ss. V., anche, più recentemente, FORZATI, *La sicurezza fra diritto penale e diritto punitivo. Genesi e fenomenologia dell'illecito securitario postmoderno fra involuzioni potestative e regressioni al postmoderno*. Napoli, 2020, spec. 396 ss.

⁷ In questi termini, EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1683 ss.; anche PALAZZO, *Paura del crimine, rappresentazione mediatica della criminalità e politica penale (a proposito di un recente volume)*, in *Medialaws-Rivista di diritto dei media*, 2018, 18, evidenzia come «fenomeno criminale, sua rappresentazione massmediatica, strato emotivo profondo diventano componenti essenziali dei processi sostanziali di elaborazione delle risposte istituzionali, dalla legge alla sentenza fino all'esecuzione della pena».

⁸ 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, 37.

⁹ QUINTERO OLIVARES-CONTRERAS, *La reforma de los delitos contra la libertad sexual, magro triunfo del relativismo populista y sabotaje al derecho*, in <https://globalpoliticsandlaw.com/blog/2022/06/03/la-reforma-de-los-delitos-contra-la-libertad-sexual/>.

¹⁰ V., ampiamente, RAMÓN RIBAS, *Aciertos y desaciertos de la reforma de los delitos sexuales*, in *La perspectiva de género en la ley del «solo sí es sí»*. *Claves de la Polémica*, García Álvarez-Caruso Fontán (dir.), A Coruña, 2023, 359 ss.

¹¹ Si chiamava proprio "La Manada" (il branco) il gruppo whatsapp nel quale i cinque accusati raccontarono dettagliatamente agli altri partecipanti alla chat i fatti accaduti a Pamplona.

za degli estremi della violenza o della minaccia, richiesti dal previgente assetto normativo per l'applicazione della fattispecie più severa di *agresión sexual* (artt. 178-179 c.p.) in luogo di quella meno grave di *abuso sexual* (art.181 c.p. ora abrogato), il cui impiego era riservato agli atti sessuali compiuti su persona non consenziente perché priva di sensi, oppure abusando dello stato di infermità mentale o della provocata intossicazione da alcol o droghe della persona offesa o di una posizione di superiorità manifesta.

La circostanza, infatti, che nella vicenda in esame la vittima non avesse opposto alcuna resistenza o comunque non avesse manifestato un netto rifiuto ai rapporti sessuali e, conseguentemente, la mancata necessità da parte degli autori del reato di ricorrere ad atti violenti o minacce esplicite, aveva determinato i giudici, sia di primo¹² che di secondo grado¹³, ad escludere la presenza della componente intimidatoria richiesta dall'art. 178 c.p. e a ravvisare piuttosto lo sfruttamento di una situazione di preminenza esercitata nei confronti della donna, che l'aveva 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»¹⁴.

Le sentenze suscitarono una vera e propria rivolta sociale: la giovane età della vittima, il numero dei soggetti implicati – cinque ragazzi tra i 24 e i 27 anni – la crudezza dei fatti, peraltro ripresi dagli autori con il loro telefonino e diffusi successivamente in rete, apparivano agli occhi dell'opinione pubblica elementi di tale rilevanza da rendere difficilmente comprensibile il trattamento “di favore” riservato agli autori del reato, riconosciuti colpevoli del delitto di *abuso sexual con prevalimiento* e condannati alla pena di nove anni di reclusione. In tutta la Spagna centinaia di donne si riunirono al grido «*yo sí te creo*», «*el veredicto nos afecta a todas la mujeres*», «*no estás sola, tienes tu verdadera manada contigo*»¹⁵, denunciando un «*sistema de justicia patriarcal*» e recla-

¹² Sentencia 38/2018, de 20 de marzo, Audiencia Provincial de Pamplona.

¹³ Sentencia 8/2018, de 30 de noviembre, Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

¹⁴ Così la Sentencia 38/2018, cit.

¹⁵ V., ad esempio, quanto riportato negli articoli di stampa, *Miles de personas protestan en toda España contra la sentencia de La Manada: “No es abuso es violación”*, *elmundo.es*, 27 aprile 2018; *‘La Manada somos nosotras’: manifestación contra la sentencia en varias ciudades*, *El Confidencial*, 26 aprile 2018.

mando una condanna esemplare ai sensi dell'art. 179 c.p. (*violación*), che puniva le aggressioni sessuali con atti penetrativi.

Un malcontento popolare che fu immediatamente intercettato dalla classe politica, che annunciò la necessità di avviare una pronta riforma della disciplina dei delitti sessuali prevista nel Codice penale, per evitare che in futuro potessero ripetersi pronunce analoghe a quelle del caso della “*Manada*”¹⁶.

Vero è che da lì a poco il Tribunale Supremo avrebbe riqualificato i fatti in questione come costitutivi del *delito de violación*, riconoscendo la presenza di una forte componente intimidatoria che, seppur non determinata da violenze o minacce in atto, trovava origine in una situazione ambientale di per sé coartante¹⁷ - correlata alle circostanze di tempo, di luogo e alle modalità con le quali si era svolta l'azione - e tale da paralizzare «la volontà di resistenza della vittima e annullare la sua libertà», senza che potessero richiedersi alla medesima «attitudini eroiche che inesorabilmente l'avrebbero esposta a subire mali maggiori»¹⁸. Una sentenza però che, per quanto celebrata dai *media* come il «trionfo della giustizia del popolo»¹⁹, non bastò a sedare l'allarme sociale diffusosi nella collettività, ormai definitivamente convinta che il sistema vigente dei delitti contro la libertà sessuale fosse inadeguato rispetto alle esigenze di

¹⁶ Sul punto, v. le osservazioni critiche di MUÑOZ CONDE, *La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada”*, in *Represión penal y estado de derecho. Homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Valencia, 2018, 941 ss., disponibile anche in *Criminalia. Academia Mexicana de Ciencias Penales*, 2020, 1, 220 ss., che parla al riguardo di una «manipulación política para acallar momentáneamente las protestas que había provocado la sentencia».

¹⁷ Sull'evoluzione nella giurisprudenza spagnola del concetto di c.d. «intimidazione ambientale» applicato alla materia dei delitti sessuali, v. ALTUZARRA ALONSO, *El delito de Violación en el Código penal español: Análisis de la difícil Delimitación entre la intimidación de la Agresión Sexual y el prevalimiento del Abuso Sexual. Revisión a la luz de la normativa internacional*, *Revista de Estudios Deusto*, enero-junio 2020, 68/1, 542, che sottolinea come in questi casi possa risultare particolarmente problematica la distinzione tra l'elemento del «prevalimiento», costitutivo della figura dell'*abuso sexual* - che implica un vizio del consenso del soggetto passivo dovuto ad una rilevante situazione di inferiorità tale da condizionare sensibilmente la sua capacità di decidere liberamente - e quello dell'intimidazione - che presuppone invece un'intensità idonea a paralizzare la volontà della vittima - richiesto per l'applicazione della fattispecie più grave di *agresión sexual*: per un approfondimento della problematica, si rinvia alle considerazioni che saranno svolte nel prossimo paragrafo.

¹⁸ Sentencia 344/2019, de 4 de julio, del Tribunal Supremo.

¹⁹ In termini provocatori, QUINTERO OLIVARES, *¿Reformar los delitos sexuales?*, *El Confidencial*, 29 junio 2019.

tutela emerse nella prassi²⁰, e ferma, di conseguenza, nella richiesta di nuove regole capaci di assicurare una maggiore affidabilità.

È in un simile contesto che prende forma la LO 10/2022, il cui stesso preambolo svela la genesi della nuova disciplina normativa, riconoscendo l'importanza che «negli ultimi anni hanno avuto le mobilitazioni e azioni pubbliche promosse dal movimento femminista nel dare maggiore visibilità sociale alle violenze sessuali e nel mettere in evidenza la portata delle sfide che incontrano i poteri pubblici nella prevenzione e sradicamento del fenomeno»²¹.

Si tratta di un'ampia riforma che adotta un approccio integrato e multidisciplinare per contrastare la violenza di genere, intervenendo, non solo sul piano repressivo, ma anche attraverso il potenziamento di misure finalizzate alla prevenzione, alla formazione, alla ricerca e al supporto economico alle vittime²².

Gli aspetti più controversi hanno però riguardato proprio le modifiche apportate alla disciplina del Codice penale, nelle quali chiara è l'influenza esercitata dalle manifestazioni di piazza. Gli slogan «*no es abuso, es violación*», «*yo sí te creo*», «*sólo sí es sí*» si sono concretizzati in vere e proprie innovazioni legislative: da un lato, si è deciso, infatti, di eliminare la controversa figura dell'*abuso sexual*, assorbita in un'unica fattispecie di *agresión sexual*, nella quale far confluire tutte quelle condotte che attentino alla libertà sessuale di un'altra persona senza il suo valido consenso, indipendentemente dalle modalità commissive impiegate; dall'altro, si è introdotta una definizione normativa di consenso, richiedendosi una manifestazione libera «attraverso atti che, con riferimento alle circostanze del caso, esprimano in maniera chiara la volontà della persona». Innovazioni duramente criticate dalla maggior parte del-

²⁰ Cfr., ACALE SÁNCHEZ, *La nueva protección de la libertad sexual en España tras la reforma operada por la ley orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual*, in www.criminaljusticenetwork.eu, 26 ottobre 2022, 4; ID., *Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma*, in *IgualdadES*, 2021, 5, 482, che mette in evidenza come l'obiettivo della legge non è solo quello di proteggere il bene giuridico della libertà sessuale in sé ma anche quello di offrire tutela di fronte ad una serie di condotte etichettate come «violenze machiste».

²¹ V. *Boletín Oficial del Estado*, n. 215, miércoles 7 de septiembre de 2022.

²² Sul punto, v. GARCÍA RODRÍGUEZ, *Avances en la tutela de los derechos de las víctimas de violencias sexuales en España. ¿Cómo hacerla efectiva en el marco de la ley integral para la garantía de la libertad sexual?*, in *La perspectiva de género en la ley del «solo sí es sí»*, cit., 331 ss.

la dottrina, che ha visto nella riforma dei delitti sessuali un segno «delle patologie che affliggono le società attuali e il modo di intendere il diritto, in particolare il diritto penale, in un contesto dominato dal populismo politico nel quale la politica criminale ha scelto l’emotività rispetto alla razionalità»²³.

