

DIBATTITI

VITO PLANTAMURA

Violenza sessuale, consenso, sua mancanza e dissenso: formule diverse per una medesima tutela?

La centralità sociale, mediatica e politica del delitto di violenza sessuale emerge anche con riferimento alle tensioni interpretative giurisprudenziali e di riforma che si addensano su tale delitto che, anche a seguito della Convenzione di Istanbul, di recente è stato oggetto di modifica in diversi Paesi, come la Germania, la Svezia, la Spagna - in cui la questione ha assunto particolare risalto, se pur forse più apparente che effettivo, specie a seguito della rapida "controriforma" -, e, da ultimo, la Francia. L'iter di riforma in Italia, invece, allo stato pare incagliato, e comunque in bilico tra due diverse formulazioni, che entrambe consentirebbero un'ampia tutela del bene giuridico in questione, ma non possono ritenersi equivalenti in relazione al rispetto delle garanzie classiche del diritto penale.

Sexual violence, consent, lack thereof, and dissent: different formulas for the same protection?

The social, media, and political centrality of the crime of sexual violence also emerges in the context of the interpretative and reform tensions surrounding this crime, which, partly as a result of the Istanbul Convention, has recently been subject to amendments in several countries, including Germany, Sweden, Spain - where the issue has assumed particular prominence, though perhaps more apparent than actual, especially following the rapid "counter-reform" - and, most recently, France. The reform process in Italy, however, currently appears to be stalled, and in any case teetering between two different formulations, both of which would afford broad protection of the legal right in question, but cannot be considered equivalent in terms of respect for the traditional guarantees of criminal law.

SOMMARIO: 1. I diversi ruoli del consenso, della sua mancanza e del dissenso nel diritto penale. - 2. La violenza sessuale secondo la legge 15 febbraio 1996, n. 66. - 3. L'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 609*bis* c.p., specificatamente con riferimento alla questione del consenso. - 4. La Convenzione di Istanbul e la sua interpretazione da parte del GREVIO. - 5. Il reato di violenza sessuale in Spagna: «sì significa sì»... o forse no? - 6. Le ipotesi per una nuova formulazione del reato di violenza sessuale in Italia. - 7. Conclusioni: tra il rapporto del Bra svedese e 1984 di George Orwell.

1. *I diversi ruoli del consenso, della sua mancanza e del dissenso nel diritto penale.* Prima di analizzare il ruolo del consenso, della sua mancanza e del dissenso in relazione, specificatamente, alla fattispecie incriminatrice di cui segnatamente trattasi nel presente studio, appare utile, proprio per una corretta applicazione di tale elemento al reato di violenza sessuale, effettuare una rapida disamina dei diversi ruoli che, più in generale, appunto il consenso, anche nel senso della sua mancanza - ipotesi, quest'ultima, in cui il consenso

stesso viene generalmente qualificato come elemento negativo del fatto -, e il dissenso, cioè la volontà contraria (espressa, tacita o, comunque, presumibile) assumono nel diritto penale.

In assoluto, del resto, risulta evidente che la norma *lato sensu* penalistica più rilevante, immediatamente connessa con il consenso, presente nel nostro ordinamento, non è un'incriminatrice, ma è quella scriminante, di cui all'art. 50 c.p., per cui non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, con il consenso dell'avente diritto¹. Si tratta, infatti, di una norma di parte generale che, già a livello di rubrica, richiama espressamente tale elemento. L'esistenza di tale norma specifica, per altro, non risulta strettamente necessaria per l'applicazione del sotteso principio, nel senso che la stessa, sia comparatisticamente che storicamente, è ed è stata ritenuta operativa anche in sistemi - come quello italiano, sotto la vigenza del precedente codice penale Zanardelli - che non la prevedevano espressamente. Com'è noto, d'altronde, la previsione piuttosto scarna di cui all'art. 50 c.p. ha avuto bisogno, poi, di essere meglio esplicitata e delimitata: non molti anni dopo la sua entrata in vigore, mediante l'introduzione, nel successivo codice civile, dell'art. 5 sugli atti di disposizione del proprio corpo²; nonché, più di recente, in relazione all'ambito medico, con quanto previsto dalla l. 22 dicembre 2017, n. 219, anche in tema di consenso "libero e informato"³.

Il consenso dell'avente diritto scriminante ex art. 50 c.p., tuttavia - trovando

¹ Cfr.: RIZ, *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, 1979; ALBEGGIANI, *Il consenso dell'avente diritto*, in *Studium iuris*, 1992, 1229 ss.; ID., *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1995, 30 ss.; ROMANO, *Art. 50*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 2004, 442; VIGANÒ, *Art. 50*, in *Codice penale commentato*, a cura di MARINUCCI, DOLCINI, Milano, 2006, 508; MANNA, *Consenso dell'avente diritto (dir. pen.)*, in *Diz. dir. pub.*, a cura di Cassese, Milano, 2006, 1291 ss.; TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008; FALCINELLI, *Il consenso dell'avente diritto nel percorso del diritto penale "umano"*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3-4, 289 ss.; PLANTAMURA, *Il consenso dell'avente diritto*, in *Diritto penale*, dir. da CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, *Tomo primo*, Milano, 2022, 306 ss.

² Cfr.: ROMBOLI, *sub art. 5*, in *Comm. Sciaoja-Branca*, a cura di GALGANO, *Delle persone fisiche*, artt. 1-10, Bologna-Roma, 1988, 225 ss.; CARUSI, *Atti di disposizione del corpo*, in *Enc. Giur.*, III, Roma, 1998; VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, Milano, 2002.

³ Cfr.: CANESTRARI, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 55 ss.; CUPELLI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: dai principi alla legge*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 261 ss.; DI GIOVINE, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi astratti alle valutazioni in concreto*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 7, 913 ss.

applicazione in modo generale e trasversale –, ha pur sempre carattere residuale, nel senso che può ritenersi integrato solo ove tale consenso non rilevi prima, e cioè già a livello di fattispecie descrittiva, ad altro titolo. Rispetto ad alcune fattispecie incriminatrici, infatti, la mancanza del consenso o il dissenso della persona offesa rappresentano un elemento costitutivo, esplicito o implicito, del reato. In entrambi tali casi, ovviamente, il reato non può sussistere qualora sia presente, invece, il consenso dell’avente diritto, in quanto la sua presenza esclude la possibilità di realizzazione dello stesso fatto tipico. Questo, però, non sempre perché il consenso assuma il ruolo di elemento negativo del fatto (categoria dogmatica, per altro, in sé piuttosto controversa), qualificazione che infatti, al limite, potrebbe riguardare solo i casi di utilizzo della clausola «senza il consenso», ma in quanto, in presenza del consenso, con riferimento ad altre fattispecie incriminatrici, logicamente non possono ritenersi contemporaneamente realizzati elementi positivi del fatto, come, paradigmaticamente, la costrizione o l’induzione, oppure il dissenso espresso, tacito o, comunque, presumibile.

Non si ritenga, per altro, che trattasi di una distinzione puramente teorica, perché ha una sua ricaduta anche da un punto di vista processuale. In tali fattispecie incriminatrici, infatti, in cui la presenza del consenso, non direttamente, ma indirettamente, esclude la tipicità, la pubblica accusa non deve tanto provare la mancanza del consenso, quanto la sussistenza degli elementi positivi della fattispecie, quali, a seconda dei casi, la violenza, la minaccia, la costrizione, l’induzione, il dissenso, cioè la volontà contraria espressa, tacita o, comunque, presumibile: tutti elementi, a loro volta, questo sì, logicamente incompatibili con la presenza del consenso. Anche perché, già astrattamente e a livello di principio, non può darsi prova positiva di una circostanza negativa: non può mai fornirsi, cioè, la prova positiva della mancanza, invece che della presenza, di qualcosa.

Circostanza quest’ultima che, per altro – lo si riferisce per inciso –, revoca in dubbio la notoria costruzione giurisprudenziale introdotta con la “sentenza Franzese”⁴, in tema di accertamento del nesso di causalità, sulla c.d. probabilità logica, appunto per mancanza di percorsi causali alternativi, che infatti non

⁴ Cfr. Cass., Sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1133 ss.

può che finire per tradursi in un'inversione dell'onere della prova, nel senso che, in presenza di un legge scientifica espressiva di una probabilità medio-bassa (e quindi, in sé, non probante), inevitabilmente si finirà per “pretendere” dalla difesa la prova dell'esistenza di un percorso causale alternativo, e non certamente, dall'accusa, la prova delle mancanza di tutti i possibili percorsi causali alternativi. Ed è per questo, del resto – cioè per una necessità logica, non per una scelta di politica giuridica –, che l'art. 2967 c.c. pone a carico dell'attore l'onere della prova positiva della sussistenza dei fatti su cui il diritto che si vuole far valere si fonda, ma non anche della prova positiva, logicamente impossibile, di una circostanza negativa, cioè della mancanza dei fatti che costituiscono ipotesi di eccezione a tale diritto; mentre, lo stesso articolo, pone sul convenuto l'onere della prova positiva della sussistenza dei fatti sui cui si basa un'eventuale eccezione al preteso diritto, e non certo l'onere della prova positiva della mancanza dei fatti sui cui il diritto vantato si fonda.

Comunque sia, in tutti i casi in cui il dissenso della persona offesa o la mancanza del consenso – comunque lo si voglia qualificare dogmaticamente – rappresenta un elemento costitutivo, esplicito o implicito, del reato, la formula assolutoria, ex art. 530 c.p.p., nei casi in cui il consenso vi sia, sarà la più ampiamente liberatoria «perché il fatto non sussiste», invece di quella «perché il fatto non costituisce reato», che normalmente viene utilizzata, invece, nelle ipotesi di ricorrenza dell'art. 50 c.p. (o di sussistenza di un'altra scriminante).

Non v'è dubbio, ad es., che la violazione di domicilio di cui al nostro art. 614 c.p. è un reato che prevede espressamente, quale elemento costitutivo, il dissenso³ – testualmente: «contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo» –, mentre tale inciso espresso manca, ad es., al corrispondente § 123 dello *StGB*, e tuttavia il delitto in questione viene considerato ugualmente uno di quelli in cui il consenso dell'avente diritto esclude già la tipicità (*Einverständnis*), e non l'antigiuridicità (*Einwilligung*), in quanto, di chi entra in un in un'abitazione essendovi stato invitato dal proprietario, non si può sostenere che si sia “introdotto” in essa, e comunque di certo non ci si esprime in questi termini in quel linguaggio comune che è, soprattutto nei *mala in se*, è

³ Cfr. PLANTAMURA, *Domicilio e diritto penale nella società post-industriale*, Pisa, 2017, 128 ss.

quello del legislatore penale⁶. Da quest'ultimo punto di vista, d'altronde, la mancanza del consenso può ritenersi anche un elemento costitutivo implicito del delitto di furto, perché chi si impossessa della cosa mobile altrui sottraendola a chi la detiene lo fa senza il suo consenso, mentre, se qualcuno prende una cosa con il consenso dell'avente diritto, nel linguaggio comune, si direbbe appunto che l'ha presa, e non certo che l'ha sottratta, implicando l'utilizzo di tale verbo, nel contesto "non aritmetico" di cui trattasi, proprio che qualcosa è stato preso senza il consenso.

A livello di principio, poi, bisogna sottolineare la differenza per cui i casi nei quali la presenza del consenso non scrimina ma, alla radice, esclude il fatto tipico sono qualitativamente differenti, rispetto a quelli in cui la presenza di tale elemento assume valenza scriminante. Solo nei primi, infatti, vi è davvero una carenza di interesse a punire quelle che rappresentano altrettante ipotesi di normale utilizzo del bene, da parte del proprio titolare.

Se Tizio, cioè, invita a casa propria Caio, a prescindere dal dato normativo, non siamo di fronte a una lesione di un bene, che però non dev'essere punita in base a un bilanciamento di interessi, ma al normale utilizzo del bene in questione. E ciò, evidentemente, vale anche per il delitto oggetto di questo studio, ovvero sia per la violenza sessuale, in quanto non c'è nessuna valutazione negativa sul compimento in sé degli atti sessuali consensuali che, infatti, per chi li svolge, rappresentano un normale utilizzo del proprio corpo, della propria libertà sessuale, senza che vi sia alcuna offesa. Nel consenso scriminante, invece, siamo di fronte a un'offesa, ma anche a un bilanciamento di interessi, operato da chi può validamente disporre del diritto in questione: nel caso, ad es., di una persona che presta il consenso a una lesione personale appunto consentibile, non è che la lesione non si è prodotta, ma è che il titolare del bene, nel perseguimento di un dato interesse per lui prevalente, si rende disponibile a tale lesione.

Le differenze, però, riguardano anche la disciplina del consenso, per cui quello escludente il fatto tipico, generalmente, non si ritiene sottoposto ai requisiti

⁶In tal senso, si esprime ROXIN, *Sul consenso nel diritto penale*, in ID., *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, a cura di MOCCIA, Napoli, 1996, 119 ss. e, spec., 120.

di validità, ad es., in tema di errore, caratteristici del consenso scriminante⁷. Il dissenso integrante un elemento costitutivo, inoltre, dev'essere positivamente coperto dal dolo, che potrà pacificamente ritenersi escluso nei casi in cui l'agente abbia agito, al contrario, ragionevolmente presumendo il consenso dell'avente diritto: casi che invece risultano piuttosto controversi, nelle ipotesi di consenso presunto scriminante, rispetto ai quali, infatti – come è già emerso in relazione ai progetti di riforma del codice penale –, l'introduzione di una disciplina espressa, se pure non strettamente necessaria, sarebbe comunque preferibile⁸.

Per completezza, infine – per quanto non riguardi direttamente l'oggetto del presente studio –, bisogna specificare che, in relazione ad alcune fattispecie incriminatrici, è proprio il consenso, invece, e non il dissenso o la mancanza di consenso, a rappresentare un elemento costitutivo – esplicito, come nell'omicidio del consenziente o negli atti sessuali con minorenne, oppure implicito, come nell'usura o nella truffa –, per cui risulta eliminata, alla base, qualsivoglia valenza escludente la punibilità del consenso medesimo, ed è piuttosto la presenza del dissenso o, comunque, della mancanza del consenso, a rappresentare una causa di esclusione di quel tipo specifico, magari con applicazione conseguente della più grave, corrispondente norma incriminatrice che di tale elemento risulta priva. Come nel caso paradigmatico del rapporto esistente tra gli artt. 575 e 579 c.p. in tema di omicidio; oppure in quello, relativo al procurato stato di incapacità, tra il delitto di cui all'art. 613 c.p. e la contravvenzione *ex art.* 728, non solo evidentemente meno grave, ma anche punibile – appunto in virtù del prestato consenso – solo se dal fatto deriva pericolo per l'incolumità della persona (ad es., sottoposta ad ipnosi).