2. *Il sistema spagnolo dei delitti sessuali prima e dopo la LO 10/2022.* Il diritto penale sessuale in vigore a partire dalla riforma del codice penale spagnolo del 1995 distingueva, come si è visto, le diverse figure criminose in ragione delle modalità commissive impiegate per realizzare l’atto sessuale, nonché in ragione del contenuto oggettivo dell’atto medesimo, differenziandosi, all’interno di ciascuna tipologia criminosa, l’“*acceso carnal y hechos equiparados*” – per i quali erano previste pene più elevate – dagli altri “*actos de contenidos sexuales*”, che presupponevano intromissioni nella sfera sessuale del soggetto passivo meno intense e vessatorie e che si ricostruivano in via residuale una volta esclusi gli atti di carattere penetrativo²⁴.

Seguendo una simile impostazione, il legislatore aveva quindi previsto il delitto di *agresión sexual* (art. 178 c.p.) e il suo sottotipo aggravato di *violación* (art. 179 c.p.)²⁵, che si caratterizzavano per l’impiego di “*violencia o intimidación*”, e quello di *abuso sexual* (art. 181 c.p.), il cui ambito applicativo ricomprendeva tutta una serie di condotte realizzate in assenza di violenza o intimidazione, su di una persona priva di sensi, oppure abusando dello stato di infermità mentale o della provocata intossicazione da alcol o droghe della persona offesa o di una posizione di superiorità manifesta²⁶.

²³ Così, tra gli altri, AGUSTINA, *Sobre la reforma de los delitos sexuales*, cit., 39.

²⁴ Per un quadro riassuntivo della previgente disciplina normativa e dei suoi aspetti maggiormente controversi, TORRES FERNÁNDEZ, *Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (LO 10/2022)*, in *Comentarios a la ley*, cit., 25 ss.

²⁵ DE VINCENTE MARTÍNEZ, *El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción*, in Farraldo Cabana-Acale Sánchez, *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, 2018, 193 ss.

²⁶ A simili fattispecie si affianca anche la figura dell’“*acoso sexual*” (art. 184 c.p.) che, nella formulazione attualmente vigente, punisce, in quanto autore di “molestie sessuali”, con la pena della reclusione da sei a dodici mesi o la multa da dieci a quindici mesi e l’inabilitazione all’esercizio della professione, dell’ufficio o dell’attività da dodici a quindici mesi, chi «richiede, per sé o per un terzo, prestazioni di carattere sessuale, nell’ambito di un rapporto continuativo o abituale di lavoro, di insegnamento o di prestazione di servizi, e con tale comportamento cagioni nella vittima una situazione oggettiva e di grave intimidazione, ostilità o umiliante»; in argomento, LOUSADA AROCHENA, *Acoso sexual: el estado della*

Proprio quest'ultima ipotesi, che è quella che si riferiva al c.d. *abuso sexual con prevalimiento* (art. 181.3 c.p.), ha dato vita alle maggiori criticità interpretative, per la difficoltà – specie laddove le condotte consistessero in atti sessuali penetrativi (181.4 c.p.) – di segnare una netta linea distintiva rispetto alle più gravi aggressioni sessuali intimidatorie; i concetti di “*intimidación*” e “*prevalimiento*” mostravano infatti indubbi elementi di affinità, perché entrambi intervenivano nel processo di formazione della volontà della vittima²⁷, inducendola in uno stato di timore, tale da annullarne la capacità di autodeterminazione – nei casi di aggressione intimidatoria – o di limitarla, a causa dello sfruttamento della posizione di superiorità del soggetto attivo, nelle ipotesi di abuso²⁸.

Una differenziazione che, come si è visto, presentava una particolare complessità tutte le volte in cui, in assenza di violenze e minacce esplicite, la vittima si sentisse comunque obbligata a compiere l'atto sessuale, perché posta in una situazione – ora notturna, assenza di possibili soccorritori o vie di fuga, presenza di più aggressori²⁹ – di per sé intimidatoria e tale da inibire ogni sua possibile capacità di reazione. La giurisprudenza, attraverso l'elaborazione

cuestión en España tras los últimos instrumentos internacionales, *Revista de derecho y ciencias sociales*, 2020, 18, 65 ss.

²⁷ In dottrina si riteneva decisivo che nell'abuso sessuale con *prevalimiento* il soggetto passivo, anche se la sua volontà risultava viziata, si prestasse comunque al compimento dello specifico atto sessuale: cfr., sul punto, ad esempio, MUÑOZ CONDE-LÓPEZ PEREGRÍN, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2017, 207.

²⁸ Il Tribunale Supremo ha affermato più volte che «la differenza tra aggressione sessuale e abuso si radica nel fatto che l'intimidazione nell'aggressione sessuale vince la volontà contraria della vittima, mentre nell'abuso con “*prevalimiento*” la condotta produce il risultato di viziare il consenso del soggetto passivo» (STS n. 817/2000, de 25 de junio); analogamente STS n. 305/2013, de 12 de abril, per la quale nell'abuso sessuale, a differenza dell'aggressione, «non c'è assenza ma un deficit del consenso del soggetto passivo, determinato da una situazione di chiara superiorità della quale il soggetto attivo si approfitta». Particolarmente interessante nell'evidenziare le affinità tra i concetti di *intimidación* e *prevalimiento* anche STS n. 542/2013, de 20 de mayo, che riconosce come «nel “*prevalimiento*” la situazione che limita la volontà del soggetto passivo è una specie di intimidazione, però di grado inferiore»: sul tema, GAVILÁN RUBIO, *Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia*, in *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 2018, 12, 83 ss.

²⁹ V., ad esempio, STS n. 2012/2002, de 2 de diciembre, nella quale si è riconosciuto come, «nonostante l'imputato non avesse realizzato minacce espresse alla vittima, si determinò la creazione di un ambiente intimidatorio, dovuto alla grande differenza di età con la vittima, al trovarsi in un ascensore e formulare richieste di contenuto libidinoso, con un oggetto indeterminato in mano»; analogamente, STS n. 1192/1997, de 3 de octubre, con riferimento al numero dei soggetti partecipanti all'atto.

della categoria della c.d. *intimidación ambiental*³⁰, aveva ricompreso anche tali fatti nello spettro del più grave delitto di aggressione sessuale, non senza qualche incertezza dal punto di vista applicativo – come ben rappresentato dalle oscillazioni giurisprudenziali registrate nel caso della “*Manada*”³¹ – perché è chiaro che, una volta rinunciato agli indici esogeni della violenza e della minaccia esplicita quali criteri distintivi tra le due figure criminose, la scelta della fattispecie applicabile al caso concreto risultava inevitabilmente più esposta alle variabili dell’accertamento giudiziale³².

Ed è proprio per ovviare a simili difficoltà che il legislatore della riforma ha deciso di fare *tabula rasa* della distinzione tra aggressione e abuso sessuale, rinunciando agli elementi differenziali della violenza e dell’intimidazione, e costruendo un’unica figura di “aggressione sessuale” – prevista, come in precedenza, anche nella versione aggravata della *violación*, in presenza di accesso carnale o condotte equiparate (art. 179 c.p.) – nella quale far rientrare qualsiasi atto di natura sessuale realizzato senza il consenso della vittima.

Una “macro-fattispecie” che abbraccia in maniera indifferenziata le condotte eseguite «con violenza e intimidazione, con abuso di una situazione di superiorità o vulnerabilità della vittima, così come quelle compiute su persone prive di sensi o approfittando della loro condizione psichica, nonché quelle realizzate quando la vittima sia per qualsiasi ragione privata della sua volontà» (art. 178.2 c.p.).

Si tratta di una modifica che indubbiamente risolve alcune delle aporie della precedente formulazione normativa, in particolare con riferimento alle aggressioni realizzate nei confronti di soggetti incapaci di consentire validamente, perché privi di sensi o a causa dell’assunzione (volontaria o provocata) di sostanze alcoliche o stupefacenti, che nella vecchia disciplina rientravano

³⁰ Sul tema, riguardo all’evoluzione che il concetto di “costrizione ambientale” ha avuto negli ordinamenti italiano e tedesco, 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, 1942 ss.; e, più recentemente, CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, Bologna, 2023, 164 ss.; 368 ss.

³¹ V. *supra*, par. 1.

³² In questi termini, MUÑOZ CONDE, *La vinculación del juez a la ley*, cit., 239, che sottolinea la difficoltà per la giurisprudenza di individuare criteri chiari e vincolanti per decidere se nel caso concreto ci si trovi di fronte all’uno o all’altro delitto, senza tenere in considerazione le particolarità e le circostanze di ogni tipo che possono verificarsi nel caso che si deve giudicare.

nell'ambito applicativo dell'*abuso sexual* ed erano punite meno gravemente rispetto ai fatti commessi con violenza e intimidazione³³. Una disparità di trattamento che appariva difficilmente giustificabile specie a fronte dei casi di c.d. *sumisión química*³⁴, vale a dire l'impiego di sostanze psicoattive con il fine di annullare la volontà del soggetto passivo, che il legislatore, con la LO 5/2010, aveva espressamente qualificato come "abusi sessuali", negando la sussistenza di una qualsiasi forma di violenza, seppur impropria³⁵, rilevante ai sensi degli artt. 178-179 c.p.

Con la LO 10/2022 un simile approccio viene ribaltato totalmente e le ipotesi di *sumisión química*, non solo vengono considerate a tutti gli effetti "aggressioni sessuali", ma sono anche ricomprese tra le figure aggravate previste dal nuovo art. 180 c.p.³⁶, con l'obiettivo di differenziarle dalle situazioni in cui

³³ Ritieni che una simile distinzione evidenziava un deficit di protezione nei confronti di potenziali vittime, che certo non poteva trovare giustificazione nella diversa gravità dei mezzi impiegati nella realizzazione dell'atto sessuale, dal momento che lo stato di incapacità di opporsi o resistere rendeva inutile da parte dell'autore ogni tipo di violenza e intimidazione, TORRES FERNÁNDEZ, *Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, in *Comentarios a la ley*, cit., 26; nello stesso senso, RAGÜES I VALLÈS, *El grado de afectación al consentimiento de la víctima en los delitos sexuales: una revisión crítica de la Ley Orgánica 10/2022*, in *Comentarios a la ley*, cit., 103. Sul tema, evidenzia le lacune che l'ordinamento spagnolo presentava prima della riforma, anche GATTA, *Atti sessuali su minore incosciente per effetto dell'uso di alcool e droga: violenza o abuso sessuale? Il caso della 'Manada de Mauresa', nella prospettiva del penalista italiano*, in www.criminaljusticenetwork.eu, 10 novembre 2019.

³⁴ GARCÍA-CALDERÓN, *La sumisión química en los delitos sexuales antes y después de la ley del solo sí es sí*, in *La perspectiva de género*, cit., 137 ss.

³⁵ In senso contrario si orientavano invece, prima della riforma del 2010, sia la giurisprudenza che la dottrina maggioritaria, sul punto, v. l'attenta ricostruzione di ACALE SÁNCHEZ, *Tratamiento de la sumisión química en la jurisprudencia*, in *Comentarios a la ley*, cit., 137 ss.; GARCÍA-CALDERÓN, *La sumisión química*, cit., 148.

³⁶ L'articolo 180 c.p. prevede, tra le ipotesi aggravanti, affianco a quelle già dette della c.d. *sumisión química*, l'attuazione congiunta di due o più persone, l'impiego di una violenza di particolare gravità o il compimento di atti dal contenuto particolarmente degradante o vessatorio, la presenza di condizioni di particolare vulnerabilità della vittima, di una relazione affettiva tra vittima e autore, anche se non più attuale, l'abuso di una situazione di convivenza, di parentela o di una relazione di superiorità rispetto alla vittima, nonché l'uso di armi o altri mezzi ugualmente pericolosi, idonei a provocare la morte o lesioni gravi o gravissime ai sensi degli artt. 149 e 150 c.p. Sulle incertezze applicative dovute all'ambigua formulazione dell'art. 180 c.p., in particolare con riferimento all'impiego del concetto di "abuso di una relazione di superiorità" di difficile distinzione rispetto a quello di "abuso di una situazione di superiorità", che va ad integrare il tipo base di aggressione sessuale, MORALES HERNÁNDEZ, *Análisis de los tipos penales cualificados relativos a las agresiones sexuales contenidos en el artículo 180 del Código penal*, in *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, a cura di De Espinosa Ceballos-Esquinas Valverde, diretto da Morales Hernández-Navarra, 2022, 89 ss.

l'autore del reato si approfitti di uno stato di incapacità della vittima – sempre determinato dall'uso sostanze, ma a lui non addebitabile (c.d. *vulnerabilidad química*) – che rientrano invece nella figura base di *agresión*.

Se simili innovazioni hanno sostanzialmente trovato d'accordo la generalità dei commentatori, da tempo impegnati nel sollecitare il legislatore ad una revisione del trattamento giuridico degli abusi sessuali commessi su soggetti incapaci³⁷, la radicale eliminazione della fattispecie dell'*abuso sexual* e il suo integrale accorpamento con quella dell'*agresión sexual* hanno sollevato, invece, più di una perplessità³⁸.

Il problema è stato evidenziato proprio con riferimento alle aggressioni sessuali realizzate con violenza e intimidazione che, in precedenza, rappresentavano il modello-base dell'aggressione sessuale rilevante ex art. 178 c.p., e che nell'assetto normativo previsto dalla LO 10/2022 vedono perdere, invece, ogni tipo di specificità in quanto equiparate a qualsiasi altra ipotesi di realizzazione del reato³⁹. Una scelta motivata, come già detto, dalla preoccupazione di eliminare possibili zone d'ombra, specie nelle ipotesi riconducibili alla c.d. "intimidazione ambientale", e che rischia però di alimentare indebite equiparazioni a fronte di situazioni qualitativamente diverse in punto di disvalore.

Si è parlato, al riguardo, di una vera e propria «*confusión típica*»⁴⁰, denunciando come il raggruppamento nel medesimo delitto e, soprattutto, la sottoposizione allo stesso trattamento sanzionatorio di comportamenti connotati già sul piano astratto da una differente gravità finisca con l'accrescere –

³⁷ V., ad esempio SANLEHI-PANYELLA CARBÓ, *Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas a partir de una muestra de sentencias*, in *Revista de Investigación Criminológica*, 2019, 17, 1 ss.; CUGAT MAURI, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, in Álvarez García- González Cussac, *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, 2010, 225 ss.

³⁸ V., al riguardo, la posizione di QUINTERO OLIVARES-CONTRERAS, *La reforma de los delitos contra la libertad sexual*, cit.

³⁹ Il legislatore riconosce infatti un aggravamento della pena, ai sensi dell'art. 180 c.p., così come riformato dalla LO 10/2022, solo qualora la violenza sia di particolare gravità o si compiano atti dal contenuto particolarmente degradante o vessatorio; sul punto, v. *supra* nota 36.

⁴⁰ Così, AGUSTINA, *Sobre la reforma de los delitos sexuales*, cit., 41, che sottolinea come la nuova regolamentazione possa dar vita a ingiuste discriminazioni al cospetto di condotte qualitativamente diverse, perché in presenza di violenza e intimidazione non si lede solo la libertà sessuale, ma si mette in pericolo anche l'integrità fisica e la vita della persona offesa; nello stesso senso, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento*, in *Comentarios a la ley*, cit., 51 ss.

anziché ridurre – le incertezze sul piano applicativo, ampliando a dismisura la discrezionalità del giudice in sede di commisurazione della pena⁴¹.

Basti pensare che nell’ambito applicativo delle condotte realizzate con “abuso di superiorità” – superiorità che, nell’assenza di requisiti formali richiesti dal legislatore, può essere di ogni tipo e che, tra l’altro, a differenza di quanto previsto per il “vecchio” *abuso sexual con prevalimiento*, non deve essere neanche più “manifesta” – la giurisprudenza ricomprende anche ipotesi nelle quali non si verifica un vero e proprio stato di costrizione del soggetto passivo⁴², quanto piuttosto un’induzione al compimento dell’atto sessuale non voluto⁴³. In questi casi, «pur non essendoci dubbi che il consenso prestato dalla parte sia un consenso viziato, si può ritenere ragionevolmente che il fatto presenti la stessa gravità di un un’aggressione sessuale realizzata con una minaccia di morte, ponendo un coltello al collo della vittima?»⁴⁴.

La questione, lungi dall’essere meramente nominalistica, solleva precisi interrogativi legati alla tecnica di costruzione delle fattispecie incriminatrici e alla necessità di adottare delle previsioni normative in grado di rispettare, nel modo più fedele possibile, la natura e il disvalore dell’azione illecita⁴⁵. Un aspet-

⁴¹ In senso fortemente critico, AGUSTINA, *Sobre la reforma de los delitos sexuales*, cit., 41, che parla di un’indeterminatezza punitiva che pregiudica le esigenze di uguaglianza e che riconfigura la relazione tra legge e giudice in un ambito altamente sensibile (*Prólogo*, cit., 11); analogamente GIMBERNAT ORDEIG, «Solo si es sí», in *Iustel*, 27 de abril de 2020, che definisce una simile regolamentazione «equivoca e ingiusta perché tratta con maniera uguale dal punto di vista sanzionatorio presupposti fattuali disuguali».

⁴² A differenza, infatti, di quanto previsto nell’ordinamento italiano, con riferimento al concetto di “abuso di autorità”, indicato come modalità alternativa alla violenza e alla minaccia dall’art. 609 *bis* c.p., all’“abuso di superiorità” di cui all’ art. 178 del codice penale spagnolo il legislatore non ricollega la causazione di uno stato di costrizione, con la conseguenza quindi che l’ipotesi in questione si presta ad abbracciare anche i casi in cui l’agente prospetti al soggetto passivo il conseguimento di vantaggi personali. Per le incertezze sorte sul tema nel sistema italiano: v. CADOPPI, *Comentario art. 609bis c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, 2006, 512; 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, 125; nonché recentemente BRASCHI, *La violenza sessuale con abuso di autorità al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 46 ss.

⁴³ Riporta, a titolo esemplificativo, il caso di chi abusi della propria superiorità, ricattando emotivamente la vittima, o promettendo «un aumento di stipendio, un miglior voto ad un esame, un miglioramento delle condizioni salariali», al fine di forzare il soggetto passivo a compiere o subire un atto sessuale, MUÑOZ CONDE, *La vinculación del juez a la ley*, cit., 227.

⁴⁴ In questi termini, MUÑOZ CONDE, *op. ult. cit.*, 227.

⁴⁵ Sul punto, sottolinea infatti la necessità di «regolare con precisione, rispettando il principio di uguaglianza, la differenziazione tipica (*fair labelling*) tra le diverse modalità di offesa al bene della libertà sessuale», AGUSTINA, *Prólogo*, in *Comentarios a la ley*, cit., 12.

to, come noto, particolarmente delicato anche nel nostro ordinamento⁴⁶, nel quale – a differenza di quello spagnolo che comunque prevedeva già prima della riforma una criminalizzazione a largo spettro delle condotte lesive dell'altrui libertà sessuale – la giurisprudenza esercita una vera e propria attività di ridefinizione della tipicità del reato di violenza sessuale, a fronte di un dato legislativo assolutamente obsoleto e incapace di soddisfare le legittime istanze di tutela emerse nella prassi⁴⁷.

3. *La controriforma del 2023*. L'assorbimento degli abusi sessuali nelle nuove figure di *agresión/violación sexual*, disciplinate rispettivamente agli artt. 178 e 179 c.p., ha prodotto i suoi effetti anche sul relativo trattamento sanzionatorio che, complessivamente, appare più grave di quello previsto in precedenza per gli abusi sessuali dall'art. 181 c.p. e meno grave di quello anteriormente riservato alle aggressioni sessuali commesse con violenza e intimidazione.

Se, infatti, i vecchi abusi sessuali erano puniti con la pena della reclusione da uno a tre anni o con la multa da diciotto a ventiquattro mesi – che diventava la pena della reclusione da quattro a dieci anni in caso di atti penetrativi – e le aggressioni sessuali con la pena della reclusione da uno a cinque anni e da sei a dodici anni nell'ipotesi di *violación*, con il nuovo arco edittale introdotto dalla LO 10/2022 il legislatore ha scelto invece una soluzione intermedia, che va da uno a quattro anni di reclusione per il tipo base di aggressione sessuale e da quattro a dodici per quello aggravato di *violación*. Previsioni a cui viene aggiunto, da un lato, un sottotipo attenuato per i casi di minore gravità (art. 178.3 c.p.), che consente la sola applicazione della multa da diciotto a ventiquattro mesi, e, dall'altro, specifiche ipotesi aggravanti (art. 180 c.p.)⁴⁸ per le quali è fissata la pena della reclusione da due a otto anni o da sette a quindici anni, a seconda che si tratti o meno di atti penetrativi.