2. *La violenza sessuale secondo la legge 15 febbraio 1996, n. 66* – Com'è noto, con la riforma del 1996, il legislatore italiano ha profondamente inciso sui delitti contro la libertà sessuale⁹, non solo e non tanto per il pur emblematico

⁷ Nello stesso senso, si veda MANNA, *Consenso, cit.*, 1292.

⁸ Cfr. MANNA, *Considerazioni in tema di consenso presunto*, e ID., *L'operatività del consenso presunto nell'ordinamento italiano*, in *Giust. pen.*, 1984, II, 168 ss. e 232 ss.

⁹ Cfr. PECORARO ALBANI, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Napoli, 1997; BERTOLINO, *Garantismo e scopi di tutela nella nuova disciplina dei reati di violenza sessuale*, in *Jus*, 1997, 51 ss.; BALBI,

cambio di collocazione codicistica, dal Titolo IX (ovviamente, del Libro secondo del Codice penale) dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume (capo dei delitti contro la libertà sessuale), al Titolo XII dei delitti contro la persona¹⁰, ma soprattutto per l'unificazione, all'interno della medesima fattispecie incriminatrice, di cui all'art. 609bis c.p., di due fenomeni naturalisticamente, socialmente e – per quanto emerge dall'indagine comparatistica –, almeno il più delle volte, pure normativamente distinti (in particolare, la stessa fusione tra le due classiche fattispecie in materia sessuale, operata in Italia nel '96, venne “importata” subito dopo anche nell'ordinamento tedesco, che però ha in parte recuperato la distinzione di cui trattasi).

Il riferimento è, chiaramente, ai fenomeni, da un lato, della violenza carnale, cioè dello stupro vero e proprio, caratterizzato dalla congiunzione carnale, cioè dalla penetrazione, e, dall'altro, delle mere molestie sessuali o atti di libidine violenti. Due fenomeni che, prima della riforma del '96, trovavano la loro opportuna collocazione, anche nel nostro ordinamento, in altrettante fattispecie incriminatrici distinte, se pur connesse, perché in evidente progressione criminosa¹¹; e che, come si accennava, pure nel succitato ordinamento tedesco, attualmente (l'ultima riforma in materia risale al 2016¹²) continuano ad essere distinti, almeno a livello di espressa considerazione, quali “atti particolarmente gravi”, degli atti sessuali penetrativi.

Tornando all'Italia, e alla previsione originaria del codice Rocco, l'art. 519 c.p., rubricato, «Della violenza carnale», puniva, con la reclusione da tre a

Violenza sessuale, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1999, 7ss.; FIANDACA, *Violenza sessuale*, in *Enc.dir.*, *Agg.*, IV, Milano, 2000, 1155 ss.

¹⁰ Rilevano aspetti peggiorativi, però, nel passaggio tra libertà sessuale e individuale, nel senso che, in sede di “trasloco” dei reati sessuali, sarebbe stata necessaria la previsione di un'autonoma sezione dedicata, appunto, alla libertà sessuale, ad es., CADOPPI, *Sub art. 609bis c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di Id., Padova, 2006, 439 ss., e, spec., 443 e BERTOLINO, *Sub art. 609bis*, in *Comm. breve c.p.*⁵, a cura di Crespi-Forti-Zuccalà, Padova, 2008, 1678. In argomento, *amplius*, BRUNELLI, *Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale*, in *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Torino, 2007, 35 ss., e, spec., 49 ss.

¹¹ Nella dottrina italiana, tuttavia, si è espresso a favore di tale unificazione MANNA, *Violenza sessuale (art. 609bis)*, in *Tutela penale delle persone vulnerabili*, a cura di Cadoppi-Canestrari-Conti-Manna-Papa, Milano, 2026, 521ss.

¹² Cfr. MACRÌ, *La riforma dei reati sessuali in Germania, Centralità del dissenso e “tolleranza zero” verso le molestie sessuali tra diritto penale simbolico e potenziamento effettivo della tutela della sfera sessuale*, in *Dir. pen. cont.*, 10 novembre 2016.

dieci anni, «Chiunque, con violenza o minaccia, costringe taluno a congiunzione carnale». A prescindere dalla questione dei rapporti con i minori, che qui non interessa direttamente, per completezza si deve ricordare che la norma in questione, se non prevedeva la punibilità dell'induzione (intesa come *quid minus* della costrizione, come nella sentenza Maldera¹³), puniva allo stesso modo anche chi si congiungeva carnalmente a persona che, al momento del fatto, era malata di mente, ovvero non era in grado di resistergli a causa delle proprie condizioni d'inferiorità psichica o fisica, anche se questa era indipendente dal fatto del colpevole (l'espressione «non è in grado di resistergli», del resto, richiamava ancora una volta la costrizione, e non certo la più «soft» induzione); oppure, e qui il riferimento era in realtà alla sostituzione materiale di persona, specie in tempi in cui i rapporti sessuali potevano svolgersi, per ragioni di pudore, nella più completa oscurità, con persona che era stata tratta in inganno (se vogliamo, quindi, trattavasi di un'ipotesi di induzione, ma *sub specie* di induzione in errore), per essersi il colpevole sostituito ad altra persona.

Quest'ultima possibilità è stata mantenuta nell'art. 609*bis* c.p. – che infatti prevede, oltre alla violenza sessuale per costrizione mediante violenza o minaccia, anche quella per induzione, sotto il doppio profilo sia, appunto, dell'induzione in errore, che di quella per abuso delle condizioni di inferiorità – e finisce per avere tutt'ora una certa portata applicativa, decisamente controversa, anche a causa della definizione particolarmente lata di sostituzione di persona, *ex art.* 494 c.p., che infatti risulta integrata, non solo qualora qualcuno sostituisca illegittimamente la propria all'altrui persona, ma anche qualora il soggetto attivo si attribuisca un falso stato o una falsa qualità a cui la legge attribuisce effetti giuridici. Quest'ultima espressione, del resto, è a sua volta intesa in senso “ampio” dalla giurisprudenza, pure con riferimento, ad es., alla falsa attribuzione di un'attività lavorativa libera, come nel caso del “falso fotografo di moda”¹⁴. Il che comporta una conseguente punizione, a titolo di violenza sessuale, di quella che, al più, è una “truffa sessuale”, se non una me-

¹³ Cass. pen., Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 12228, in *Arch. pen.*, 2014, 895, con nota di VALENTINI.

¹⁴ Cfr. GENTILE, *Il falso fotografo che abusa della minore adescata con l'inganno risponde di violenza sessuale per induzione*, in *Diritto e Giustizia*, 14 febbraio 2017.

ra millanteria, diretta a “far colpo” e a ottenere, così, la concessione di (volontari) favori sessuali.

A questo proposito, cioè, si condividono le conclusioni di uno studio (spagnolo) dedicato a questo specifico punto, per cui gli inganni penalmente rilevanti in relazione agli atti sessuali sarebbero solo quelli relativi alla natura e all'intrusività degli atti da compiere e, con riferimento a quanto qui più direttamente rileva, quelli – secondo chi scrive, comunque da punire in una fattispecie incriminatrice autonoma, e meno grave, rispetto a quella di violenza sessuale – in cui il soggetto attivo, magari sfruttando una somiglianza, si attribuisce l'identità di una persona effettivamente esistente e conosciuta (personalmente o per fama) da quella ingannata, e non quelli in cui l'ingannatore si attribuisce qualità, *status*, non corrispondenti al vero: «*una cosa es afirmar que uno juega en una liga de fútbol profesional y otra muy distinta afirmar o pretender ser un específico jugador de dicha liga. En este segundo caso, la víctima lo es de un fraude sobre la identidad personal de su pareja sexual penalmente relevante*»¹⁵.

La fattispecie incriminatrice autonoma di atti di libidine violenti (art. 521 c.p.), poi, puniva con pena, ovviamente diminuita rispetto a quella prevista per la violenza carnale, chi, con violenza o minaccia, commetteva su taluno atti di libidine diversi dalla congiunzione carnale, oppure costringeva o induceva taluno a commettere gli atti di libidine su sé stesso, sulla persona del colpevole o su altri.

Ai sensi dell'art. 609*bis* c.p., invece – tanto nell'originaria, quanto nell'attuale formulazione –, tutto rientra nel vago concetto di atti sessuali che, per altro, nel tempo ha dimostrato una capacità estensiva davvero notevole¹⁶, dal bacio profondo a quello “a stampo” ma in zona erogena¹⁷ (altro concetto in conti-

¹⁵ Così COCA VILA, *Agresión sexual por engaño. Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual*, in *InDret*, 2023, 430 ss., e, spec., 456.

¹⁶ In dottrina, per un'interpretazione restrittiva del concetto di atti sessuali, si vedano CADOPPI, *Sub art. 609-bis c.p., cit.*, 465 ss. e PALUMBIERI, *Violenza sessuale, Art. 609 bis*, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale IX, I delitti contro la libertà sessuale, la libertà morale, l'inviolabilità del domicilio e l'inviolabilità dei segreti*, diretto da Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Torino, 2011, 16 ss., e, spec., 30 ss.

¹⁷ Cfr. CADOPPI, “*Un bacio è solo un bacio*”. *Alla ricerca di una più appropriata tipizzazione dei reati sessuali*, in *Ind. pen.*, 2012, 31 ss.

nua espansione, che finisce in giurisprudenza per svincolarsi da dati oggettivi e collegarsi all'intenzione del soggetto, cioè alla direzionalità, o meno, dell'atto, al soddisfacimento del suo istinto sessuale¹⁸), fino al caso limite anche del mero abbraccio, se pur di un dirigente scolastico nei confronti di una studentessa¹⁹, con uno slittamento conseguente, dal diritto penale del fatto di cui all'art. 25, co. 2, Cost., a quello, appunto, dell'atteggiamento interiore e, in definitiva, del tipo d'autore²⁰.

Se è vero, per altro, che l'art. 609**bis** c.p. prevede un ultimo comma secondo il quale «Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi», che ripropone lo schema della proporzione tra le pene previste per i precedenti delitti, rispettivamente, di violenza carnale e atti di libidine violenti, ma con una potenzialità diminuita maggiore, in considerazione della maggiorazione della pena minima prevista per il nuovo delitto di violenza sessuale (nella formulazione originaria dell'art. 609**bis** c.p., il minimo della pena edittale per la violenza sessuale attenuata, cioè due anni, coincideva esattamente col minimo edittale dei “vecchi” atti di libidine violenti), è altrettanto vero:

- da un lato, che la previsione di una fattispecie incriminatrice autonoma, com'era appunto quella di atti di libidine violenti, non è paragonabile a quella di una mera circostanza attenuante (nonostante sia a effetto speciale), che infatti, in quanto circostanza, è sottoposta al giudizio di bilanciamento - nel quale ben può risultare soccombente o, comunque, equivalente;
- nonché, dall'altro, che anche il *nomen iuris*, *a fortiori* in reati così sensibili

¹⁸ «La condotta vietata dall'art. 609bis ricomprende oltre ad ogni forma di congiunzione carnale, qualsiasi atto che, risolvendosi in un contatto corporeo, ancorchè fugace ed estemporaneo, tra soggetto attivo e soggetto passivo, ovvero in un coinvolgimento della corporeità sessuale di quest'ultimo, sia idoneo e finalizzato a porne in pericolo la libera autodeterminazione della sfera sessuale. Pertanto la valutazione del giudice sulla sussistenza dell'elemento oggettivo non deve fare riferimento unicamente alle parti anatomiche aggredite ed al grado di intensità fisica del contatto instaurato, ma deve tenere conto dell'intero contesto in cui il contatto si è realizzato e della dinamica intersoggettiva, esaminando la vicenda con un approccio interpretativo di tipo sintetico: di conseguenza possono costituire un'indebita intrusione fisica nella sfera sessuale non solo i toccamenti delle zone genitali, ma anche quelli delle zone ritenute «erogene» ossia in grado di stimolare l'istinto sessuale dalla scienza medica, psicologica ed antropologico-sociologica», così Cass., Sez. III, 23 settembre 2004, in *Foroplus*.

¹⁹ Cfr. Cass., Sez. III, 4 marzo 2014, n. 10248, reperibile in www.altalex.com.

²⁰ Cfr. PLANTAMURA, *Lo Stalker, il Pervertito e il Clandestino: il ritorno del tipo d'autore nel diritto penale di fine millennio*, in *Ind. pen.*, 2012, 371 ss.; nonché, *amplius*, MAUGERI, *I reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*, Pisa, 2021.

da un punto di vista del conseguente stigma sociale, assume una particolare rilevanza.

In definitiva, che qualcuno possa essere condannato per violenza sessuale, e quindi essere socialmente stigmatizzato come stupratore, violentatore, solo perché, magari con azione repentina, ha dato un “bacio a stampo” sulla guancia (ma, per dirla con la giurisprudenza di legittimità, con intento libidinoso) non gradito a chi lo ha ricevuto, appare francamente eccessivo, se non addirittura, quantomeno in una certa misura, fuorviante.

Il principio di proporzionalità della pena, infatti – ormai, com'è noto, sempre più valorizzato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, e rilevante anche in sede UE²¹ –, deve valere anche per quella particolare conseguenza della pena che è la stigmatizzazione sociale, la quale, a sua volta, è direttamente connessa anche al *nomen iuris*. Conseguentemente, se pure chi scrive ritiene che, in alcuni particolari settori, come appunto quello dei reati sessuali, si potrebbe iniziare a prendere in considerazione perfino l'utilizzo – ai fini sia preventivi che, in base a speciali meccanismi premiali connessi, rieducativi – delle *shame sanction* caratteristiche del sistema statunitense²², bisogna considerare che anche la vergogna provata dal reo per l'eventuale pubblicizzazione della sua condanna *aut similia* dev'essere direttamente connessa con quello che quest'ultimo davvero ha commesso, proprio per una questione di rispetto dei principi, evidentemente tra loro strettamente connessi, di proporzionalità della pena, colpevolezza e rieducazione.

Ma nella specie vi è di più, perché, quale che fosse l'intenzione del legislatore storico, non vi è alcun dato testuale che vincola l'interprete a ritenere che, in assenza di un rapporto completo, di atti penetrativi, di congiunzione carnale, il fatto sia sempre meno grave, così in integrando l'attenuante, mentre, in sua presenza, tale circostanza debba ritenersi automaticamente esclusa. Dal punto di vista della determinazione dei confini applicativi dell'attenuante, del resto,

²¹ Cfr. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di Giustizia*, in www.sistemapenale.it, 8 marzo 2022, nonché, *amplius*, ID., *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021.

²² Cfr. VISCONTI, *Teorie della pena e "shame sanctions": una nuova prospettiva di prevenzione o un caso di atavismo del diritto penale?*, in *Studi in onore di Mario Romano*, a cura di Bertolino-Eusebi-Forti, vol. I, Napoli, 2011, 633 ss.

neppure l'elemento proveniente dai lavori preparatori, per cui la formulazione è passata dai casi di «lieve entità» a quella, appunto, di «minore gravità», appare particolarmente utile. E questo nonostante la pretesa dottrinarica (in sé, beninteso, anche condivisibile) per cui il riferimento alla gravità minore dovrebbe limitare il campo applicativo della fattispecie incriminatrice ai casi comunque gravi²³ (se pur, appunto, di gravità minore, con esclusione conseguente di quelli bagatellari). Tale pretesa, del resto, anche in considerazione dei progressi interpretativi della giurisprudenza italiana in ipotesi di attenuanti analoghe, era destinata a non essere accolta. La giurisprudenza, infatti, per portare l'esempio più eclatante, in relazione all'istituto del concorso di persone nel reato, disapplica completamente l'attenuante del contributo di minima importanza di cui all'art. 114 c.p., che praticamente non si verifica mai, nonostante, seguendo il precedente ragionamento, si potrebbe a ragione sostenere che un contributo di importanza minima ha pur sempre una sua importanza e, quindi, dovrebbe ritenersi più facilmente ricorrente nella prassi, invece di essere sempre escluso.

Comunque sia, tornando specificatamente all'interpretazione del terzo comma dell'art. 609 *bis* c.p., sta di fatto che la giurisprudenza di legittimità ha subito chiarito:

- da un lato, che «In tema di violenza sessuale, ai fini del riconoscimento della circostanza attenuante della minore gravità non rileva la semplice assenza di un rapporto sessuale con penetrazione, in quanto è necessario valutare il fatto nella sua complessità»²⁴ (così arrivando a negare la sussistenza dell'attenuante, pur in mancanza di un rapporto completo, per via dell'approfittamento, da parte dell'imputato, delle condizioni di vita degradata della persona offesa);
- nonché, dall'altro, che «In tema di violenza sessuale, la circostanza attenuante della minore gravità di cui all'art. 609 bis comma terzo c.p. può essere riconosciuta solo all'esito di una valutazione globale del fatto che tenga conto del grado di coartazione esercitato sulla vittima, delle sue condizioni fisiche e mentali, dell'entità della compressione della libertà sessuale e del danno arrecato, anche in termini psichici, al soggetto passivo, sicché deve escludersi che

²³ Cfr. FIANDACA, *op. cit.*, 1161.

²⁴ Così Cass., Sez. III, 6 marzo 2009, n. 10085, in *Foro plus*.

la sola "tipologia" dell'atto possa essere sufficiente per ravvisare o negare tale alternativa»²⁵ (con annullamento conseguente della sentenza che, in base alla unica considerazione che vi era stata la consumazione di un rapporto sessuale completo, nella specie aveva escluso la ricorrenza dell'attenuante, senza aver svolto, però, alcuna valutazione del fatto nella sua complessità).

L'ipotesi di minore gravità, quindi, nell'interpretazione giurisprudenziale dovrebbe ritenersi integrata (o esclusa) in base a una serie ampia di criteri. Quando, però, la serie dei criteri interpretativi è troppo ampia, e tra essi non viene indicata alcuna gerarchia, il singolo interprete diviene il *dominus* dell'interpretazione stessa, il che, se ancora può essere tollerabile in sede di art. 133 c.p. – perché, fisiologicamente, è proprio nella commisurazione *intra*-edittale della pena che maggiormente si esplica la discrezionalità del giudice –, indubbiamente non può esserlo in quello di applicazione di una circostanza, a *fortiori* ad effetto speciale, mentre i due piani – della commisurazione *intra* ed *extra* edittale della pena – nella specie appaiono confusi e sovrapposti in giurisprudenza, con violazione conseguente del principio di legalità, *sub specie* di determinatezza:

«In tema di violenza sessuale, gli elementi di valutazione rilevanti ai fini dell'applicazione della circostanza attenuante della minore gravità del fatto ex art. 609-bis, ultimo comma, cod. pen. – costituiti dai mezzi, dalle modalità esecutive, dal grado di compressione della libertà sessuale subito dalla vittima, dalle condizioni fisiche e psicologiche di quest'ultima, anche in relazione all'età, dall'occasionalità o dalla reiterazione delle condotte, nonché dalla consistenza del danno arrecato, anche in termini psichici – devono essere, altresì, utilizzati per la determinazione della misura della riduzione della pena nell'ambito dell'ampia forbice edittale prevista dalla norma»²⁶.

Conclusivamente, si può affermare che – a parte la questione del consenso, della sua mancanza e del dissenso, sulla quale si riferirà nel prossimo paragrafo – le maggiori (ma non uniche: si pensi, ad es., alla *vexata quaestio* dell'applicabilità dell'art. 40 cpv c.p. a reati, come quello di specie, privi di un

²⁵ Così Cass., Sez. III, 25 settembre 2014, n. 39445, in *ForoPlus*.

²⁶ Così Cass., Sez. III, sent., 14 dicembre 2020 n. 35695, in *ForoPlus*.

evento naturalistico²⁷) criticità che sono emerse in riferimento all'originaria (e, almeno mentre si scrive, ancora in vigore) formulazione dell'art. 609*bis* c.p. sono relative:

1. all'unificazione - decisamente infrequente, se pur non eccezionale, nel senso di non del tutto priva di riscontro nella comparazione -, sotto l'unico *nomen iuris* di violenza sessuale (e con la previsione della stessa pena), della congiunzione carnale e degli atti di libidine violenti;
2. all'indeterminatezza del concetto di atto sessuale e della sua interpretazione sempre più soggettivistica;
3. nonché all'indeterminatezza dei casi di minore gravità, di cui all'attenuante *ex art. 609bis*, co. 3, che, beninteso, anche qualora fosse stata decritta in modo più determinato, non avrebbe risolto la prima criticità qui segnalata, cioè quella dell'unificazione di due fatti oggettivamente diversi nel medesimo reato.

Queste tre criticità, esemplificativamente, si ritrovano concentrate una sentenza di Cassazione che ha confermato la condanna per violenza sessuale - per giunta, appunto, non attenuata -, nei confronti di un imputato che aveva costretto due minori a inviargli foto e video che le ritraevano nude durante il compimento di atti osceni. Così segnando il passaggio, seguendo quanto era avvenuto in sede di interpretazione dei reati in tema di sfruttamento e/o induzione alla prostituzione²⁸, dalla violenza sessuale caratterizzata dal contatto a

²⁷ Si tratta di un'applicazione tanto controversa quanto costante in giurisprudenza, nel caso di omesso impedimento sia da parte di un genitore che anche di un superiore gerarchico. La questione risulta particolarmente affascinante riguardando sia la clausola di equivalenza di cui trattasi che il concorso di persone nel reato, perché qui non si tratta di omesso impedimento di un evento ma di omesso impedimento di un reato, ma ovviamente non può essere trattata in questa sede. A tal proposito, si segnala che giurisprudenza di merito -poi annullata, però, in Cassazione- si era spinta fino a ritenere sussistente un obbligo di denuncia in capo al garante, in difetto della quale anche il collocamento della minore in un Istituto lontano dalla residenza familiare non escludeva la sussistenza del reato nei confronti della madre, per omesso impedimento delle violenze sessuali reiterate perpetrate dal padre. Cfr. SCHMIEDT, *Violenza sessuale ai danni dei figli: gli obblighi di protezione e di intervento della madre*, in *Dir. pen. cont.*, 13 aprile 2012.

²⁸ «L'atto di prostituzione non è necessariamente costituito dal contatto fisico tra i soggetti della prostituzione, bensì dal fatto che qualsiasi atto sessuale venga compiuto dietro pagamento di un corrispettivo e risulti finalizzato, in via diretta ed immediata, a soddisfare la libidine di colui che ha chiesto o che è destinatario della prestazione; pertanto è irrilevante il fatto che chi si prostituisce e il fruitore della prestazione si trovino in luoghi diversi, allorché gli stessi risultino collegati, tramite Internet, in videoconferenza, che consente all'utente della prestazione di interagire con chi si prostituisce, in modo da poter

quella priva di esso che, a sua volta, scivolando sul medesimo piano inclinato, non deve neppure realizzarsi necessariamente in presenza, ma può ritenersi integrata pure a distanza.

Passaggio dal contatto fisico alla sua assenza che, per altro – pure prescindendo, cioè, dalla questione della distanza *vs* presenza –, e anche ammesso – ma non concesso – che la costrizione a compiere atti sessuali di cui all'art. 609**bis** c.p. possa essere integrata dal compimento di atti sessuali su se stessi, lascia aperta la possibilità che siano ritenute tipiche perfino le condotte rivolte alla costrizione all'invio di foto e/o video in cui il soggetto passivo si mostri solo totalmente o parzialmente nudo, magari in pose ammiccanti e/o erotiche, ma senza compiere atti di c.d. autoerotismo:

«In tema di violenza sessuale commessa mediante strumenti telematici di comunicazione a distanza, la mancanza di contatto fisico tra l'autore del reato e la vittima non è determinante ai fini del riconoscimento della circostanza attenuante del fatto di minore gravità»²⁹.

3. *L'interpretazione giurisprudenziale sull'art. 609bis c.p., con particolare riferimento alla questione del consenso.* Non è stupro se lei indossava i jeans. Questo è il messaggio passato all'opinione pubblica, a seguito dell'unica sentenza davvero controversa – che, non a caso, a suo tempo ebbe anche una

chiedere a questo il compimento di atti determinati», così Cass., Sez. III, 21 marzo 2006, in *Dir. int.*, 2006, 481; in *Dir. Giust.*, 2006, 23, 84; in *Guida dir.*, 2006, 38, 61, per una commento della quale si rinvia a ZAINA, *La prostituzione si verifica anche on line (nota a cassazione sezione III penale Sentenza 21 marzo 2006 - 3 maggio 2006, n. 346)*, 27 luglio 2006, in *www.diritto.it*.

²⁹ Così Cass., Sez. III, 2 marzo 2013, n. 19033, in *Foroplus*. Nello stesso senso, si rinvia a Cass., Sez. III, 8 settembre 2020, n. 25266, in *Foroplus*, secondo la quale «Il delitto di violenza sessuale può essere realizzato anche tramite minacce che costringano una minore ad uno scambio di selfie e messaggi sessualmente espliciti via whats app, senza contatto fisico con la vittima, poiché integrano atti che ne coinvolgono la corporeità sessuale e sono idonei a compromettere il bene primario della sua libertà individuale nella prospettiva di soddisfare od eccitare l'istinto sessuale dell'agente». *Contra*, però -almeno nella parte in cui si esclude la rilevanza del mero "voyeurismo"-, si veda Cass., sez. III, 25 novembre 2020, n. 33045, in *Foroplus*, per cui «Ai fini dell'integrazione del reato di cui all'art. 609-bis cod. pen., la nozione di «atti sessuali» implica necessariamente il coinvolgimento della corporeità sessuale del soggetto passivo, dovendo questi essere costretto a «compiere» o a «subire» tali atti, rispetto ai quali devono ritenersi estranei gli atti di esibizionismo, di autoerotismo in presenza di terzi costretti ad assistervi, o di "voyeurismo" che, pur essendo manifestazione di istinto sessuale, non coinvolgono la corporeità sessuale del soggetto passivo, nemmeno in termini di tentativo.»

vasta eco mediatica negativa, perfino internazionale³⁰, portando alla nascita, prima a *Los Angeles* e, poi, a livello internazionale, del *Denim Day*³¹ - emessa dalla Cassazione italiana in tema di rapporto tra violenza sessuale e consenso. Si trattava, del resto, di una sentenza ancora dello scorso millennio, che venne subito corretta dalla stessa Cassazione, fino a rovesciarsi nel suo contrario. In meno di dieci anni, infatti, si è passati dalla summenzionata criticabile statuizione, per cui «In tema di violenza sessuale, è illogico affermare che una ragazza possa subire supinamente uno stupro, che è una grave violenza alla persona, nel timore di patire altre ipotetiche e non certo più gravi offese alla propria incolumità fisica. (Fattispecie nella quale la Corte di cassazione ha ritenuto potersi dedurre presunzione di consenso al rapporto sessuale dalla circostanza che la vittima, al momento dell'amplesso, vestiva pantaloni tipo jeans, costituendo dato di comune esperienza l'impossibilità di sfilarli senza la fattiva collaborazione di chi li indossa)»³², a quella, decisamente più condivisibile, secondo la quale l'indossare da parte della persona offesa tale indumento non osta all'integrazione del reato, «non essendo questo paragonabile a una specie di cintura di castità»³³.

In tema di consenso e violenza sessuale, però, è opportuno chiarire che, a parte la suindicata eccezione, rimasta appunto isolata, e in ogni caso risalente allo scorso millennio, con riferimento all'interpretazione relativa al nuovo art. 609**bis** c.p., la Cassazione, che aveva già abbandonato, anche in relazione all'art. 519 c.p., il riferimento alla storica formula della *vis grata puellae*³⁴, si è praticamente sempre espressa per una piena tutela della vittima³⁵, nel senso: - da un lato, che non risulta necessario esprimere il dissenso per l'intero corso del rapporto, in quanto anche la successiva accettazione passiva del rapporto,

³⁰ Cfr. STANLEY, *Ruling on Tight Jeans and Rape Sets Off Anger in Italy*, in *New York Times*, 16 febbraio 1999.

³¹ Cfr. www.paceoverviolence.org.

³² Cfr. Cass., Sez. III, 10 febbraio 1999, n. 1636, in *Foroplus*.

³³ Cfr. Cass., Sez. III, 10 giugno 2008, n. 1498, in www.penale.it.

³⁴ «...*vim licet appelles: grata est vis ista puellis: quod iuvat, invitae saepe dedisse volunt*», così OVIDIO, *Ars amatoria*, Liber I. I. 673-674.