⁴⁶ La difficoltà di riuscire a mantenere i reati sessuali saldamente orientati all'interno del c.d. «diritto penale delle cose visibili», e cioè vale a dire di un «diritto penale che si confronta con l'ingiusto attraverso la mediazione delle *mala species*, delle forme paradigmatiche dell'illecito elencate nella parte speciale», è ben messa in evidenza da PAPA, *La fisiognomica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali: appunti per una riflessione sulla crisi della tipicità*, in *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà*, a cura di De Francesco-Gargani-Notaro-Vallini, Torino, 2019, 147 ss.

⁴⁷ Sul punto, v. *infra*, par. 5.

⁴⁸ V. *supra*, nt. 36.

Una riformulazione che, oltre ad aver ampliato sensibilmente il margine di manovra del giudice nella fase commisurativa – basti pensare che anche nel caso di aggressioni sessuali realizzate con violenza o intimidazione è consentito optare per la pena della multa, qualora il fatto sia ritenuto di minore gravità⁴⁹ – ha determinato una serie di conseguenze pratiche, assolutamente sottovalutate dal legislatore, che hanno messo nuovamente in allarme l’opinione pubblica.

All’indomani, infatti, dell’entrata in vigore della LO 10/2022 si sono succedute numerose pronunce con le quali i giudici hanno operato una revisione del trattamento sanzionatorio stabilito in precedenti sentenze di condanna, alla luce dei diversi limiti di pena individuati dalla riforma; un’eventualità che si è verificata in particolare per l’ipotesi più grave di aggressione sessuale, vale a dire la *violación*, il cui minimo edittale, antecedentemente fissato in 6 anni di reclusione, è stato invece diminuito fino a quattro. L’applicazione retroattiva della nuova legge più favorevole ha consentito, in molti casi, per i soggetti condannati al minimo della pena ai sensi della precedente versione dell’art. 179 c.p., di usufruire di uno “sconto” fino a due anni di reclusione, che talvolta ha comportato una loro scarcerazione, qualora avessero già espiato il *quantum* sanzionatorio così come rideterminato dal giudice.

Un vero e proprio effetto boomerang dal punto di vista mediatico per una legge che «si presentava come una rivoluzione copernicana in relazione alla protezione delle donne di fronte alle aggressioni sessuali»⁵⁰ e che finiva invece con il rivelarsi agli occhi della collettività ancora più ingiusta e inadeguata a garantire la sicurezza delle vittime⁵¹.

In un simile clima di agitazione generale, il legislatore si è visto costretto ad attuare una rapida “marcia indietro” con la LO 4/2023, adottata – come indi-

⁴⁹ Fortemente critico rispetto a questa possibilità, AGUSTINA, *op. ult. cit.*, 46, che auspicava da parte della giurisprudenza una restrizione interpretativa del sottotipo attenuato previsto dall’art. 178.3 c.p., in modo da precluderne l’applicazione nelle ipotesi di aggressioni violente.

⁵⁰ LLORIA GARCÍA, *El gatopardismo y la reforma del ‘solo sí es sí’*, in https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1230334.

⁵¹ V., sul punto, CANCIO MELIÁ, *Ley del solo sí es sí: un debate irreal*, in <http://almedron.com/tribuna/ley-del-solo-si-es-si-un-debate-irreal/>, sottolinea la necessità di abbandonare un approccio meramente “punitivista”, per il quale l’unica cosa che conta è mantenere pene elevate nei confronti dei soggetti condannati per violenze sessuali; nello stesso senso, LLORIA GARCÍA, *El gatopardismo*, cit.

cato nello stesso preambolo - al fine di «blindare la legge a favore delle vittime ed evitare l'effetto indesiderato di una possibile applicazione delle pene minime previste nelle nuove cornici edittali, che sono più ampie, in modo che per i casi gravi non esista la possibilità di infliggere pene basse»⁵².

In concreto, attraverso la controriforma, si recuperano le vecchie pene previste per i delitti di *agresión sexual* (da uno a cinque anni) e di *violación* (da sei a dodici), attraverso l'introduzione di un sottotipo aggravato, disciplinato agli artt. 178.3 e 179.2, c.p., per le ipotesi in cui il fatto sia stato commesso con violenza, intimidazione o nei confronti di una vittima che si trovi per qualsiasi ragione privata della sua volontà⁵³.

Si tratta di una modifica che indubbiamente non può risolvere il problema pratico creatosi in occasione dell'entrata in vigore della precedente legge più favorevole, che continuerà ad esplicare i suoi effetti retroattivi⁵⁴, e con la quale di fatto si reintroduce - salvo quanto previsto per i casi di vittima in stato di incapacità - l'antica distinzione tra aggressione e abuso sessuale, eliminata da un punto di vista nominalistico, ma comunque produttiva dei suoi effetti sul piano delle pene applicabili.

Una scelta salutata con favore da quella parte della dottrina che aveva duramente criticato l'impostazione "livellatrice" della LO 10/2022, evidenziando come la previsione di un trattamento sanzionatorio più grave per le aggressioni sessuali realizzate con violenza e intimidazione fosse una necessità tecnica ineludibile per rispettare appieno il principio di proporzionalità⁵⁵.

Se quindi, complessivamente, i risultati cui giunge l'ultima innovazione legislativa si mostrano senz'altro apprezzabili nella prospettiva di garantire una maggiore certezza ed equità nelle decisioni sulla pena, attraverso la fissazione di parametri normativi entro i quali il giudice è obbligato a muoversi nella fase commisurativa, va detto però che il sostanziale «regreso al código della Ma-

⁵² *Boletín Oficial del Estado*, n. 101, viernes 28 de abril de 2023.

⁵³ Previsioni cui si aggiungono ulteriori aggravamenti di pena nel caso in cui al sottotipo aggravato previsto agli artt. 178.3 e 179.2 c.p. accedano le altre ipotesi aggravanti tipiche già disciplinate nell'art. 180 c.p.; nonché l'impossibilità di dichiararlo di particolare tenuità ai sensi dell'art. 178.4, c.p.

⁵⁴ Efficacemente, sul punto, QUINTERO OLIVARES, *La contrarreforma de los delitos contra la libertad sexual*, in *Global politics and law*, 6 de febrero de 2023.

⁵⁵ LLORIA GARCÍA, *El gatopardismo*, cit.; QUINTERO OLIVARES, *op. ult. cit.*

*nada*⁵⁶ - espressione provocatoriamente impiegata da chi ha visto negli interventi di riforma che si sono succeduti niente di più che una sbiadita operazione di “*maquillage* normativo” - rappresenta un evidente segnale di un legislatore fortemente condizionato dagli umori della piazza, oscillante nelle sue decisioni in funzione della necessità contingente di placare le ansie punitive della collettività e accrescere il consenso tra i cittadini, ma sprovvisto, a monte, di una visione chiara e coerente da perseguire sul piano politico criminale.

4. *La centralità del consenso “affermativo” e le criticità della sua definizione normativa.* Indubbiamente il cuore della riforma introdotta dalla LO 10/2022 - battezzata appunto come “*la ley del solo sí es sí*” - è la regolamentazione espressa del consenso, contenuta nel nuovo art. 178 c.p., che si occupa di ridisegnare il volto delle aggressioni sessuali penalmente rilevanti.

Si è già detto come, a seguito dell’eliminazione della differenza tra aggressione e abuso sessuale, la tipicità della condotta ruoti attorno alla mera commissione di atti invasivi della libertà sessuale di un’altra persona e realizzati senza il suo consenso; una formulazione che sostanzialmente ricalca quella contenuta nell’ art. 36 della Convenzione di Istanbul e alla quale però non si ricollega di per sé un mutamento radicale rispetto alla tipologia dei comportamenti in precedenza incriminati⁵⁷. Va considerato infatti che, a differenza di quello che avviene ad esempio nel nostro ordinamento, la legislazione spagnola prevedeva già la punibilità, seppur a vario titolo, di tutta una serie di condotte nelle quali il consenso risultasse viziato, pur in assenza di violenza e minaccia. La fattispecie dell’*abuso sexual*, soprattutto attraverso la duttile figura dell’“abuso di superiorità”, si prestava - come si è visto - a una larga incriminazione di situazioni nelle quali la libera adesione agli atti sessuali risultasse quantomeno

⁵⁶ Sul punto, per un’accurata analisi delle diverse reazioni alla controriforma, DÍAZ-GARCÍA CONLLEDO-TRAPERO BARREALES, *La nuova riforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código penal de la Manada?*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 5 de settembre de 2023.

⁵⁷ Sottolinea come l’esistenza di un valido consenso fosse, anche prima della LO 10/2022, la frontiera tra la sessualità libera e quella penalmente rilevante, QUINTERO OLIVARES, *El consentimiento, “corazón de la norma”: ignorancia o falacia?*, in *Almacén de derecho*, 13 de febrero de 2023, che denuncia il tentativo demagogico da parte dei promotori della riforma di far credere alla collettività che nel precedente impianto normativo l’autodeterminazione sessuale non fosse sufficientemente garantita; nello stesso senso, TORRES FERNÁNDEZ, *Notas sobre los delitos contra la libertad sexual*, cit., 28.

“compressa” a causa di contesti implicitamente coartanti, dinamiche asimmetriche di potere che alteravano lo sviluppo della relazione intima tra le parti.

Più che colmare, quindi, vuoti normativi, la riscrittura del delitto di aggressione sessuale sembra assolvere in primo luogo a una funzione di tipo comunicativo, nella prospettiva di rafforzare nella collettività la percezione della gravità dei comportamenti incriminati mediante una modifica dei termini giuridici impiegati che risulti più in linea con l’evoluzione del sentire sociale in materia di violenza sessuale. Un’istanza portata avanti con convinzione dal fronte femminista che denunciava da tempo come il termine abuso trasmettesse un messaggio di indulgenza⁵⁸, perché nel linguaggio comune vi si ricollegava una sensazione di minimizzazione e banalizzazione delle offese alla libertà sessuale della vittima, a prescindere dall’entità delle pene in concreto irrogate.

Se quindi la mancanza di un consenso valido era un elemento comunque già preso ampiamente in considerazione, seppur sotto diverse forme, nel precedente impianto normativo, a creare le maggiori criticità è invece la scelta del legislatore di optare esplicitamente per un modello di consenso c.d. affermativo, esigendo, ai fini del suo accertamento, l’esistenza di «atti che, in relazione alle circostanze del caso, esprimano in maniera chiara la volontà della persona».