³⁵ In argomento, per una rassegna completa si veda MACRÌ, *La violenza sessuale (art. 609-bis c.p.) nella giurisprudenza della suprema corte del 2015 Analisi di 110 sentenze di inammissibilità e rigetto tra orientamenti esegetici di legittimità e opzioni sanzionatorie di merito*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 1, 162 ss.

dopo l’iniziale espressione del dissenso, non esclude il reato³⁶; - nonché, dall’altro – e, in qualche modo, opposto senso –, che il venir meno del consenso, per qualsivoglia ragione, durante il corso del rapporto, nel caso di prosecuzione dello stesso nonostante la sopravvenuta espressione di dissenso, anche per fatti concludenti³⁷, integra il reato³⁸.

Secondo altrettanto consolidata giurisprudenza, per altro, devono ritenersi costitutivi di reato, tanto gli atti “a sorpresa”, repentini, rispetto ai quali si può presumere un ragionevole dissenso³⁹, quanto gli atti accettati supinamente a causa di reiterate violenze e/o minacce pregresse⁴⁰, anche se poste in essere dal coniuge⁴¹, sempre in virtù di una presunzione di dissenso, pure se non espresso dalla vittima nella singola circostanza.

Non che l’espressione del dissenso, del resto, sia necessaria per l’integrazione del reato, perché, è al contrario, almeno nella giurisprudenza, nonostante l’opposta lettera della legge, è solo la presenza positiva del consenso, espresso almeno in forma tacita, che esclude il reato: il che comporta, ad es., la qualificazione di violenza sessuale – in relazione all’attuale formulazione della norma inaccettabile, appunto perché frutto di estensione analogica in *malam partem* – per gli atti sessuali compiuti con persona, non tanto ubriaca o stupefatta⁴² ma comunque cosciente (il che è ancora compatibile con la lettera della norma), ma anche del tutto incosciente, perché magari dormiente⁴³ o priva di

³⁶ Cfr. Cass., Sez. III, 29 febbraio 2000, n. 2512, in *Foroplus*.

³⁷ Cfr. Cass., Sez. III, 18 gennaio 2024, n. 2150, in *Foroplus*.

³⁸ Cfr. Cass., Sez. III, 9 giugno 2004, n. 25727, in *Foroplus*.

³⁹ «Il palpeggiamento del seno senza il consenso dell’interessata, sebbene fulmineo e al di sopra dei vestiti, integra gli estremi del reato di violenza sessuale in quanto atto diretto ed idoneo a mettere in pericolo la libertà di autodeterminazione del soggetto passivo nella sfera sessuale, purché sia finalizzato all’eccitamento o al soddisfacimento del desiderio sessuale dell’agente», così Cass., sez. III, 5 aprile 2007, in *Foroplus*.

⁴⁰ «Nel reato di violenza sessuale non ha valore scriminante il fatto che la donna non si opponga palesemente ai rapporti sessuali e li subisca, quando è provato che l’autore, per le violenze e le minacce ripetutamente poste in essere nei confronti della vittima, abbia la consapevolezza del rifiuto implicito ai congiungimenti carnali. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto sussistente il reato per avere l’imputato, legato da una relazione sentimentale con la vittima, fatto uso di violenza fisica più volte in precedenza e anche nei momenti immediatamente antecedenti il rapporto sessuale, rendendo, di conseguenza, irrilevante l’atteggiamento passivo di non opposizione della donna al momento del congiungimento carnale)», così Cass., Sez. III, 11 luglio 2013, n. 29725, in *Foroplus*.

⁴¹ Cfr. Cass., Sez. III, 29 aprile 2019, n. 17676, in *Foroplus*.

⁴² Cfr. Cass., Sez. III, 4 marzo 2022, n. 7873, in *Foroplus*.

⁴³ Cfr. Cass., Sez. III, 4 marzo 2022, n. 7873, e 8 maggio 2017, n. 22127, entrambe in *Foroplus*.

sensi.

Nella giurisprudenza di legittimità più recente, del resto, non mancano riferimenti alla stessa Convenzione di Istanbul, in ossequio della quale il legislatore riterrebbe necessario modificare l'art. 609*bis* c.p.:

«In tema di violenza sessuale, anche alla luce dell'art. 36 della Convenzione di Istanbul dell'11 maggio 2011, ratificata in Italia con la legge n. 77/2013, il consenso libero e validamente manifestato per tutto il corso del rapporto al compimento di atti sessuali, sia pure non espressamente menzionato dalla norma incriminatrice, costituisce senz'altro elemento «negativo» della fattispecie, per cui la sua mancanza costituisce l'«in sé» del reato, di cui va riconosciuta la sussistenza anche in assenza di reazioni all'altrui iniziativa quando essa sia determinata dall'incusso timore nel quale la persona offesa si trovi per la propria vita o incolumità fisica»⁴⁴.

4. *La Convenzione di Istanbul e la sua interpretazione da parte del GREVIO.*

La Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, firmata a Istanbul in data 11 maggio 2011, sottoscritta e quindi ratificata pure dall'Italia (legge 27 giugno 2013, n. 77), e alla quale ha infine aderito – il primo giugno del 2023 – la stessa Unione Europea, al suo art. 36 prevede che:

«Articolo 36 - Violenza sessuale, compreso lo stupro

Le Parti adottano misure legislative o di altro tipo necessarie per perseguire penalmente i responsabili dei seguenti comportamenti intenzionali:

- a) atto sessuale non consensuale con penetrazione vaginale, anale o orale compiuto su un'altra persona con qualsiasi parte del corpo o con un oggetto;
- b) altri atti sessuali compiuti su una persona senza il suo consenso;
- c) il fatto di costringere un'altra persona a compiere atti sessuali non consensuali con un terzo.

Il consenso deve essere dato volontariamente, quale libera manifestazione della volontà della persona, e deve essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto.

Le Parti adottano le misure legislative e di altro tipo per garantire che le di-

⁴⁴ Cfr. Cass., Sez. III, 14 novembre 2025, n. 37173, in *Foroplus*.

sposizioni del paragrafo 1 si applichino anche agli atti commessi contro l'ex o l'attuale coniuge o partner, quale riconosciuto dalla legislazione nazionale.»

La formulazione testuale dell'art. 36, quindi, è caratterizzata: alla lettera a), dal compimento di atti non consensuali; alla lettera b), dal compimento di atti senza il consenso; e, alla lettera c), della costrizione a compiere atti non consensuali. La specificazione di cui al secondo comma sull'effettiva volontarietà del consenso, da valutarsi in base alle circostanze in cui è stato prestato, non risulta particolarmente innovativa, in quanto è in linea con la generale interpretazione del consenso in sede penalistica, anche, ma non solo, in relazione al delitto di violenza sessuale. Prima di procedere oltre, piuttosto, bisogna domandarsi se il ruolo svolto dal consenso, nelle formulazioni testuali di cui alle succitate lettere a), b) e c), sia differente oppure no. L'espressione senza il consenso prevista dalla lettera b), cioè, risulta equivalente a quella atti non consensuali di cui alle lettere a) e c)? E la presenza, alla sola lettera c), di un espresso riferimento alla costrizione, assume una valenza di ulteriore disvalore?

Il primo dubbio può essere facilmente fugato leggendo, come sempre bisognerebbe fare, il testo della Convenzione in lingua originale che, in ciascuna delle tre lettere, utilizza la stessa espressione di atti «*non-consensual*»⁴⁵. Per cui, sotto questo profilo, si può concludere che il ruolo del consenso è il medesimo nelle tre ipotesi. A conclusione analoga, del resto, si può giungere con riferimento alla costrizione e/o induzione, testualmente «*causing to*», che infatti non implica un disvalore ulteriore rispetto alla non consensualità degli atti, ma risulta inserita solo nella lettera c), e non anche nelle due precedenti,

⁴⁵ Article 36 - Sexual violence, including rape

Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conducts are criminalised: a b c

A engaging in non-consensual vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature of the body of another person with any bodily part or object;

b engaging in other non-consensual acts of a sexual nature with a person;

c causing another person to engage in non-consensual acts of a sexual nature with a third person.

Consent must be given voluntarily as the result of the person's free will assessed in the context of the surrounding circumstances.

Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the provisions of paragraph 1 also apply to acts committed against former or current spouses or partners as recognised by internal law.”.

perché è solo in quest'ultima che la vittima del reato diviene soggetto attivo (e non meramente passivo: vittima cooperante) del compimento degli atti sessuali non consensuali con una terza persona, e quindi è solo in tale circostanza che diviene necessario specificare, ai fini dell'integrazione del reato, che il comportamento attivo della persona offesa dal reato non è libero, ma causato, determinato, dall'autore del reato, che invece non risulta direttamente coinvolto nel compimento di atti sessuali.

La domanda successiva che bisogna porsi, è se la già illustrata formulazione di cui all'art. 609**bis** c.p. è compatibile (o meno) con quella dell'art. 36 della Convenzione. A tal proposito, è necessario segnalare che tale formulazione non sarebbe compatibile secondo il GREVIO – ovvero il Gruppo di esperti sulla lotta contro la violenza contro le donne e la violenza domestica, istituito dall'art. 66 della Convenzione e incaricato di vigilare sull'attuazione della stessa –, per il quale:

«Under the terms of Articles 609-bis and 609-octies of the Criminal Code, sexual violence is qualified as encompassing all sexual acts committed either by one or more persons, with the use of violence, threat, abuse of authority, abuse of the condition of “physical or psychological inferiority” of the victim or by misleading the victim as to the perpetrator’s identity. The legislation of Italy does not therefore define sexual violence as an offence based on the lack of consent given voluntarily as the result of the women’s free will and assessed in the context of the surrounding circumstances, in accordance with the terms of Article 36 of the Istanbul Convention» e quindi «GREVIO strongly encourages the Italian authorities to consider amending their legislation to base the offence of sexual violence on the notion of freely given consent as required by Article 36, paragraph 1, of the Istanbul Convention»⁴⁶.

A tal proposito, tuttavia, bisogna considerare che, se è vero che la formulazione dell'art. 609**bis** c.p. si discosta sul piano letterale da quella dell'art. 36 della Convenzione, la tutela prestata al bene giuridico di cui trattasi, ovvero la libertà sessuale, in base alla formulazione italiana, in sé e, soprattutto, *a fortiori* per come da ultimo interpretata dalla giurisprudenza, non è meno ampia

⁴⁶ Così GREVIO, *Baseline Evaluation Report Italy*, 20 gennaio 2020, 63.

di quella prevista dall'art. 36 della Convenzione⁴⁷. E, forse, una distinzione potrebbe apprezzarsi solo qualora tal ultimo articolo – e il punto giuridico, alla fine, è tutto qui – fosse interpretato dal GREVIO come necessitante un'inversione dell'onere della prova – di cui non v'è traccia, invece, nonostante le sempre possibili derive giurisprudenziali, nella lettera dell'art. 609**bis** c.p., –, in conseguenza del quale, cioè, in presenza di un qualsivoglia rapporto sessuale, è il soggetto attivo (cioè, eliminando ogni ipocrisia, l'uomo) che deve dimostrare di non essere colpevole, per via della presenza del consenso della presunta – appunto, fino a prova contraria – vittima (ovverosia, in definitiva, della donna).

Effettivamente, però, basta analizzare le considerazioni svolte in sede di “rapporto di valutazione di base” (ovviamente, uno per ciascun Paese aderente: terminati i quali il GREVIO sta procedendo con rapporti più specifici, tematici), sull'allora unico Paese, cioè la Svezia (la Spagna, che si approfondirà nel proseguo, e la Francia⁴⁸ hanno novellato la loro legislazione solo dopo la for-

⁴⁷ Secondo chi scrive, per altro, le tensioni tra l'interpretazione giurisprudenziale e il rispetto del principio di legalità non riguardano esclusivamente la questione del consenso, ma altri aspetti, già evidenziati. In senso contrario, tuttavia -per cui saremmo di fronte a forzature interpretative proprio sul consenso, per cui una riforma non sarebbe più rinviabile-, si veda COLLICA, *La violenza sessuale tra law in the books e law in action: un intervento riformatore non più rinviabile*, in *Arch. pen. web.*, 2024, 3.

⁴⁸ Per un commento alla riforma francese, nella dottrina italiana si rinvia a MACRÌ, *La centralità del consenso nella recente riforma francese dei reati sessuali: una svolta importante di cui il legislatore italiano dovrebbe tenere conto*, in *Sist.pen.*, 23 gennaio 2026.

Art. 222-22

Per violenza sessuale si intende qualsiasi atto sessuale non consensuale commesso su un'altra persona o sull'aggressore, oppure, nei casi previsti dalla legge, commesso su un minore da un adulto.

Ai fini della presente sezione, il consenso è libero e informato, specifico, preventivo e revocabile. Viene valutato alla luce delle circostanze. Non può essere dedotto unicamente dal silenzio o dalla mancanza di reazione della vittima.

Non vi è consenso se l'atto sessuale è commesso con violenza, coercizione, minacce o sorpresa, indipendentemente dalla loro natura.

Lo stupro e le altre aggressioni sessuali si configurano quando sono inflitte alla vittima nelle condizioni previste dal presente articolo, indipendentemente dalla natura del rapporto esistente tra l'autore del reato e la vittima, anche se questi sono uniti dal vincolo matrimoniale.

Omissis.

Art. 222-22

Constitue une agression sexuelle tout acte sexuel non consenti commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur ou, dans les cas prévus par la loi, commis sur un mineur par un majeur.

Au sens de la présente section, le consentement est libre et éclairé, spécifique, préalable et révocable. Il est apprécié au regard des circonstances. Il ne peut être déduit du seul silence ou de la seule absence de réaction de la victime.

Il n'y a pas de consentement si l'acte à caractère sexuel est commis avec violence, contrainte, menace ou

mulazione del rapporto di base GREVIO su tali Paesi) che aveva già modificato (nel 2018) la propria normativa in materia, in modo più corrispondente alla previsione della Convenzione (ma non utilizzando la formula «senza il consenso»), per scoprire che è proprio così.

Nel lodare il legislatore svedese⁴⁹, infatti, per aver introdotto pioniericamente

surprise, quelle que soit leur nature.

Le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime dans les conditions prévues par la présente section, quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage.

Omissis.

⁴⁹ Capitolo 6. Sui reati sessuali

Articolo 1 - Chiunque, con una persona che non partecipa volontariamente, compie rapporti sessuali vaginali, anali o orali o altri atti sessuali che, tenuto conto della gravità del reato, sono assimilabili a rapporti sessuali, è punito con la reclusione da un minimo di tre a un massimo di sei anni. Lo stesso vale per chiunque induca una persona che non partecipa volontariamente a compiere o tollerare tali atti. Nel valutare se la partecipazione sia volontaria o meno, si terrà in particolare considerazione se la volontarietà sia stata espressa a parole, con azioni o in altro modo. Una persona non può mai essere considerata partecipante volontariamente se

1. la partecipazione è il risultato di un'aggressione, di altra violenza o di una minaccia di un atto criminale, di una minaccia di perseguire o denunciare qualcuno per un reato o di una minaccia di lasciare un messaggio diffamatorio su qualcuno,

2. l'autore sfrutta indebitamente il fatto che la persona si trovi in una situazione di particolare vulnerabilità a causa di incoscienza, sonno, grave paura, intossicazione o altra influenza di droghe, malattia, lesioni fisiche, disturbo mentale o comunque tenendo conto delle circostanze, oppure

3. l'autore induce la persona a partecipare abusando gravemente della sua dipendenza dall'autore.

Se il reato è meno grave, la pena prevede una reclusione da un minimo di sei mesi a un massimo di quattro anni.

Se il reato di cui al primo paragrafo è grave, per stupro aggravato è prevista una pena detentiva da un minimo di cinque a un massimo di dieci anni. Nel valutare la gravità del reato, si terrà in particolare considerazione se l'autore del reato abbia usato violenza o minacce di natura particolarmente grave, o se più di una persona abbia aggredito la vittima o abbia comunque partecipato all'aggressione, o se l'autore del reato, in relazione alle modalità dell'atto, alla giovane età della vittima o ad altri fattori, abbia mostrato particolare imprudenza o crudeltà.

Articolo 1 a - Chiunque commetta un atto di cui all'articolo 1 e sia gravemente negligente riguardo al fatto che l'altra persona non vi partecipi volontariamente, è punito per stupro colposo con la reclusione fino a un massimo di quattro anni.

Se, considerate le circostanze, l'atto è meno grave, non si impone la responsabilità.

Articolo 2 - Chiunque, con una persona che non partecipa volontariamente, compie un atto sessuale diverso da quello di cui all'articolo 1, è punito con la reclusione da un minimo di sei mesi a un massimo di due anni per violenza sessuale. Lo stesso vale per chiunque induca una persona che non partecipa volontariamente a compiere o tollerare tale atto. Nel valutare se la partecipazione sia volontaria o meno, si applicano il terzo e il quarto comma dell'articolo 1, primo paragrafo.

Se il reato è meno grave, la pena prevista è la reclusione fino a un massimo di un anno.

Se il reato è grave, per violenza sessuale grave è prevista una pena detentiva da un minimo di uno a un massimo di sei anni. Nel valutare la gravità del reato, si terrà conto in particolare dell'eventuale uso di violenza o minacce di natura particolarmente grave da parte dell'autore del reato, dell'eventuale coinvolgimento di più persone nell'aggressione o della partecipazione all'aggressione stessa, o ancora della par-

il reato di stupro colposo (e, di contro, nel segnalare un possibile vuoto di tutela, in riferimento alle condotte di determinazione di altri a compiere attivamente atti sessuali non consensuali con terzi), e, per quanto qui più direttamente riguarda, nel commentare affatto positivamente il mutamento della fattispecie incriminatrice che, a seguito dell'allora recente riforma, risultava integrata da «*who is not participating voluntarily*», il GREVIO affermava che: «*GREVIO nonetheless wishes to point out that with the new rape legislation the onus is on the perpetrator to ensure that all sexual acts are engaged in voluntarily*»⁵⁰.

Ebbene, a parte il fatto che a chi scrive risulta evidente che, almeno teoricamente, la formulazione svedese, nonostante le opposte pretese del GREVIO, richiedendo, in positivo, che il fatto sia integrato quando qualcuno partecipa agli atti sessuali non volontariamente, porrebbe la prova di tale non volontarietà della partecipazione a carico dell'accusa, ciò che è importante segnalare è che tale prospettiva di inversione dell'onere della prova, che invece sarebbe già teoricamente, cioè senza il bisogno di alcuna torsione interpretativa giurisprudenziale, conseguente a una formulazione in negativo (“senza il consenso”), risulta decisamente inaccettabile, non solo per l'Italia, in cui rileva in senso contrario la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, co. 2, Cost., ma per lo stesso Consiglio d'Europa, organizzazione internazionale il cui primo e principale frutto, chiaramente, non è la Convenzione di Istanbul, ma quella europea dei diritti dell'uomo che, a sua volta, all'art. 6, co. 2, prevede la presunzione di innocenza, per cui:

«Burden of proof. The principle of the presumption of innocence requires, inter alia, that when carrying out their duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offence charged; the burden of proof is on the prosecution, and any doubt

ticolare imprudenza o brutalità dimostrata dall'autore del reato in relazione alle modalità di esecuzione, alla giovane età della vittima o ad altri fattori. (*Legge 2022:1043*).

Articolo 3 - Chiunque commetta un atto di cui all'articolo 2 e sia gravemente negligente riguardo al fatto che l'altra persona non vi partecipi volontariamente, è punito per violenza sessuale colposa con la reclusione fino a un massimo di quattro anni.

Se, considerate le circostanze, l'atto è meno grave, non si impone la responsabilità.

⁵⁰ Così GREVIO, *Baseline Evaluation Report Sweden*, 21 gennaio 2019, 181 - 184.

should benefit the accused»⁵¹.

Se è vero, per altro, che dall'art. 6, co. 2, della CEDU, per come interpretato dalla stessa Corte EDU, non consegue un obbligo assoluto, ma relativo, di non fare ricorso a presunzioni nel diritto penale sostanziale, è altrettanto vero che tali presunzioni sono ritenute ammissibili solo fin quando sono ragionevoli ed equilibrate⁵². Si tratta, del resto, di una conclusione non dissimile a quella a cui è giunta, sin dalle sue prime sentenze in relazione ai reati di pericolo presunto, la nostra Corte Costituzionale⁵³, la quale, inoltre, con riferimento al connesso profilo dell'inversione dell'onere della prova (che in tali casi la stessa Corte definisce onere di allegazione), con possibile violazione del principio di non colpevolezza, in relazione a quei reati che contengono clausole quali «senza giustificato motivo» *aut similia*, sostiene la compatibilità costituzionale delle fattispecie incriminatrici di questo tipo, solo quando risultano ragionevoli, perché si basano, in definitiva, sull'*id quod plerumque accidit*. Come senza dubbio avviene, ad es., per la fattispecie incriminatrice di porto (al di fuori della propria abitazione) di strumenti atti ad offendere le persone oppure per quella di possesso, appunto ingiustificato, di chiavi alterate o grimaldelli⁵⁴.

Allora, però, il punto diventa, se è costituzionalmente e convenzionalmente (in relazione alla Convenzione EDU) possibile (o meno) aderire a un'interpretazione dell'art. 36 della Convenzione di Istanbul come quella proposta dallo stesso GREVIO, per cui ne conseguirebbe un'espressa inversione dell'onere della prova (effettivamente, assente nell'art. 609**bis** c.p.)? E' ragionevole ed equilibrato, cioè, appunto secondo l'*id quod plerumque accidit* - o forse irragionevole e squilibrato, visto che inverte il normale rapporto regola eccezione -, ritenere che ogni rapporto sessuale, di base, per così dire, di partenza, sia uno stupro, tranne che sia provata la presenza del consenso da parte della vittima (cioè della donna, dato che trattasi di una Convenzione, quella di Istanbul, diretta alla tutela delle donne)?

Di conseguenza, con delle “provocazioni giuridiche”, si può provare a spinge-

⁵¹ Così CEDU, *Guide on article 6, Right to fair trial (criminal limb)*, 2014, 34.

⁵² Cfr. ID., *op. loc. cit.*

⁵³ Cfr. Corte Cost., 11 luglio 1991, n. 333.

⁵⁴ Cfr. Corte Cost., 11 giugno 2008, n. 225.

re la questione all'estremo, e dunque al paradosso, per far emergere l'irrazionalità della tesi che qui, evidentemente, si contesta. Nel caso, ad es., di un rapporto sessuale tra due soggetti dello stesso sesso – meglio, tra due uomini: perché è chiaro che siamo di fronte a un diritto penale del tipo d'autore, e nella specie il relativo tipo di autore è l'uomo, mentre la donna integra il tipo della vittima –, nel quale, magari a seguito di una successiva lite, ciascuno dei due querelasse l'altro per violenza sessuale, ma nessuno dei due riuscisse a dimostrare positivamente la presenza consenso in capo all'altro soggetto, si giungerebbe alla condanna di entrambi per violenza sessuale?

Bisognerebbe arrivare a ritenere, cioè, che entrambi i soggetti coinvolti nel medesimo rapporto sessuale, siano stati, contemporaneamente, sia autori che vittima del medesimo reato (*rectius*: a questo punto, rispettivamente, e a parti inverse, dei due reati di violenza sessuale)? O in tale ipotesi questo problema proprio non si porrebbe, sol perché, non essendo presente il tipo della vittima, cioè non avendo partecipato una donna al rapporto sessuale di cui trattasi, la presenza, pur duplice, del solo tipo d'autore, non sarebbe sufficiente ad integrare il reato?

5. *Il reato di violenza sessuale in Spagna: «si significa sì»... o forse no?.* Nella sua formulazione originaria, il codice penale spagnolo del 1995 prevedeva uno schema di quadripartizione dei reati a tutela della libertà sessuale, che potevano essere raggruppati a due a due (tanto che, per analogia, tale schema rievoca alla mente del penalista italiano, *mutatis mutandis*, la quadripartizione, *ante* riforma del 2012, e, *a fortiori*, *ante* riforma del 1990, dei reati di corruzione):

- da un lato, infatti, vi era la coppia di reati (in base al metodo, alla modalità della condotta) più gravi, ovvero sia quelli di aggressione sessuale, con violenza o minaccia; a sua volta, il primo dei quali (in relazione al merito degli atti compiuti) meno grave tra i due, cioè quello di atti di libidine violenti, senza penetrazione (pena della reclusione da uno a quattro anni); e invece il secondo, più grave tra i due, di congiunzione carnale violenta, ovvero sia di atti sessuali con penetrazione (pena dai sei ai dodici anni);

- dall'altro, invece, vi era la coppia di reati (in base al metodo) meno gravi,

cioè quelli di abuso sessuale, che si verificavano quando mancava la violenza o la minaccia, ma, allo stesso tempo, mancava pure il consenso, altrimenti, evidentemente, il fatto sarebbe stato lecito (e sì, “incredibile ma vero”, la formula «senza il consenso» era già presente nella normativa spagnola pure prima della riforma, e si illustrerà con quale significato); il primo (nel merito) meno grave tra i due, di abuso non penetrativo (mera pena pecuniaria), e l'altro di abuso penetrativo (pena da quattro ai dieci anni)⁵⁵.

E' interessante notare che, secondo chi scrive giustamente, in questa quadripartizione, il merito “pesava”, a livello di pena, affatto più del metodo, per cui il mero abuso sessuale, ma penetrativo, comportava una pena molto maggiore dell'aggressione sessuale, però non penetrativa, tanto che il minimo edittale del primo reato coincideva col massimo del secondo (praticamente, una prospettiva diametralmente opposta a quella indistinta, nel senso di unificatrice di tutto i tipi di atti sessuali, introdotta in Italia con l'art. 609 *bis* c.p.).

In definitiva, le norme spagnole pre-riforma erano le seguenti:

«Articolo 178.

Chiunque attentò alla libertà sessuale di un'altra persona, con violenza o intimidazione, sarà punito come colpevole di aggressione sessuale con la pena della reclusione da uno a quattro anni.

Articolo 179.

Quando l'aggressione sessuale consista in una congiunzione carnale, introdu-

⁵⁵ Artículo 178.

El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como culpable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Artículo 179.

Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de prisión de seis a doce años.

Artículo 181.

1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona, será castigado como culpable de abuso sexual con la pena de multa de doce a veinticuatro meses.

2. *Omissis*.

3. *Omissis*.

Artículo 182.

Cuando el abuso sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de prisión de cuatro a diez años en los casos de falta de consentimiento, y de uno a seis años en los de abuso de superioridad.

Omissis.

zione di oggetti o penetrazione orale o anale, la pena sarà della reclusione da sei a dodici anni.

Articolo 181.

1. Chiunque, senza violenza né intimidazione e senza consenso, compie atti che ledono la libertà sessuale di un'altra persona, è punito come colpevole di abuso sessuale con una pena detentiva da dodici a ventiquattro mesi.

Omissis.

Omissis.

Articolo 182.

Quando l'abuso sessuale consiste in accesso carnale, inserimento di oggetti o penetrazione orale o anale, la pena sarà la reclusione da quattro a dieci anni in caso di mancanza di consenso e da uno a sei anni in caso di abuso di superiorità.

Omissis.»

Con le modifiche apportate con la *Ley Organica* 10/2022 del 6 settembre «*De Garantia integral de la libertad sexual*»⁵⁶, invece, poi a sua volta subito novellata (in definitiva: con una vera e propria “retromarcia”) con la *Ley Organica* 4/2023 del 27 aprile⁵⁷ – per rimediare a una sorta di “effetto boomerang”⁵⁸, relativo all'applicazione di pene meno severe retroattivamente –, secondo gli auspici dottrinari⁵⁹, si sono abrogati (non aboliti) i due reati di abuso sessuale e si sono lasciati solo i due di aggressione sessuale – sempre distinti tra loro in base al merito, cioè alla tipologia degli atti sessuali compiuti: in definitiva, alla loro natura penetrativa o meno –, ma modificati e ampliati nel senso che quello prima era necessario per l'integrazione del delitto di abuso sessuale, cioè il «senza il consenso» («*sin consentimiento*»), diveniva sufficien-

⁵⁶ Per la quale, nella dottrina italiana, si veda 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?*, in *Arch. pen. web.*, 2024, 1.

⁵⁷ Cfr.: GARCÍA-CONLLEDO, TRAPERO BARREALES, *La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código Penal de la Manada?*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2023, 18; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reforma y contrarreforma del delito de agresión sexual*, *ivi*, 2023, 24.

⁵⁸ Cfr. MERENDA, *op.cit.*, 14.

⁵⁹ Cfr. FARALDO CABANA, «*Solo sí es sí* hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación», in *Reformas penales en la península ibérica: A “jangada de pedra”?*, a cura di Acale Sanchez, Madrid, 2021, 265 ss.

te per la qualificazione come aggressione sessuale (che, conseguentemente, veniva caratterizzata da un minimo di pena inferiore rispetto alla formulazione originaria).