Con tale formula si richiede, infatti, per escludere la tipicità della condotta, non solo l’esistenza di un consenso effettivo, ma una manifestazione espressa da parte del soggetto passivo che dimostri la positiva adesione all’atto sessuale⁵⁹; si tratta di un paradigma che, così strutturato, rischia di dar vita ad una definizione eccessivamente lata di violenza sessuale, nella quale rientrano non solo atti lesivi dell’autodeterminazione della vittima, ma ogni contatto sessuale che, sebbene voluto, risulti sprovvisto di un consenso attivo, espresso e chiaro⁶⁰. Un’eventualità che può dar luogo a soluzioni difficilmente sostenibili,

⁵⁸ Sul punto, v., LASCURAÍN SANCHEZ, *¿Qué es una violación?*, in www.criminaljusticenetwork.eu, 2 ottobre 2018, che sottolinea l’importanza di «chiamare le cose con il loro nome» e quindi di impiegare un linguaggio giuridico che si adegui al sentire sociale, per evitare che si trasmetta l’idea di una sottovalutazione da parte del legislatore della gravità dei fenomeni da contrastare; ID., *Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas*, in *Almacén de derecho*, 9 de marzo de 2022. Nello stesso senso, anche ACALE SANCHEZ, *La nueva protección de la libertad sexual*, cit., 4.

⁵⁹ Ampiamente, CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., 200 ss.

⁶⁰ In questi termini, nella dottrina spagnola, LASCURAÍN SANCHEZ, *Los nuevos delitos sexuales: indife-*

specie nel contesto di relazioni di lungo corso, nelle quali l'accettazione del rapporto sessuale si traduce talvolta in un «non atto, nel silenzio, al quale si attribuisce un determinato significato implicito»⁶¹; in questi casi, la definizione restrittiva di consenso presa in considerazione dalla norma porta con sé il rischio di contrarre indebitamente il pieno esercizio della libertà sessuale positiva delle parti, richiedendo un'eccessiva formalizzazione delle modalità comunicative che non si adatta per intero alla realtà del fenomeno da regolare e che può prestarsi *ex post* anche a pericolose strumentalizzazioni⁶².

È chiaro che dietro una scelta siffatta vi è la preoccupazione del legislatore di fornire protezione adeguata a quelle situazioni nelle quali il silenzio o l'inerzia, lungi dal potersi leggere come un'adesione del tutto fisiologica allo sviluppo dell'interazione sessuale, siano ricollegati piuttosto a circostanze “predatorie” o implicitamente coartanti nelle quali la vittima risulti incapace di manifestare in qualunque modo la sua volontà; in questa prospettiva, la richiesta di un consenso “affermativo” – plasticamente declinata nella formula «*solo sí es sí*» – servirebbe a scongiurare definitivamente il pericolo che l'accettazione dell'atto sessuale possa essere desunta implicitamente dalla mera acquiescenza del soggetto passivo che si trovi in condizioni di particolare vulnerabilità.

Va detto però che, nel sistema spagnolo, simili realtà trovavano in larga misura riconoscimento – come si è visto – già prima della riforma del 2022, attraverso la contestata fattispecie dell'*abuso sexual con prevalimiento* o, nei casi di c.d. intimidazione ambientale, applicando la più grave figura

renciación y consentimiento, in *Comentarios a la ley*, cit., 56.

⁶¹ V., al riguardo, le preoccupazioni espresse da ÁLVAREZ GARCÍA, *La libertad sexual en peligro*, *Diario la Ley*, núm. 10007, 10 de febrero de 2022, che osserva come «risulterà proibito avvicinarsi alla propria compagna di notte, mentre dorme, accarezzarla e abbracciarla, dal momento che da addormentata non ha potuto manifestare attraverso un atto “in maniera chiara la volontà della persona”». L'Autore sottolinea inoltre come in molti casi identificare l'atto nel quale si fissa in maniera chiara il consenso sessuale sia impossibile perché non si possono concordare previamente gli atti sessuali che si realizzeranno, che si svolgono sulla base di una progressione sessuale che passa attraverso le “*avance*” di una parte e rispetto alle quali l'altra parte può rispondere con una semplice accettazione, o non opposizione che implica accettazione.

⁶² Cfr., per questa posizione, RAMÍREZ ORTIZ, *¿Es posible garantizar la libertad sexual sin la reforma penal? En defensa de una ley menos «integrab»*, in *IgualdadES*, 2021, núm. 5, 504 ss; DEL MORAL GARCÍA, *Caraterización normativa del consentimiento en la reforma de los delitos sexuales*, in *Comentario a la ley*, cit., 118.

dell'aggressione sessuale⁶³; del resto, è lo stesso art. 178 c.p., anche nella formulazione attualmente vigente, a precisare, al secondo comma, che «si considerano in ogni caso aggressioni sessuali gli atti di contenuto sessuale realizzati con violenza e intimidazione, con abuso di una situazione di superiorità o vulnerabilità della vittima, così come quelli compiuti su persone prive di sensi o approfittando della loro condizione psichica, nonché quelli realizzati quando la vittima sia per qualsiasi ragione privata della sua volontà». Un chiarimento che assolve una funzione esemplificativa di ipotesi nelle quali il consenso debba ritenersi comunque invalido, a prescindere dall'eventuale reazione del soggetto passivo.

In un simile quadro, la virata del legislatore verso il paradigma del consenso affermativo, più che rispondere a reali esigenze di tutela, rischia invece di irrigidire eccessivamente la fase della valutazione giudiziale, introducendo delle presunzioni che vincolano il giudice a considerare illecite tutte le relazioni sessuali che non siano state autorizzate da atti esteriori e univoci.

Quali siano poi tali atti ritenuti sufficienti ad integrare il requisito dell'«autorizzazione affermativa» la norma non lo dice, perché la formula inserita nell'art. 178 c.p. si presta di per sé a ricomprendere non solo vere e proprie autorizzazioni verbali ma anche adesioni all'atto sessuale che siano comunicate con un comportamento esplicito della parte⁶⁴. Quello che però sembrerebbe doversi ricavare dall'impiego del termine «atti» è l'impossibilità per l'interprete di ricostruire l'esistenza del consenso dalla mera analisi del contesto complessivo nel quale si svolge il contatto sessuale; una conseguenza che, come si è detto, può portare ad ampliare in maniera indebita l'area del penalmente rilevante, tutte le volte in cui, in assenza di gesti inequivocabili o di una collaborazione positiva all'atto, il consenso possa però essere dedotto dall'insieme delle circostanze, sia anteriori che concomitanti, che accompagnano la realizzazione del fatto: «non è la stessa cosa, anche ai fini dell'accertamento del consenso, un contatto fugace da una relazione stabile; la relazione sessuale in un matrimonio o tra conviventi, rispetto a quella che si

⁶³ Sul punto, v. *supra*, par. 2.

⁶⁴ Sulle pluralità di graduazioni nelle quali può essere declinato il paradigma del consenso affermativo, v. l'attenta analisi di CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., 351 ss.

esaurisce nell'incontro di una notte, l'approccio sessuale tra due persone disinnibite in un contesto di divertimento, rispetto alla prima esperienza sessuale...»⁶⁵.

La varietà che caratterizza, specie oggi, le relazioni sessuali induce a dubitare dell'opportunità di inserire una formula legale che imponga una determinata maniera di esprimere il consenso e che possa poi correttamente adattarsi alla generalità dei fenomeni da regolare, in un ambito che, per sua stessa natura, non ammette rigidità nelle forme⁶⁶. Va detto, infatti, che la questione problematica da dirimere quando si tratta di violenza sessuale, non è tanto di tipo concettuale (cosa possa considerarsi consenso), quanto di tipo probatorio (quando esista o no il consenso)⁶⁷, e le difficoltà che si riscontrano nella fase dell'accertamento non dovrebbero essere risolte sul piano della tipicità, introducendo degli automatismi – «*solo sí es sí*» – di dubbia compatibilità con i principi garantistici che regolano lo svolgimento del processo.

Del resto, che la questione avesse degli inevitabili riflessi sul versante processuale era chiaro agli stessi promotori della riforma che, in una delle prime versioni dell'*Anteproyecto*, nell'esposizione dei motivi, affermavano impudicamente come le modifiche introdotte perseguissero l'obiettivo di «riorientare il regime di valutazione della prova, contribuendo ad evitare i rischi di revittimizzazione o vittimizzazione secondaria»⁶⁸; una precisazione poi eliminata dal testo definitivo, su richiesta del Consejo Fiscal⁶⁹ che aveva messo in guardia dall'introduzione di meccanismi d'inversione dell'onere della prova, ribadendo come spettasse sempre all'accusa la dimostrazione di tutti gli elementi costitutivi del fatto.

⁶⁵ In questi termini, DEL MORAL GARCÍA, *Caraterización normativa del consentimiento*, cit., 116.

⁶⁶ Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, *La libertad sexual en peligro*, cit., 5 ss., per il quale la nuova legge non si limita a proteggere il nostro diritto alla sessualità ma lo uniforma.

⁶⁷ TOMÉ GARCÍA, *La ley del «solo sí es sí»: consentimiento sexual y carga de la prueba*, in *La Ley Penal*, n. 159, Noviembre-Diciembre 2022, 2.

⁶⁸ Osserva, invece, come una simile regolamentazione del consenso «rischia di aumentare la vittimizzazione secondaria, perché nel dibattito si cercheranno di provare tutti gli elementi che compongono la definizione, il che potrebbe comportare che l'interrogatorio si incentri sul modo in cui la vittima è solita prestare il suo consenso sessuale», LASCURAÍN SANCHEZ, *Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento*, in *Comentarios a la ley*, cit., 58.

⁶⁹ V. www.fiscal.es/documents/20142/00f836e0-c5dc-8535-b3da-ffb8fcb83a.

C'è da dire però che la nuova formulazione pare rendere più agevole l'assolvimento di un simile compito, perché alla parte è ora richiesto di provare non tanto l'inesistenza del consenso, quanto l'assenza di atti che rivelino una chiara e univoca adesione al contatto sessuale. Una modifica che, conseguentemente, condiziona anche la decisione del giudice che, se in precedenza, in caso di dubbio sull'esistenza del consenso, era tenuto ad assolvere l'imputato, ora potrà invece condannarlo qualora emergano nel giudizio specifiche circostanze dalle quali si ricavi che la persona offesa non abbia manifestato chiaramente la sua volontà⁷⁰.

Il tutto in un contesto in cui il diritto di difesa dell'imputato risulta già sufficientemente stressato dalla valenza privilegiata che in via generale si riconosce alla dichiarazione della vittima, che può essere da sola assunta come fonte di prova della colpevolezza del reo, previa verifica della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto⁷¹.