Per questo, in Spagna si parla di unificazione, non nel senso dell'unificazione compiuta con la riforma del 1996 in Italia, per cui non si distingue più, nel merito, perché si sono appunto unificati nello stesso reato, i palpeggiamenti (*aut similia*) e gli stupri, ma in quello che non si distingue più, nel metodo, tra atti sessuali compiuti con violenza e minaccia e atti sessuali compiuti con una persona, senza violenza o minaccia, ma anche senza il suo consenso. Beninteso, per altro - almeno dopo la "novella della novella" del 2023 -, non si distingue più per quanto riguarda il *nomen iuris*, nel senso che pure i fatti senza il consenso, ma pure senza violenza e minaccia, sono oggi definiti aggressione sessuale, e sono contenuti nel medesimo articolo che punisce quelli commessi con violenza e minaccia (ovviamente, però, vi sono due articoli: uno per le aggressioni sessuali non penetrative e l'altro per quelle penetrative), ma si tratta comunque di articoli con più fattispecie, in cui i fatti caratterizzati da violenza e minaccia sono puniti più gravemente di quelli compiuti «senza il consenso» (proprio per evitare il succitato "*effetto boomerang*" di diminuzione della pena, anche con scarcerazioni conseguenti, vista la retroattività della norma più favorevole, che si era inizialmente prodotto).

Conseguentemente, il codice penale spagnolo oggi prevede che⁶⁰:

⁶⁰ *Artículo 178.*

1. *Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.*

2. *Se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.*

3. *Si la agresión se hubiera cometido empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, su responsable será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión*

4. *Omissis.*

Artículo 179.

1. *Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a doce años.*

«Articolo 178.

1. Chiunque commetta un atto che violi la libertà sessuale di un'altra persona senza il suo consenso sarà punito con la reclusione da uno a quattro anni come autore di aggressione sessuale. Il consenso si considererà esistente solo quando sia stato liberamente espresso attraverso atti che, tenuto conto delle circostanze del caso, dimostrino chiaramente la volontà della persona.

2. Sono considerati in ogni caso aggressione sessuale gli atti di contenuto sessuale compiuti impiegando violenza, intimidazione o abuso di una situazione di superiorità o di vulnerabilità della vittima, così come quelli eseguiti su persone che si trovino prive di sensi o della cui situazione mentale si abusi, e quelli compiuti quando la vittima abbia la propria volontà annullata per qualsiasi causa.

3. Se l'aggressione è stata commessa con violenza o intimidazione o contro una vittima la cui volontà è stata annullata per qualsiasi motivo, l'autore del reato sarà punito con una pena detentiva da uno a cinque anni.

4. *Omissis.*

Articolo 179.

1. Quando l'aggressione sessuale consiste nella penetrazione vaginale, anale o orale, o nell'introduzione di parti del corpo o oggetti attraverso uno dei primi due orifici, il colpevole è punito come stupratore con una pena detentiva da quattro a dodici anni.

2. Se l'aggressione di cui al paragrafo precedente è commessa con violenza o intimidazione, o quando la volontà della vittima è annullata per qualsiasi motivo, la pena detentiva è da sei a dodici anni. ».

Risulta evidente, quindi, che la tanto sbandierata riforma del «sì significa sì» non ha ampliato la sfera del punibile e, in definitiva, *a fortiori* a seguito della sua “controriforma”, si riduce davvero a ben poco, cioè fondamentalmente a un mutamento del *nomen iuris*, per cui i fatti che prima venivano qualificati abusi sessuali, perché sì compiuti senza il consenso, ma anche senza violenza o minaccia, ora sono anche loro denominati aggressioni sessuali, espressione

2. Si la agresión a la que se refiere el apartado anterior se cometiere empleando violencia o intimidación o cuando la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad, se impondrá la pena de prisión de seis a doce años.

che prima, invece, era riservata solo ai casi in cui i fatti erano stati commessi con violenza o minaccia.

Ma quando – e si ritiene che questo sia il punto di maggiore interesse – la giurisprudenza riteneva che ci fosse abuso e non aggressione? Fondamentalmente, in tre casi: atti repentini o a sorpresa (anche penetrativi), atti commessi con persona dormiente o incosciente; atti commessi con abuso di “*prevalimento*”, cioè, nella logica del nostro art. 609*bis* c.p., di induzione (non nel senso di induzione in errore, ma di compressione dell’autodeterminazione della vittima meno intensa che nella costrizione) mediante abuso delle condizioni di inferiorità psichica⁶¹ o fisica, anche in relazione a situazioni di “inferiorità numerica” che, in circostanze particolarmente intimidatorie, potevano portare a una (ri)qualificazione perfino come più grave aggressione sessuale⁶².

Allora, però, l’unica possibilità di conferire un carattere innovativo alla riforma sarebbe quella, decisamente controversa, di cui si è già ampiamente riferito riguardo alla previsione di cui all’art. 36 della Convenzione di Istanbul, di pretendere che ci sia un’inversione dell’onere della prova, nel senso che sia l’imputato a dover dimostrare positivamente la presenza del consenso e la sua

⁶¹ Cfr. STS 220/2014, del 20 marzo 2014, in *vlex.es*.

⁶² «Il reato di abuso sessuale è quello in cui l'autore viola la libertà sessuale della vittima, ma senza violenza né intimidazione e senza il suo consenso (art. 181). Tuttavia, tale mancanza di consenso, salvo nei casi di contatto episodico o fugace, si deduce dal diritto penale quando il consenso è viziato e, di conseguenza, è invalido o inesistente. Pertanto, il Codice Penale stabilisce che, ai fini della definizione di tale reato, per "abuso sessuale non consensuale" si intendono gli atti descritti nella disposizione, poiché in tali casi il consenso è stato ottenuto invalidamente o viziato; e quindi: a) quelli commessi contro persone incoscienti; b) quelli commessi contro persone il cui disturbo mentale viene sfruttato; c) quelli commessi sovvertendo la volontà della vittima mediante l'uso di droghe, farmaci o qualsiasi altra sostanza naturale o chimica idonea a tale scopo; d) quando il consenso è viziato perché il responsabile si avvale di una chiara posizione di superiorità che limita la libertà della vittima.»... «anche tralasciando la pluralità dei partecipanti, la situazione descritta nel resoconto dei fatti presenta di per sé una forte componente intimidatoria: l'aggressione sessuale di una giovane ragazza, come la vittima, che aveva solo 18 anni, in un luogo solitario, isolato, angusto e senza uscita, dove è stata condotta a braccetto da due degli imputati e circondata dagli altri, trovandosi avvicinata dagli imputati e in stato di ebbrezza, ciò ha indubbiamente prodotto uno stato di intimidazione che, sebbene non invincibile, è risultato efficace nel raggiungere lo scopo prefissato dagli imputati, ovvero paralizzare la volontà di resistenza della vittima»... «Pertanto, una volta provata l'intimidazione, la sua efficacia nella specifica circostanza nel paralizzare la volontà di resistenza della vittima e nell'annullare la sua libertà, nonché il relativo nesso di causalità, i fatti devono essere classificati come reato di stupro ai sensi degli articoli 178 e 179 del Codice penale.», così STS 344/2019, del 4 luglio 2019, in *vlex.es*. Si tratta della sentenza relativa alla vicenda che -proprio per l'iniziale qualificazione come abuso e non stupro- ha dato luogo, poi, alla riforma, come illustrato da MERENDA, *op. cit.*, 4 ss.

permanenza per l'intera durata del rapporto. In senso contrario, tuttavia, si è espressa la dottrina spagnola, anche con un certo, condivisibile disincanto sulla possibilità che il noccio del problema, di carattere probatorio, dovuto alle specificità del fatto, possa essere risolto con diverse formulazioni sostanziali:

«Il punto di partenza della riflessione che segue è che il problema centrale dei reati sessuali è (ed è sempre stato) quello della prova del consenso. Non importa come venga regolata la condotta tipica: il materiale probatorio ruoterà sempre attorno alla dichiarazione della vittima. E per di più: quello della prova del consenso in contesti in cui, solitamente, saranno presenti solo due persone (autore e vittima).

E ciò per la semplice ragione che, o ruota sulla sua dichiarazione, o ruota su quella dell'autore, poiché spesso non esiste nient'altro su cui possa poggiare. Da un lato, appare difficile che la dichiarazione dell'autore (generalmente) possa costituire una prova valida contro se stesso e, dall'altro, sarebbe incostituzionale che spettasse a lui l'onere di provare la propria innocenza (come riconosciuto dall'unanimità della dottrina).»⁶³.

6. *Le ipotesi per una nuova formulazione del reato di violenza sessuale in Italia.* La nuova formulazione del reato di violenza sessuale, di cui all'art. 609bis c.p., licenziata dalla Camera in data 19 novembre 2025 era la seguente⁶⁴:

«Chiunque compie o fa compiere o subire atti sessuali ad un'altra persona senza il consenso libero e attuale di quest'ultima è punito con la reclusione da sei a dodici anni.

Alla stessa pena soggiace chi costringe taluno a compiere o a subire atti sessuali con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità ovvero induce taluno a compiere o a subire atti sessuali abusando delle condizioni di inferiori-

⁶³ Così PUENTE RODRÍGUEZ, *Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2023, 25, 33 ss., che continua «Pertanto, come affermato da Morillas Fernández, il problema probatorio "sarà sempre presente, indipendentemente dalla regolamentazione legale, poiché la verifica del consenso in ambiti così personali rimane un elemento probatorio relativo a due persone (soggetto attivo e passivo) che presentano versioni contrapposte».

⁶⁴ Cfr.: NICOLA TRAVAGLINI, *Chi tace acconsente? Il crepuscolo dell'uomo cacciatore e della donna preda. La riforma dell'art. 609-bis del Codice penale banco di prova culturale*, in www.sistemapenale.it, 26 gennaio 2026; ROMANO, *Note scritte del Prof. Avv. B. Romano all'esito dell'audizione in Commissione Giustizia del 9.12.2025 sui disegni di legge in tema di violenza sessuale e consenso*, in *Pen. dir. proc.*, 9 dicembre 2025.

tà fisica o psichica o di particolare vulnerabilità della persona offesa al momento del fatto o traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona.

Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi.»

Al Senato, però, la Presidente della Commissione Giustizia (e relatrice del provvedimento) ha proposto una formulazione alternativa:

«Chiunque, contro la volontà di una persona, compie nei confronti della stessa atti sessuali ovvero la induce a compiere o subire i medesimi atti è punito con la reclusione da sei a dodici anni.

La volontà contraria all'atto sessuale deve essere valutata tenendo conto della situazione e del contesto in cui il fatto è commesso. L'atto sessuale è contrario alla volontà della persona anche quando è commesso a sorpresa ovvero approfittando della impossibilità della persona stessa, nelle circostanze del caso concreto, di esprimere il proprio dissenso.

La pena è della reclusione da sette a tredici anni se il fatto è commesso mediante violenza, minaccia, abuso di autorità ovvero approfittando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa.

La pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi quando, per le modalità della condotta e per le circostanze del caso concreto, nonché in considerazione del danno fisico o psichico arrecato alla persona offesa, il fatto risulti di minore gravità.».

Parte della dottrina, prescindendo dalle pur rilevanti questioni di dettaglio, per evidenti questioni di garanzia, si è espressa con favore di questo cambio di paradigma⁶⁵. Altra attenta dottrina⁶⁶, invece, ha ritenuto preferibile la prima formulazione (per altro autonomamente fatta propria, a suo tempo, anche dal

⁶⁵ Cfr.: GATTA, *Violenza sessuale: il modello del dissenso alla tedesca nell'emendamento della Sen. Buongiorno al disegno di legge all'esame del Senato*, in www.sistemapenale.it, 23 gennaio 2026; ID., *Sul disegno di legge in tema di violenza sessuale e consenso ("riconoscibile"): alcune riflessioni, per superare lo stallo al Senato*, ivi, 8 gennaio 2026, in cui già si proponeva una fattispecie basata, appunto, sulla formula "contro la volontà"; nonché CADOPPI, *Violenza sessuale: la svolta verso un modello consensuale*, ivi, 9 dicembre 2025. Anche per un'ampia ricognizione comparata sul modello del consenso nei reati a tutela della libertà sessuale, si rinvia a CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali*, Bologna, 2023 e MACRÌ, *Tipicità e colpevolezza nei reati sessuali di ultima generazione*, Milano, 2025.

⁶⁶ Cfr. MASSARO, *"Senza il consenso" o "contro la volontà": la violenza sessuale contesa*, in www.sistemapenale.it, 3 aprile 2026.

gruppo di lavoro dell'AIPDP che, del resto, proponeva pure l'introduzione della violenza sessuale colposa, ma non quale fattispecie incriminatrice autonoma, bensì come mera attenuante di quella dolosa⁶⁷), sostenendo che, in fondo, l'espressione «senza il consenso», senza che ciò causi soverchi problemi, è presente anche in diverse altre fattispecie incriminatrici, rispetto alle quali, qualora il consenso sia invece presente, gli estremi del reato non sono integrati, come la fattispecie di diffusione illecita di immagini o video a contenuto sessualmente esplicito destinati a rimanere privati, *ex art. 612ter c.p.*, oppure l'interruzione di gravidanza senza il consenso della gestante, di cui all'*art. 593ter c.p.*, e la diffusione illecita di contenuti generati o alterati con l'intelligenza artificiale, *ex art. 612quater c.p.*

A chi scrive, tuttavia, pare che tale elenco di reati rischi di dimostrare il contrario di quanto si voleva sostenere. Si tratta, infatti, di fattispecie che riguardano fatti, in sé, e anche secondo l'*id quod plerumque accidit*, lesivi (ivi compreso l'aborto, che è l'interruzione di un processo fisiologico e non certo patologico), e quindi risulta piuttosto normale che cada sull'imputato l'onere della prova del consenso dell'avente diritto, esattamente come avviene nella logica dell'*art. 50 c.p.* – pure giustamente richiamato, dalla succitata dottrina, in tale elencazione –, e con la sola differenza, circa la quale si è già riferito, rispetto alla normale operatività dell'*art. 50 c.p.*, che la clausola «senza il consenso» qualora sia già presente all'interno della fattispecie incriminatrice, conduce, nei casi in cui il consenso sia provato dalla difesa, a una assoluzione perché il fatto non sussiste, e non perché il fatto non costituisce reato (con specifico riguardo all'*art. 612ter c.p.*, per altro, non nel caso della sottrazione, ma in quello della realizzazione consensuale del materiale, l'iniziale consenso

⁶⁷ L'articolato, con una sua relazione introduttiva, e gli atti del seminario di discussione, è reperibile in AA.VV., *La riforma dei delitti contro la persona*, a cura di AIPDP e DiPLaP, DiPLaP edizioni, 2023, 347ss.:

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. 1) con violenza o minaccia;
2. 2) con abuso di un potere giuridicamente fondato;
3. 3) determinando nella persona offesa uno stato di incapacità.

La pena è diminuita nel caso di errore evitabile sul consenso.

appunto alla realizzazione del video, *etc.*, può escludere l'effetto di inversione di onere della prova, in specie con riferimento alla prova del dolo, con utilizzo conseguente della seconda formula assolutoria citata).

Il punto, comunque, rimane quello già ampiamente chiarito, ovvero sia che tale logica di inversione della prova in ogni caso non è applicabile ai rapporti sessuali, e quindi ai relativi reati, e, rispetto ad essi, integra una violazione della presunzione di non colpevolezza. Violazione che invece non è integrata, per le ragioni spiegate, nelle altre ipotesi summenzionate, di parte generale o speciale, del resto analoghe, nella *ratio*, a quelle delle fattispecie incriminatrici che contemplano clausole «senza giustificato motivo» *aut similia*. Questo per la semplice ma fondamentale ragione che gli atti e i rapporti sessuali, in sé, non sono né dannosi né pericolosi e, nella stragrande maggioranza dei casi, sono consensuali, rimanendo quelli di violenza sessuale, per quanto, purtroppo, affatto più ricorrenti di quanto sarebbe doveroso in una società che si pretende civile – in cui, d'altronde, anche un solo episodio sarebbe un episodio di troppo –, comunque un numero minimo, rispetto a quello dei rapporti sessuali consensuali che si consumano quotidianamente.

7. Conclusioni: tra il rapporto del Bra svedese e 1984 di George Orwell. Secondo chi scrive, in definitiva, la questione delle diverse possibili formulazioni dei delitti a tutela della libertà sessuale, tecnicamente, è relativamente semplice e, forse, risulta complicata proprio e solo dall'importanza e, soprattutto, dalla sensibilità, a livello anche sociale, politico e mediatico, del bene oggetto di tutela⁶⁸. Come chiarito dall'autorevole (già citata) dottrina spagnola, tuttavia, la vera specificità di tali delitti è meramente fattuale e, per così dire, incidentale, e si concreta in una frequente, notevole difficoltà di accertamento processuale. L'accertamento dei delitti di cui trattasi, infatti, risulta affatto complicato dalla circostanza che, nella maggioranza dei casi (o, comunque, in quelli più controversi), diversamente da quanto avviene in altri reati, non ci si può

⁶⁸ «Sotto questo aspetto è indubbio che quello del diritto penale sessuale costituisca un settore particolarmente delicato, 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 cittadini, sollecitando il legislatore ad intervenire enfaticamente in funzione placativa dell'opinione pubblica», così MERENDA, *op. cit.*, 2.

basare su prove documentali, a partire dai referti medici Non è detto, infatti, che, perfino nei casi più gravi e violenti di rapporti penetrativi, conseguano delle lesioni, e questo non solo nel caso di vittima collaborativa. E' pure possibile, del resto, che la vittima, a seguito del trauma psicologico sofferto, per vergogna o altra ragione, non acceda tempestivamente a cure mediche che refertino le lesioni subite. Non ci sono intercettazioni telefoniche o ambientali, il più delle volte mancano testimonianze di terzi presenti e non coinvolti come presunti autori o vittime: non vi è una refurtiva, una "mazzetta" che è stata pagata, una cosa che è stata prodotta, ceduta, *etc.*

Molto spesso, cioè, si tratta solo della parola della persona offesa (o delle persone offese) contro quella dell'imputato (o degli imputati), ma questa è appunto una specificità meramente fattuale e incidentale che, quale che sia la previsione testuale dei delitti in materia, comporta una difficoltà di accertamento processuale che, sarebbe il caso finalmente di volersene rendere conto, non può essere superata da nessuna formulazione di diritto sostanziale.

Escluse le ipocrisie, quindi, bisogna solo decidere se questa ineliminabile difficoltà di accertamento processuale, almeno a livello legislativo - perché la giurisprudenza, nonostante l'incompatibilità della lettera dell'art. 609*bis* c.p., da ultimo tende a orientarsi secondo la seconda opzione di cui si riferirà⁶⁹ -, si vuole che sia posta:

- normalmente, cioè a carico dell'accusa;
- oppure, eccezionalmente, e in maniera invertita, a carico della difesa, così praticamente introducendo una presunzione, se pure *iuris tantum* - contro la quale, infatti, vale la prova contraria -, di non consensualità, e quindi, in defi-

⁶⁹ Cfr. BALBI, *Legem et iustitiam facere. La giurisprudenza e il delitto di violenza sessuale*, in www.la-legislazionepenale.eu, 23 novembre 2023, 28, che in particolare, con riferimento a un caso, al limite del paradosso, in cui l'errore sulla mancanza del consenso è stato ritenuto un errore irrilevante in quanto relativo al precetto *ex art. 5 c.p.*, scrive: «Neanche l'evocata esistenza di una presunzione di dissenso - che non è dato in alcun modo riscontrare, ma che se vi fosse renderebbe la disposizione illegittima per patente contrasto con gli artt. 27 co. 1, co. 2 e 111 Cost. - potrebbe sorreggere questa ricostruzione¹²¹: perché l'errore cade comunque sul consenso e non sulla presunzione, perché la presunzione determina sì un'inversione dell'onere della prova, ma non possiede l'antico potere di Ishtar¹²², qui declinabile nell'effetto "magico" di trasformare un elemento del fatto - l'elemento del fatto par excellence secondo la stessa giurisprudenza - in una legge penale. Tutto viene in realtà orientato, dunque, allo scopo di fare Giustizia - qualsiasi cosa questo significhi, ma comunque assumendone l'essenza in esclusivi termini di valore -, indipendentemente dalle regole, dai principi e dalle garanzie del sistema, ma anche da eventuali istanze razionali che possano fraporsi al raggiungimento di questo obiettivo».

nitiva, di delittuosità, della generalità dei rapporti sessuali⁷⁰.

La seconda opzione, per altro – come già dimostrato in questa sede –, coinvolgendo il fatto di reato due persone che – a parte possibili pregiudizi in base al sesso (uomo sempre autore, donna sempre vittima) che, in ogni caso, non possono trovare spazio nell'ipotesi di rapporti omosessuali –, potenzialmente, possono essere entrambe sia l'autore che la vittima del reato, si presta a esiti paradossali, che si ribadiranno con un esempio caratterizzato dalla *simmetria*. Una sera, Tizio e Caio hanno un rapporto sessuale consensuale, ma, la mattina dopo, litigano furiosamente, e quindi, lo stesso giorno, per ripicca, avversione o anche solo in base a una diversa interpretazione retrospettiva, alla luce del successivo litigio, di quanto avvenuto la sera prima, ognuno dei due querela l'altro per violenza sessuale. A questo punto, dovrebbero partire due distinti procedimenti e, poi, processi penali: nel primo, Tizio sarebbe l'imputato e Caio la persona offesa; nel secondo, Caio sarebbe l'imputato e Tizio la persona offesa.

Se l'onere della prova del dissenso fosse posto a carico dell'accusa, non riuscendosi in entrambi i processi a provare il dissenso, ambedue i soggetti sarebbero assolti, il che non creerebbe alcuna contraddizione giuridica o conflitto di giudicati, perché, semplicemente, statuirebbe che, nella specie, non è stato commesso alcun reato sessuale (così come, in effetti, è).

Se, invece, in maniera invertita, fosse l'onere della prova del consenso ad essere posto a carico della difesa, non riuscendosi a provare il consenso in entrambi i processi, ambedue i soggetti sarebbero condannati per un medesimo fatto storico, che darebbe luogo a due distinti reati, uno commesso da Tizio contro Caio e l'altro commesso da Caio nei confronti di Tizio, così creando una contraddizione logico-giuridica al limite del grottesco, nonché un conflitto di giudicati insanabile, con cortocircuito conseguente dell'istituto processuale della revisione.

Ma, ovviamente, il descritto esempio *simmetrico* rappresenta una situazione

⁷⁰ Così MERENDA, *op. cit.*, 19, se pur con riferimento alla normativa spagnola, «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».

alla quale alcuni recenti legislatori europei non hanno pensato, né, tanto meno, ci pensa il GREVIO (il gruppo degli esperti che deve vigilare sull'applicazione della Convenzione di Istanbul), perché la cruda verità è che essi partono da un'impostazione sessualmente orientata, di tutela delle donne, in cui il modello è quello, *asimmetrico*, della donna querelante e dell'uomo querelato.

Tanto premesso, si può ora ricapitolare la questione sostanziale fin qui dibattuta. La formula «senza il consenso» implica, visto che la prova positiva di una circostanza negativa è logicamente impossibile, che si possa provare il consenso per escludere il reato. E che tale prova sia, conseguentemente, in modo invertito, a carico della difesa, anche perché l'accusa non ha interesse a provare un elemento che esclude il reato. Viceversa, se si vuole porre l'onere della prova, normalmente, a carico dell'accusa, si deve prevedere il dissenso espresso, tacito o, comunque, presumibile (l'espresso riferimento al dissenso presumibile completa la tutela, applicandosi agli atti repentini, alle vittime immobilizzate, addormentate, incapaci di reagire, *etc.*), quale elemento positivo della fattispecie.

La finalità d'inversione della prova della formula «senza il consenso», del resto – come si è dimostrato –, è propria dell'interpretazione della formula stessa – che, in definitiva, proviene dall'art. 36 della Convenzione di Istanbul – espressamente fornita dal GREVIO, che ha voluto interpretare in tal senso pure la novella svedese, nonostante che, da questo punto di vista, almeno letteralmente, la punizione di chi compie atti sessuali con una persona che non vi partecipa volontariamente non corrisponda alla punizione di chi compie atti sessuali senza il consenso.

Siccome, però – sebbene si tratti di diritto penale –, conta più l'interpretazione giurisprudenziale della norma che la sua lettera, bisogna segnalare che, appunto in Svezia, a sette anni dalla novella (come risulta dall'apposito rapporto 2025 del Bra, cioè del Consiglio nazionale svedese per la prevenzione della criminalità⁷¹), si scopre che, in riferimento al reato di stupro, con la nuova normativa:

⁷¹ Cfr. BRA, *Application and consequences of the consent law Renewed follow-up of the 2018 amendments to Swedish rape legislation, English translation of report*, 2025, 14, 16, 86.

- due condanne su tre riguardano persone che erano andate a letto assieme volontariamente;
- il tasso di condanna in caso di processo di stupro è altissimo, ovvero sia il 77%, nonostante spesso l'unica prova d'accusa sia la parola della persona offesa;
- e che tale tasso altissimo sia divenuto, sempre a seguito della riforma, identico tra i casi in cui i soggetti coinvolti non erano mai stati intimi e quelli relativi a persone che si trovavano all'interno di una relazione in cui avevano avuto precedenti rapporti sessuali consensuali.

Al proposito, tuttavia – nonostante sia ovviamente possibile, tanto che vi siano episodi di violenza tra persone che in precedenza avevano consumato rapporti sessuali consensuali, quanto che, magari a seguito di un ripensamento, avvenga uno stupro pure tra due persone che, pure nella specifica circostanza, erano andate a letto assieme volontariamente –, bisogna osservare che il dato statistico in base al quale questo tipo di stupri rappresenta la maggioranza assoluta, la regola, e non la minoranza, l'eccezione, risulta quantomeno indicativo di una costante interpretazione giurisprudenziale, in virtù della quale è appunto sull'imputato che, come pronosticato dal GREVIO, cade l'onere di provare la presenza del consenso della persona offesa.

Imputato che, infatti, viene quasi sempre condannato, proprio perché, per essere assolto, contro la mera parola della persona offesa, non basta provare che quest'ultima aveva avuto rapporti sessuali consensuali con lui in passato, e che, anche nella specifica circostanza, era andata a letto con lui volontariamente, così trasformandosi la prova del consenso in una sorta di *probatio diabolica*.

Ma, anche a prescindere dalle questioni giuridiche, da un punto di vista sociale, si ritiene che il consolidarsi di una simile giurisprudenza, quando la popolazione svedese se ne renderà conto e diventerà un dato di conoscenza comune tra consociati, correrà il rischio di comportare un grave deterioramento del fisiologico rapporto tra i sessi, in relazione all'attività sessuale, e magari, per estensione, *tout court*, con notevole diffidenza reciproca conseguente.

Al proposito, però, non si può fare a meno di ricordare come la compressione dell'istinto sessuale, e l'alienazione tra l'uomo e la donna mediante lo

strumento della reciproca diffidenza, fosse la prima caratteristica della società del controllo totalitario immaginata, nel suo capolavoro, *1984*, da George Orwell:

«Il Partito stava tentando di distruggere l'istinto sessuale, o, se non lo si poteva distruggere, almeno di distorcerlo e renderlo osceno. Lui non sapeva perché le cose stessero così, ma sembrava naturale che lo fossero. E finché erano coinvolte le donne, gli sforzi del Partito risultavano avere largamente successo».

Lo stesso protagonista del romanzo, del resto, almeno inizialmente, quando incontrava quella che, poi, sarebbe diventata il grande amore della sua vita, provava sentimenti decisamente negativi:

«Una sottile fascia scarlatta, emblema della Lega Giovanile Antisesso, era avvolta a più giri intorno alla vita della sua tuta da lavoro...A Winston non era piaciuta sin dal primo momento che l'aveva vista...Quasi tutte le donne non gli piacevano, specialmente quelle giovani e belle...Ma questa ragazza in particolare gli dava l'impressione di essere più pericolosa delle altre. Una volta, mentre attraversavano il corridoio, gli diede una rapida occhiata obliqua che sembrò penetrarlo dritto dentro e che per un attimo lo riempì di terrore nero. Gli era anche passato per la mente che potesse essere un agente della Psicopolizia»⁷².