4.1. *Segue. L'errore sul consenso.* La definizione affermativa del consenso richiesta dall'art. 178 c.p. produce i suoi effetti anche sul piano dell'accertamento del dolo, per la cui sussistenza è sufficiente la consapevolezza da parte dell'agente che il soggetto passivo non abbia manifestato chiaramente la sua adesione al compimento degli atti sessuali. In questa prospettiva, infatti, poiché è la stessa legge, per escludere la tipicità del fatto, a richiedere un'espressione univoca di assenso da parte della potenziale vittima, il dolo avrà ad oggetto non solo la mancanza di consenso, ma la mancanza di un consenso comunicato in modo chiaro. Il che ovviamente comporta una contrazione dello spazio applicativo dell'errore di fatto, a vantaggio di quello di diritto, tutte le volte in cui l'altrui adesione all'atto sessuale sia dedotta in assenza di una simile esteriorizzazione, a fronte di un mero comportamento passivo della parte o in presenza di altre circostanze situazionali che non val-

⁷⁰ In tal senso, TOMÉ GARCÍA, *La ley del «solo sí es sí»*, cit., 9.

⁷¹ Sul tema, per un'accurata ricostruzione degli orientamenti del Tribunal Supremo, v., GONZÁLES CHINCHILLA, *La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre: el «nuevo» consentimiento sexual, desde la perspectiva de la eficacia probatoria en el proceso penal*, in *Diario la Ley*, n. 10154, 20 de Octubre de 2022; sui criteri di valutazione della testimonianza della vittima, v., anche, CERRATO GURICASANOVA MARTÍ, *La prueba de los delitos sexuales en caso de ausencia de consentimiento*, in *Comentarios a la ley*, cit., 160.

gono comunque escludere la punibilità del reo, anche qualora questi abbia agito con la convinzione circa la liceità della sua condotta. Una conclusione cui si giunge *a fortiori* nei casi in cui il soggetto agente conservi un dubbio sulla reale volontà del partner, poiché sotto il profilo normativo solo un permesso univocamente manifestato equivale a consenso.

Si tratta di una scelta legislativa che impone sostanzialmente alla persona che propone l'atto sessuale l'onere di accertare la volontà positiva dell'altra parte, con ciò ribaltando radicalmente il tradizionale approccio che richiedeva invece che fosse la vittima ad opporsi alle altrui *avances* non gradite, manifestando apertamente il proprio dissenso⁷². Un modello che, incentrandosi sulla presenza di «un “sì” in grado di spazzare via ogni dubbio»⁷³, offre indiscutibilmente la massima tutela dell'autodeterminazione in ambito sessuale, specie in quelle situazioni di incertezza in cui in cui la comunicazione tra le parti segue un copione ambivalente che può prestarsi come tale ad interpretazioni discordanti.

È evidente però come i sicuri vantaggi che si ricollegano all'adozione di un simile paradigma comunicativo, in grado di fissare una più chiara linea distintiva tra atto lecito e atto illecito, sono controbilanciati per altro verso dal rischio di un'eccessiva proceduralizzazione dell'attività sessuale, che può arrivare a snaturare la realtà degli approcci tra i sessi, attraverso la previsione di rigidi protocolli comportamentali la cui attuazione nella prassi risulta in molti casi assolutamente irrealistica. Basti pensare che, seguendo una simile impostazione, bisognerebbe pretendere dal soggetto che prende l'iniziativa sessuale un progressivo «aggiornamento (anch'esso in forma espressa) del consenso in occasione di ogni passaggio al compimento di atti sessuali in qualche misura

⁷² Con riferimento al c.d. modello del «*no means no*», incentrato sul dissenso della vittima, che fa comunque dipendere l'esistenza del reato da una sorta di opposizione della persona coinvolta, v. 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 sfera sessuale*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 novembre 2016, 22 ss., che sottolinea come in Germania una simile impostazione sia stata accolta in un'accezione temperata, perché il legislatore ha introdotto diverse ipotesi tipiche che derogano al modello generale (§ 177.2 StGB).

⁷³ Per quest'espressione, CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., 332, con riferimento alle diverse posizioni espresse nei paesi di *Common law* sull'opportunità di optare per il modello dell'«*affirmative consent*».

differenti rispetto a quelli già acconsenti»⁷⁴, richiedendogli quindi di fermarsi e di ottenere un'autorizzazione del partner⁷⁵, quando questa non possa già ricavarsi esplicitamente da altri comportamenti realizzati nel corso del rapporto. Detto ciò, non si vuole certo negare l'importanza del principio per cui il consenso deve persistere in ogni momento della relazione intima tra le parti, quanto piuttosto evidenziare come la soluzione proposta si fondi su una visione assolutamente artificiale delle dinamiche sessuali. Un aspetto attentamente messo in luce da chi, nella dottrina spagnola, ha evidenziato al riguardo come «il significato del comportamento non possa essere fenomenologicamente delimitato attraverso una foto fissa, uno schema rigido di consenso sì/no, [...] che non dà conto in maniera adeguata dell'ambiguità e del carattere intersoggettivo delle relazioni sessuali», la cui comprensione «implica il riferimento essenziale alle circostanze del caso concreto»⁷⁶.

A ben vedere, dietro una regolamentazione siffatta si nasconde più che altro un obiettivo di carattere essenzialmente “pedagogico”⁷⁷, alimentato dalla convinzione che il “consenso affermativo”, una volta consacrato per via legislativa, possa essere in grado di contribuire al diffondersi nella società di comportamenti più virtuosi in ambito sessuale, improntati ad un controllo più attento e più frequente sul carattere consensuale degli atti realizzati. Che spetti però al diritto penale questa funzione didattico-educativa per una sessualità maggiormente responsabile, ci sembra senz'altro lecito doverne dubitare, specie quando tale funzione promozionale porti con sé il rischio di un'ingiustificata criminalizzazione di comportamenti posti in essere sulla base di regole inter-

⁷⁴ Così MATTHEUDAKIS, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili di consenso della vittima*, in *Revista de Dereito Brasileira*, 2020, 25, 295, pubblicato anche in *www.discrimen.it*, 2 dicembre 2020, sottolinea come un simile modello possa «astrattamente apparire adeguato in termini di *bon ton* [...], ma sembra proporre una prospettiva un po' forzata e rispetto alla quale potrebbe risultare necessario ottenere un esplicito consenso persino e, anzi a maggior ragione, per il “primo bacio”», potendo, «in alcuni contesti, rovinare l'atmosfera che altrimenti lo renderebbe “più naturale” oppure presentare persino un ostacolo per persone timide».

⁷⁵ Sul paradigma del consenso affermativo che segue la formula del c.d. “*stop and ask*”, la quale impone, giunti in prossimità di atti dal contenuto sessuale particolarmente pregnante (come ad esempio la penetrazione), che il soggetto agente si fermi per chiedere il permesso incontrovertibile del partner, CALETTI, *Dalla Violenza al consenso*, cit., 355 ss., che ricostruisce il dibattito americano in materia.

⁷⁶ Così CANCIO MELIÀ, *Guerra cultural y reforma de los delitos sexuales*, in *El País*, 7 de Junio de 2022.

⁷⁷ Parlano apertamente di una funzione pedagogica da riconoscere alla nuova disciplina, RAMON RIBAS-FARALDO CABANA, *¿La libertad sexual en peligro? ¿En serio?*, in *Comentarios a la ley*, cit., 92.

personali generalmente ancora ritenute valide nel contesto sociale di riferimento⁷⁸.

Ad ogni modo – come già detto – in questo nuovo quadro normativo, l'unico stato mentale con cui il soggetto può accostarsi all'attività sessuale è la piena consapevolezza della presenza del consenso, a fronte di una chiara adesione manifestata nel corso del rapporto; ne consegue, che la sola forma di errore ammissibile è quella che ricade sul contenuto espressivo di una simile manifestazione, che può essere mal interpretata dall'agente, anche a causa di forme insidiose di autoconvincimento, che hanno spesso la loro origine in radicati stereotipi di genere.

Nel riferirsi, infatti, al parametro della chiarezza quale elemento caratterizzante la manifestazione del consenso, il legislatore introduce nella fattispecie un criterio di natura oggettiva, che impone al giudice di verificare se l'altrui volontà sia stata espressa o meno in modo tale da poter essere chiaramente intesa dall'uomo medio posto nel medesimo contesto dell'imputato⁷⁹; ciò non toglie che, pur qualora manchi tale obiettiva riconoscibilità, l'agente concreto potrebbe comunque agire convinto che il partner abbia univocamente aderito al rapporto sessuale. Una simile convinzione – ancorché del tutto irragionevole – avendo ad oggetto un elemento fattuale della fattispecie concreta, vale a dire quello della chiarezza degli atti, dovrebbe portare a escludere la responsabilità del reo, ai sensi dell'art. 14.1 del *codigo penal*, che (analogamente al nostro art. 47, co. 1 c.p.) disciplina i casi di errore sul fatto⁸⁰.

Si tratta di una conclusione imposta dal rispetto del principio di colpevolezza, e che rischia però, in assenza della previsione di un'apposita fattispecie colposa, di aprire un vero e proprio *vulnus* di tutela per le vittime, private di un'adeguata protezione anche a fronte di condotte gravemente rimproverabili dell'autore. Per altro verso, va detto che ammettere la possibilità di imputare la violenza sessuale anche a titolo di colpa potrebbe rappresentare una garan-

⁷⁸ Esprime le stesse perplessità, CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., 361.

⁷⁹ V., sul punto, AGUSTINA, *Sobre la reforma de los delitos sexuales*, cit., 48.

⁸⁰ In questo senso, LASCURAÍN SANCHEZ, *Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento*, cit., 60, che osserva come, ancorché meno frequentemente, l'errore sul fatto sarà comunque ravvisabile quando il soggetto attivo si equivochi sull'aver interpretato come "chiare" certe parole o atti della vittima; PÉREZ DEL VALLE, *La reforma de los delitos sexuales. Reflexiones a vuelapluma*, *Diario la ley*, n. 10045, 2022, 4.

zia per lo stesso imputato, al fine di evitare che nella prassi – proprio per scongiurare i suindicati vuoti di tutela – la giurisprudenza finisca con il riconoscere la sussistenza di un simile errore, ritenendo non credibile la ricostruzione del reo e ravvisando comunque la presenza di un dubbio, seppur minimo, di per sé sufficiente – come si è visto – a fondare la responsabilità penale.

5. *Prospettive de iure condendo nell'ordinamento italiano.* Se si volge lo sguardo al nostro ordinamento ci si avvede immediatamente di come lo scollamento tra il dato normativo e il diritto vivente abbia ormai raggiunto livelli difficilmente compatibili con il quadro dei principi e delle garanzie fondamentali su cui si fonda la legalità penale.

Basta leggere infatti alcune recenti pronunce della Corte di Cassazione nelle quali si afferma che «in tema di violenza sessuale, non sussiste in capo alla vittima un onere di espressione del dissenso alla intromissione di soggetti terzi nella propria sfera sessuale, dovendosi al contrario ritenere, proprio in ragione della dimensione personale attinta, che tale dissenso sia 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 chiari e univoci che consentano di ritenerlo esplicitato in forma tacita»⁸¹; ed ancora, che «ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo del reato di violenza sessuale, è sufficiente che l'agente abbia la consapevolezza del fatto che non sia stato chiaramente manifestato il consenso da parte del soggetto passivo al compimento degli atti sessuali a suo carico; ne consegue che è irrilevante l'eventuale errore sull'espressione del dissenso, anche ove questo non sia stato esplicitato, potendo semmai, fondarsi il 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»⁸².

⁸¹ Cass., Sez. III, 10 maggio 2023, n. 19599, in *www.giuriprudenzapenale.com*; Cass., Sez. III, 17 giugno 2022, n. 32846, in *Dejure*; Cass., Sez. III, 19 marzo 2019, n. 20780, in *Dejure*; Cass., Sez. III, 9 marzo 2016, n. 49597, Rv. 268186.

⁸² Cass., Sez. III, 14 dicembre 2001, n. 6010, in *Dejure*; Cass., Sez. III, 19 giugno 2002, n. 32513, in *Dejure*; Cass., Sez. III, 19 giugno 2018, n. 52399, in *Dejure*.

Si tratta di decisioni attraverso le quali la giurisprudenza ha sostanzialmente riformulato la tipicità del reato di violenza sessuale, attraverso un' *interpretatio abrogans* dei requisiti costrittivi della violenza e della minaccia presenti ancora nell'attuale testo normativo, incentrando piuttosto il baricentro della fattispecie sull'assenza di un consenso chiaramente manifestato dalla vittima⁸³. Un percorso inizialmente avviato per il tramite di una lettura estensiva del concetto di violenza, ampliata fino a ricomprendervi anche le ipotesi di c.d. violenza potenziale o implicita⁸⁴, e poi proseguito in maniera sempre più radicale, in un primo momento richiedendo, per l'integrazione della fattispecie, la presenza del dissenso di uno dei partner⁸⁵ - non necessariamente esplicito purché desumibile da atti concludenti - successivamente sostituito, a sua volta, con la mancanza di un consenso prestato in maniera chiara e univoca.

In un simile quadro, si inseriscono anche alcune recenti sentenze nella quali la giurisprudenza sostiene la tesi che l'errore sul dissenso costituisce errore sul precetto⁸⁶, come tale inescusabile, se non nei termini previsti dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 364/1088 (che non appaiono però attinenti

⁸³ Mette chiaramente in evidenza questo netto cambio di paradigma della giurisprudenza italiana, MAUGERI, *I reati sessualmente connotati*, cit., 101; sul punto, anche FLORA, *La tutela della libertà personale e i tormenti di Cupido nell'era postmoderna*, in *Tutela della persona umana*, cit., 21. Recentemente, per un'attenta ricostruzione dei più recenti orientamenti giurisprudenziali in materia, v. CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., 194.

⁸⁴ La nozione "smaterializzata" di violenza si è affermata in prima battuta con riferimento alla casistica dei c.d. atti fugaci e repentini, che eludono ogni possibilità di reazione del soggetto passivo (v., ad esempio, Cass., Sez. III, 24 novembre 2000, n. 3990, Rv. 218540; Cass., Sez. III, 17 febbraio 2006, n. 6340, Rv. 233315; Cass., Sez. III, 26 settembre 2013, n. 42871, Rv. 256915), degli atti commessi con inganno dal personale sanitario (v. Cass., Sez. III, 27 gennaio 2004, n. 6945, Rv. 228493; Cass., Sez. III, 13 ottobre 2010, n. 40919, in *Dejure*) o da chi si approfitti di un contesto ambientale o familiare che pone la vittima in una situazione di soggezione psicologica, sconsigliandole ogni tipo di reazione (la c.d. intimidazione ambientale già esaminata con riferimento all'ordinamento spagnolo, v. *supra*, par. 2; nella nostra giurisprudenza, v. Cass., Sez. III, 28 novembre 2006, n. 40443, Rv. 235579; Cass., Sez. III, 14 dicembre 2018, Rv. 275947). In dottrina, si mostra favorevole a simili interpretazioni estensive del concetto di violenza da parte della giurisprudenza, CADOPPI, *Commento all'art. 609bis c.p.*, cit., 502; per questa posizione anche BORGOGNO, *Il delitto di violenza sessuale*, cit., 116; contrario, invece, BALBI, *Violenza sessuale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1999, agg. vol. VII, 9.

⁸⁵ Cass., Sez. III, 6 dicembre 2011, n. 10516, in *Dejure*; Cass., Sez. III, 9 marzo 2016, n. 49597, in *Dejure*.

⁸⁶ Cass., Sez. III, 5 ottobre 2017, n. 2400, Rv. 272074; Cass., Sez. III, 19 marzo 2019, n. 20780, in *Dejure*; Cass., Sez. III, 10 maggio 2023, n. 43220, in *Dejure*; *contra*, nel senso invece, di applicare in caso di errore sul consenso, l'art. 47 c.p., ricadendo sull'imputato l'onere di provare di aver agito sull'erroneo presupposto dell'esistenza del consenso, Cass., Sez. III, 25 novembre 2021, n. 3326, Rv. 282715; Cass., Sez. III, 19 giugno 2018, n. 52835, Rv. 274417.

all'ipotesi in esame)⁸⁷. Si ritiene, infatti, che, per escludere il dolo, il reo non possa invocare la presenza di un errore basato sul fatto che la vittima non abbia opposto un dissenso chiaramente percepibile, perché la mancanza del consenso costituisce un «elemento esplicito della fattispecie»⁸⁸, con la conseguenza quindi che reputare necessaria una manifestazione di volontà contraria da parte del partner integra un errore sulla conformazione dell'art. 609 *bis* c.p., rientrando nell'ambito applicativo dell'art. 5 c.p.

Con simili prese di posizione, la Corte di cassazione mostra di accogliere un paradigma punitivo basato su un modello di consenso affermativo pressoché analogo a quello introdotto in Spagna per via legislativa⁸⁹, nell'ottica di correggere la struttura ormai obsoleta della nostra fattispecie di violenza sessuale, in modo da allinearla alle mutate esigenze di tutela emerse nella prassi⁹⁰; un'operazione però che, prescindendo da un'adeguata copertura normativa⁹¹, finisce inevitabilmente con il risolversi in una vera e propria analogia in *ma-lam partem*⁹².

Il tutto in un contesto in cui il rispetto del principio di legalità è già messo a dura prova dalla nozione assolutamente indeterminata di atto sessuale, ricostruita praticamente a piacimento dalla giurisprudenza⁹³, che arriva a ricom-

⁸⁷ In questi termini, BALBI, *Legem et iustitiam facere. La giurisprudenza e il delitto di violenza sessuale*, in www.laegislazionepenale.eu, 23 novembre 2023, 27.

⁸⁸ Cass., Sez. III, 19 marzo 2019, cit.

⁸⁹ Osserva come «il modello dell'«*only yes means yes*» [...] costituisca l'estremo opposto rispetto al fatto tipico di partenza, nel quale l'assenza di consenso è desunta dalla presenza di indici esogeni di costrizione», CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., 200.

⁹⁰ Sottolineavano, anche prima della riforma del 1996, la necessità di costruire la violenza sessuale sulla mancata prestazione di un valido consenso, BERTOLINO, *Libertà sessuale e tutela penale*, Milano, 1993, 139 ss.; PADOVANI, *Violenza carnale e tutela della libertà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1312.

⁹¹ Cfr. BALBI, *Violenza sessuale*, cit., 9, che, già con riferimento all'interpretazione estensiva del concetto di violenza, affermava che «i principi, le garanzie del sistema non possono ammettere alcun cedimento, neanche in nome del buon senso «tradito», dell'opportunità o necessità di pena, qui sicuramente plausibili, ma del tutto irriducibili alle scelte formalizzate dal legislatore».

⁹² V., sul punto, MAUGERI, *I reati sessualmente connotati*, cit., 101; ROMANO, *Proposte di riforma nei delitti contro la sfera sessuale della persona*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 novembre 2018, 5; nonché, più recentemente, BALBI, *Legem et iustitiam facere*, cit., 15.

⁹³ Osserva come «il significato dell'attributo sessuale possa essere ricostruito in senso oggettivo ma può anche estendersi a qualsiasi atto diretto a soddisfare la libido dell'agente (si pensi al feticismo)» e come, nondimeno la stessa impostazione oggettiva «dischiuda nuove incertezze, dibattendosi tra una concezione restrittiva, riferita al contatto con le sole zone genitali, e una estensiva, legata al contesto e al significato della condotta, valutato nella sua univoca valenza sessuale rispetto anche a zone non erogene», SEMINARA, *Violenza sessuale*, in *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2022, 176. Per la

prendere sotto la comune etichetta di “violenza sessuale” una serie di comportamenti tra loro largamente eterogenei, che vanno «dai semplici abbracci, alle fugaci pacche sul sedere, ai bacetti sulle guance, ai baci sul collo, ai baci “deviati”, ai baci “rubati”, fino ad atti sessuali ben più rilevanti come masturbazioni violente, inserimenti di oggetti nelle parti intime, congiunzioni carnali, coiti anali ed orali»⁹⁴.

Stando così le cose, appare evidente come una riforma del delitto di violenza sessuale rappresenti per il nostro legislatore una necessità non più procrastinabile, nella prospettiva di risolvere le gravi criticità emerse in sede applicativa e fornire delle indicazioni più univoche in base alle quali i consociati possano meglio orientare i propri comportamenti⁹⁵. Un’esigenza del resto evidenziata anche a livello sovranazionale, dal Gruppo di esperti sulla lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (GREVIO) che, nel valutare il livello di conformità del nostro sistema alla Convenzione di Istanbul, «ha esortato vivamente le autorità italiane a considerare di modificare la propria legislazione affinché il reato di violenza sessuale si basi sulla nozione di consenso prestato liberamente, come richiesto dall’Articolo 36, comma 1 della Convenzione»⁹⁶.

contrapposizione in dottrina, tra la concezione c.d. “anatomico culturale”, (prospettata da CADOPPI, *Commento all’art. 609bis c.p.*, cit., 451 ss.) e quella c.d. “contestuale-relazionale” (sostenuta in particolare da FIANDACA, *Violenza sessuale*, in *Enc. dir.*, Milano, 2000, agg., vol. IV. 1156 ss.; ID., *La rilevanza penale del bacio tra anatomia e cultura*, in *Foro it.*, 1998, I, 506 ss.) cfr., tra gli altri, BALBI, *Violenza e abuso sessuale*, in *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Tutela della persona*, a cura di Pulitanò, Torino, 2019, 284 ss. Sul tema, si vedano anche le considerazioni di DI MARTINO, *Sul bacio involato a “lei” che dissente (postilla in margine a G.U.P. Trib. Piacenza, 4 giugno 1998)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1522; e, più recentemente, MARTINI, *La tipicità alla prova delle migliori intenzioni: l’incerta nozione di atto sessuale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 27 luglio 2022.

⁹⁴ Così CADOPPI, *La violenza sessuale alla ricerca della tassatività perduta*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1476, che evidenzia come il legislatore dovrebbe «formulare fattispecie adeguate alla reale sostanza e natura degli illeciti. E soprattutto a come questi vengono percepiti dalle norme di cultura», dal momento che «l’etichettare normativamente un fatto in modo profondamente diverso da come viene inquadrato nella percezione sociale crea smarrimento negli utenti della giustizia».

⁹⁵ In questo senso, CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., 280, che sottolinea come una riforma legislativa «potrebbe fare chiarezza sulla reale estensione dell’area dell’illiceità e sgombrare il campo da quegli equivoci diffusi nella percezione sociale che, ancora oggi, sono tra le principali cause dell’imponente cifra oscura che caratterizza i reati sessuali».

⁹⁶ V. GREVIO, *Rapporto di valutazione di base sulle misure legislative e di altra natura da adottare per dare efficacia alle disposizioni della Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica. Italia*, pubblicato il 13 gennaio 2020, 63.

Nell’attesa di un intervento legislativo, si è intanto mossa in questa direzione l’Associazione dei professori di diritto penale che ha presentato una propria proposta di modifica del reato di violenza sessuale⁹⁷, rimodulato su basi consensualistiche e opportunamente sdoppiato in due diverse fattispecie – violenza sessuale e aggressione sessuale – a seconda del carattere penetrativo o meno degli atti realizzati⁹⁸.

Si tratta di una soluzione che nel sostituire gli attuali requisiti della violenza e della minaccia con la formula “senza il suo valido consenso” (della vittima) mostra senz’altro una maggiore prudenza rispetto a quella prevista nell’ordinamento spagnolo, perché pur ponendo al centro dell’incriminazione l’assenza del consenso, evita però di riferirsi ad un modello di consenso predeterminato in via legislativa, astenendosi così dall’introdurre criteri astratti e meccanici di accertamento che – come si è visto nel caso del paradigma affermativo del «*solo solo sí es sí*» – si pongono spesso d’ostacolo ad un effettiva comprensione dei reali processi interattivi sviluppatasi in concreto tra le parti.

⁹⁷ 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.

Art. (2). Aggressione sessuale. Chiunque, senza un valido consenso, compie atti oggettivamente sessuali non penetrativi mediante contatto fisico ovvero induce taluno, senza il suo valido 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.

⁹⁸ Cfr. *Reati contro la libertà e l’autodeterminazione sessuale*, a cura di Seminara, in www.aipdp.it; BALBI, *I reati contro la libertà e l’autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, in www.sistemapenale.it, 3 marzo 2020, 2, che osserva come «gli atti sessuali penetrativi –inevitabilmente traumatici, psichicamente patogeni, intollerabilmente invasivi, apicalmente offensivi –non possono essere equiparati, pur in presenza di una comune natura sessuale, ad atti quali baci o carezze non gradite, o al tocco fugace e repentino di zone del corpo di interesse sessuale». Favorevole allo spaccettamento dell’attuale fattispecie *omnibus* di violenza sessuale, nella quale confluiscono oggi fatti muniti di indici di offensività profondamente diversi, in due diverse figure criminose, una più grave (stupro) e una meno grave (abuso sessuale), nella quale far rientrare condotte al momento prive di unitaria considerazione, anche ROMANO, *Proposte di riforma*, cit., 4 che suggerisce inoltre l’introduzione di una fattispecie *ad hoc* di “molestie sessuali” con la funzione di limite inferiore delle norme in materia, nella quale ricomprendere le condotte sessualmente connotate di minore gravità, non necessariamente consistenti in contatti fisici; sul tema, anche MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010, 116 ss., e, da ultimo, 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.

Certo, una formulazione siffatta lascia un ampio margine di discrezionalità al giudice, con la conseguenza che i recenti orientamenti giurisprudenziali, che sostanzialmente recepiscono lo schema del consenso affermativo – ravvisando una sorta di presunzione di dissenso di partenza che può essere superata solo in presenza di una chiara manifestazione di senso contrario da parte del partner – continuerebbero con ogni probabilità a trovare una larga applicazione nella prassi, perpetuando le medesime criticità – già evidenziate con riferimento all’esperienza spagnola – anche per ciò che riguarda l’accertamento della colpevolezza del reo.

Una valida alternativa potrebbe essere allora quella di optare per un modello “dissensuale temperato”, sulla falsariga di quanto previsto nell’ordinamento tedesco⁹⁹, incentrando la fattispecie base di violenza sessuale sul dissenso della persona offesa – non necessariamente di tipo verbale ma comunque riconoscibile alla luce delle circostanze del caso concreto – e prevedendo poi una serie di ipotesi autonome per i casi in cui la vittima non sia in grado di adempiere ad un simile onere comunicativo: si pensi ai c.d. atti repentini, alle ipotesi di costrizione ambientale, o agli atti sessuali commessi su soggetti incapaci. Una scelta indubbiamente più complessa sul piano normativo, in ragione

⁹⁹ Sul punto, ampiamente, MACRÌ, *La riforma dei delitti sessuali in Germania*, cit., 20 ss., che pur valutando favorevolmente la disciplina introdotta con la riforma del 2016, denuncia però l’eccessiva proliferazione di nuove fattispecie che rischia di rendere il sistema complessivamente ipertrofico. Il legislatore tedesco, infatti, al § 177/2 StGB ha previsto cinque distinte figure criminose equiparate agli atti sessuali “dissensuali” di cui al § 177/1 StGB, che vanno dagli atti sessuali commessi su soggetti incapaci di consentire per condizioni transeunte, a quelli commessi abusando di una situazione in cui la capacità di formare o esprimere la volontà è fortemente limitata, a causa della condizione fisica o psichica dell’altra persona (richiedendosi, in tali casi, un consenso esplicito agli atti sessuali); agli atti sessuali commessi avvalendosi di un momento di sorpresa, a quelli realizzati in una situazione in cui la vittima teme di subire un male rilevante in caso di resistenza; e a quelli commessi mediante minaccia di un male rilevante. A simili ipotesi vanno poi aggiunte le figure aggravate previste dai §§ 177/4 e 177/5 StGB che si riferiscono agli atti sessuali commessi su soggetti incapaci di consentire a causa di una malattia o di una condizione di disabilità; a quelli commessi con violenza o con minaccia di un pericolo attuale per la vita o l’integrità fisica, nonché a quelli perpetrati mediante approfittamento di una situazione in cui la vittima è indifesa o alla mercé dell’agente. A queste previsioni si aggiungono poi i casi considerati di “particolare gravità”, per i quali vengono stabiliti ulteriori aggravamenti di pena, e tra i quali il legislatore ha espressamente menzionato, ricorrendo alla tecnica dei “*Regelbeispiele*”, gli atti sessuali penetrativi e quelli commessi in gruppo (§ 177/6), quelli commessi portando con sé un’arma, o comunque strumenti pericolosi atti a impedire la resistenza della vittima; quelli nei quali la vittima venga posta in grave pericolo di subire danni rilevanti alla sua salute (§177/7); nonché le ipotesi in cui l’agente impieghi effettivamente le armi e gli strumenti suindicati o i casi in cui la vittima subisca gravi maltrattamenti o si trovi in pericolo di vita (§177/8).

della necessità di prevedere una pluralità di fattispecie distinte, ma che sembrerebbe meglio bilanciare il bisogno di tutela delle vittime con il rispetto delle irrinunciabili garanzie poste a favore dell'imputato¹⁰⁰. Un tale equilibrio risulterebbe poi ulteriormente potenziato dall'introduzione di una figura criminosa *ad hoc* per i casi in cui l'agente abbia colposamente travisato/ignorato i segnali di dissenso manifestati dal partner¹⁰¹; in tal modo, si riuscirebbe, infatti, sia a rafforzare la tutela delle vittime - a fronte di condotte che altrimenti dovrebbero ricadere nell'ambito di non punibilità fissato dall'art. 47, co. 1 c.p. - sia ad assicurare al reo una risposta sanzionatoria proporzionata al disvalore del fatto realizzato, mettendolo al riparo (per quanto possibile) da quella prassi giurisprudenziale che in materia tende invece ad ampliare oltre misura i confini del dolo eventuale¹⁰².

¹⁰⁰ In questi termini, CADOPPI, *Il "reato penale". Teoria e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, 2022, 304, che osserva come la formulazione "in violazione del suo dissenso" sia meglio in grado di rendere edotto il soggetto attivo del carattere non consensuale degli atti, «il che è cruciale in reati come questi, dove non di rado capita - anche nella realtà processuale - di imbattersi in situazioni ibride, in cui non è chiaro se il soggetto attivo fosse in grado di percepire correttamente il rifiuto dell'atto sessuale da parte del supposto partner».

¹⁰¹ Al riguardo, MATTHEUDAKIS, *Un'indagine comparatistica*, cit., 297, suggerisce, quanto alla fisionomia del parametro di imputazione, stante la difficoltà di rinvenire un vero e proprio agente modello in questo settore, di riferirsi al solo parametro della colpa grave, e quindi di limitare la punibilità ai soli casi di marchio travisamento o di grossolana noncuranza dei segnali di manifestazione del dissenso della vittima.

¹⁰² Cfr. BALBI, *Legem et Iustitiam facere*, cit., 25, che denuncia la tendenza della giurisprudenza, in materia di violenza sessuale, a ricostruire il dolo eventuale sulla base di un modello fortemente involuto, strutturato pressoché esclusivamente sul parametro dell'accettazione del rischio, «non scalfito dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite, refrattario alle formule di Frank, e del tutto estraneo a due secoli di evoluzione dottrinale».