Ebbene, a prescindere dai riferimenti letterari, si deve significare che l'auspicata (almeno dal GREVIO, a cui se non altro bisogna riconoscere il merito della franchezza) inversione dell'onere della prova, conseguente all'introduzione di fattispecie incriminatrici a tutela della libertà sessuale basate sulla formula «senza il consenso», colliderebbe con la presunzione di non colpevolezza prevista, al nostro livello interno, dalla Costituzione italiana, nonché, a quello sovranazionale, dalla stessa Convenzione EDU che, per altro, nella gerarchia delle fonti convenzionali del Consiglio d'Europa, è certamente al primo posto: per cui, la questione di legittimità costituzionale potrebbe porsi, sia direttamente che anche per la violazione dell'art. 117 Cost., più nel caso di utilizzo dell'espressione «senza il consenso», che in quello di suo mancato utilizzo, appunto *ex art. 117 Cost.*, per violazione della Conven-

⁷² Cfr. ORWELL, *1984* (trad. it.), Trento, 2024, 62 e 11.

zione di Istanbul⁷³, rispetto alla quale, infatti, devono comunque ritenersi prevalenti tanto la nostra Costituzione quanto la Convenzione EDU

Questo, tuttavia, non perché una simile inversione sostanziale non sia mai possibile, ma in quanto il normale rapporto regola-eccezione (e la regola, a livello sostanziale, prima ancora che processuale, penale, è che la prova sia a carico dell'accusa: anche nel processo civile, del resto, l'onere della prova dei fatti alla base del diritto che si vuole far valere in giudizio è a carico della parte attrice e non di quella convenuta), può essere invertito solo in casi a loro volta eccezionali: come sempre avviene, ad es., nel diritto penale, per quanto riguarda le scriminanti (o, nel diritto e nel processo civile, *ex art. 2697 cc*, in relazione all'onere della prova dei fatti su cui si fonda l'eventuale eccezione al diritto fatto valere, che è posta a carico del convenuto). L'omicidio punibile, infatti, è la regola, mentre, anche da un punto di vista numerico, statistico, l'omicidio non punibile perché, ad es., commesso per legittima difesa, è l'eccezione; conseguentemente, è normale che ricada sulla difesa l'onere della prova (c.d. onere di allegazione) dei requisiti, seguendo l'esempio, della legittima difesa.

Anche oltre la previsione delle scriminanti, del resto, le rispettive Alte Corti, come già riferito, insegnano entrambe che simili inversioni di diritto sostanziale non sono sempre vietate, ma sono possibili quando si è di fronte a fatti normalmente offensivi, nel senso di lesivi o anche solo pericolosi, che eccezionalmente possono non esserlo, perché è presente un giustificato motivo (ad es., per il porto di armi improprie fuori della propria abitazione, *etc.*) o, appunto, il consenso della persona offesa, e questo non solo, in generale, a seguito della possibilità di applicare l'art. 50 c.p. – qualora si sia in presenza di lesioni a beni disponibili –, ma pure con riferimento a specifiche fattispecie incriminatrici in cui è prevista la clausola «senza il consenso», come avviene, ad es., nei già citati delitti di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti destinati a rimanere privati (in cui, tuttavia, non nel caso di sottrazione, ma in quello di iniziale realizzazione consensuale del materiale, l'effetto di inversione dell'onere della prova non si produce, soprattutto per

⁷³ Per tale prospettiva, però, si veda MANNA, *Note critiche al d.d.l. sul delitto di violenza sessuale: in particolare, consenso o dissenso?*, In *Ind. pen. online*, 17 marzo 2026, 12.

quanto riguarda il dolo), o di interruzione di gravidanza - essendo quest'ultimo un processo fisiologico e non patologico -, *etc.*

Questo, però, non è certo il caso dei rapporti sessuali, che infatti sono normalmente, nella stragrande maggioranza dei casi, dei fatti leciti e inoffensivi, e solo eccezionalmente non lo sono, proprio e solo perché manca il consenso: tutto il disvalore di tali fattispecie, d'altronde, si concentra solo in quello, cioè nella mancanza del consenso, mentre la prova del rapporto sessuale è, in sé, la prova di un fatto inoffensivo, per cui non è possibile che la prova dell'unico elemento pregno di disvalore dell'intera fattispecie, ovverosia la prova del dissenso, che accede a un fatto in sé neutro e inoffensivo, non sia posta a carico dell'accusa, senza che ciò non costituisca una macroscopica violazione della presunzione di non colpevolezza e, ancora più alla base, una violazione del principio di ragionevolezza. Tale inversione, infatti, ribalta completamente la reale proporzione (anche numerica) regola-eccezione esistente, nella realtà oggettiva, tra i rapporti sessuali leciti e le violenze sessuali, quasi che quest'ultime siano la normalità dei rapporti sessuali e i primi le eccezioni; mentre, ovviamente, di fatto è vero il contrario.

Inoltre, visto che - come accennato - la prova dell'avvenuto rapporto sessuale è, in sé, la prova di un fatto da cui non scaturisce nessun effetto giuridico negativo, volendo fare un paragone col diritto e processo civile, è come se si chiedesse al convenuto di provare i fatti su cui si basa l'eccezione al diritto, senza che prima l'attore abbia provato i fatti a fondamento del diritto che si vuole far valere, ma solo dei fatti da cui, in sé, non scaturisce alcun diritto; mentre, ovviamente, se l'attore non prova il suo diritto, il convenuto può rimanere inerte, senza alcun bisogno di dover provare la ricorrenza dell'eccezione al diritto stesso.

Mutatis mutandis, del resto, da un punto di vista del diritto sostanziale e della razionalità delle norme incriminatrici (prim'ancora che da quello della presunzione di non colpevolezza), sarebbe come se il legislatore penale, in Italia e negli altri Stati democratici, invece che punire coloro che si associano «allo scopo di commettere più delitti», punisse coloro che si associano «senza perseguire uno scopo non delittuoso», con inversione conseguente dell'onere della prova.

Quasi che il fatto di associarsi fosse in sé normalmente lesivo o, comunque, pericoloso (ma può essere considerato tale solo nella logica di uno Stato totalitario); mentre, ovviamente – nonostante esistano, purtroppo, numerose associazioni per delinquere –, la stragrande maggioranza delle associazioni esistenti non persegue fini delittuosi. L'intero disvalore del delitto di cui all'art. 416 c.p., d'altronde, non risiede certamente nel fatto di associarsi, ma proprio e solo nello scopo delittuoso, che quindi, essendo un elemento che accede ad un fatto in sé neutro, e in cui si esaurisce tutto il disvalore del reato, non può essere posto, a livello probatorio, a carico della difesa, dal punto di vista della sua mancanza. Ovviamente, poi, per la difesa, il provare – indirettamente, perché direttamente non è possibile provare il “senza”, cioè la mancanza di qualcosa – il perseguimento di uno scopo non delittuoso, sarebbe affatto meno complicato del provare la presenza del consenso, e la sua permanenza, durante l'intero rapporto sessuale, ma ciò non toglie che, a livello di razionalità della norma, sarebbe altrettanto inaccettabile.

La semplice verità è che in questo, come in tutti gli altri campi, bisogna saper trovare un equilibrio tra sicurezza, cioè tutela dei beni, e libertà individuali: l'iper-tutela di un bene, per quanto fondamentale, implicando inevitabilmente un sacrificio inaccettabile delle libertà individuali.

Si apprezzi, inoltre, che il prevedere, appunto con una logica illiberale, un'inversione dell'onere della prova rispetto all'unico elemento pregno di disvalore di una fattispecie incriminatrice, proprio e solo con riferimento a quella fattispecie incriminatrice, ovverosia la violenza sessuale, che, per ragioni fattuali, fisiche e biologiche, su cui non è necessario insistere e, comunque, in base all'*id quod plerumque accidit*, di fatto vede come soggetto attivo, nella stragrande maggioranza dei casi, un uomo, e quasi mai una donna, rappresenterebbe una palese forma di violazione, in relazione al sesso, del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., oppure, se si preferisce, di quello di non discriminazione sessuale, ex art. 14 CEDU. E si badi che il principio di uguaglianza, facendo parte dei principi fondamentali, non può essere revocato in dubbio, non solo dalla Convenzione di Istanbul, ma neppure da una legge di modifica della Costituzione o da altra legge costituzionale che, infatti, come insegna la Corte costituzionale, risulterebbero a loro volte costituzionalmente

illegittime⁷⁴.

Al netto delle migliori intenzioni dei proponenti, quindi – sulle quali, beninteso, non si nutre il minimo dubbio: nel senso che si è certi che i fautori, almeno in sede dottrinale, della formula «senza il consenso», non perseguono una finalità di inversione di onere della prova –, e delle sacrosante esigenze, da un lato, di tutela di un bene così importante e sensibile quale la libertà sessuale, e, dall'altro, di punizione di un crimine tanto vigliacco quanto odioso come la violenza sessuale, si deve chiarire che, accettando la formula «senza il consenso» nei reati a tutela della libertà sessuale, intenzionalmente o meno – è quello, infatti, il vero senso di tale formula –, si sta prevedendo, già a livello di lettera della norma, e senza alcun bisogno di torsioni giurisprudenziali, per altro già attualmente in agguato, un'inversione dell'onere della prova dell'unico elemento di disvalore del fatto e, quindi, dell'intero disvalore del fatto stesso.

Allora, però, per questa via si correrebbe il rischio di inoculare, all'interno di un ordinamento per altro verso democratico ed egualitario – appunto già a livello di previsione legislativa, in un settore in cui la deriva giurisprudenziale risulta affatto avanzata – un'ipotesi singola, ma particolarmente subdola, proprio perché non immediatamente manifesta, nonché ammantata dei più elevati propositi morali e sociali, di norma incriminatrice non solo, in generale, illiberale, ma anche, in particolare, discriminatoria in base al sesso.

La formula «senza il consenso», quindi – all'interno delle norme incriminatrici a tutela della libertà sessuale –, al limite può avere una sua utilità e legittimità, appunto senza necessariamente scadere in una inversione dell'onere della prova, in quei sistemi, come quello spagnolo pre-riforma (in cui, come si è chiarito, era già presente), nei quali era contemplata esclusivamente la violenza sessuale per costrizione, per cui il binomio «mediante costrizione o senza il consenso» diventava l'equivalente di quello «costringe o induce». Qualora, invece – come, mentre si scrive, nell'ordinamento italiano –, sia prevista la tipicità sia della costrizione che dell'induzione, intesa non solo e non tanto come induzione in errore, come nelle controverse ipotesi di “truffa sessuale”, ma quale forma più blanda di pressione sulla libertà di auto-determinazione,

⁷⁴ Cfr. Corte cost., 29 dicembre 1988, n. 1146.

l'introduzione della formula «senza il consenso», invece di quella «contro la volontà», può assumere solo il significato – lo si ribadisce: espressamente auspicato dal GREVIO, ma inaccettabile – di un'inversione dell'onere della prova, relativo all'unico elemento di fattispecie in cui si concreta l'intero disvalore del fatto.

Conseguentemente, abbandonata l'idea di ricorrere alla clausola «senza il consenso», perché la non discriminazione sessuale (nel senso già chiarito), la ragionevolezza e la presunzione di non colpevolezza, a livello sia costituzionale che di Convenzioni del Consiglio d'Europa (CEDU), gerarchicamente, vengono prima della previsione di cui all'art. 36 della Convenzione di Istanbul, che, a sua volta, alla luce della Costituzione e della CEDU dev'essere interpretata (e lo stesso vale per la risoluzione del Parlamento europeo in argomento, del 26 aprile 2026⁷⁵), resta solo da chiarire se sia preferibile costruire la fattispecie incriminatrice in ambito sessuale (meglio: le fattispecie incriminatrici, l'una relativa ai rapporti penetrativi, l'altra agli atti sessuali diversi):

- utilizzando la coppia costringe o induce, caratteristica, ad es., della concussione (*pre*-riforma del 2012, ma anche *post*, con lo spaccettamento in due fattispecie distinte diretto solo alla punizione pure dell'indotto), della tratta di persone (se pur a livello di dolo specifico, «al fine di indurle o costringerle» a prostituirsi, a compiere attività illecite, *etc.*) o, appunto, dell'art. 609*bis* c.p. nella sua originaria formulazione;

- oppure ricorrendo alla formula «contro la volontà» caratteristica, in Italia, della violazione di domicilio o, ad es., in Germania, proprio della prima delle ipotesi di violenza sessuale, di cui al § 177 dello *StGB*⁷⁶, nella sua più recente

⁷⁵ In tale risoluzione si «invita la Commissione a proporre, senza indugio, una legislazione che stabilisca una definizione di stupro a livello dell'UE, basata sul requisito del consenso libero, informato e revocabile, conformemente all'articolo 36 della Convenzione di Istanbul».

⁷⁶ § 177 Violenza sessuale; coercizione sessuale; stupro

(1) Chiunque, contro la volontà chiaramente espressa di un'altra persona, compie o fa compiere atti sessuali su tale persona o induce tale persona a compiere o tollerare atti sessuali su o da parte di terzi è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni.

(2) Allo stesso modo, chiunque compie o fa compiere atti sessuali su un'altra persona o induce tale persona a compiere o tollerare atti sessuali su o da parte di terzi sarà punito se

1. l'autore del reato sfrutta il fatto che la persona non è in grado di formare o esprimere una volontà contraria,

2. l'autore del reato sfrutta il fatto che la persona è significativamente limitata nella formazione o nell'espressione della propria volontà a causa della sua condizione fisica o mentale, a meno che non abbia

ottenuto il consenso di tale persona,

3. l'autore del reato approfitta di un momento di sorpresa,

4. l'autore del reato sfrutta una situazione in cui la vittima si trova ad affrontare una grave minaccia se oppone resistenza, oppure

5. L'autore del reato ha costretto la persona a compiere o tollerare l'atto sessuale minacciandola di gravi danni.

(3) omissis

(4) omissis

(5) omissis

(6) Nei casi particolarmente gravi, verrà inflitta una pena detentiva non inferiore a due anni. Un caso particolarmente grave si considera generalmente esistente se

1. l'autore del reato si impegna o fa impegnare la vittima in rapporti sessuali, o compie o fa compiere alla vittima atti sessuali simili che sono particolarmente degradanti, specialmente se comportano la penetrazione del corpo (stupro), o

2. L'atto è commesso congiuntamente da più persone.

(9) Nei casi meno gravi di cui ai paragrafi 1 e 2, la pena è la reclusione da tre mesi a tre anni; nei casi meno gravi di cui ai paragrafi 4 e 5, la pena è la reclusione da sei mesi a dieci anni; nei casi meno gravi di cui ai paragrafi 7 e 8, la pena è la reclusione da un anno a dieci anni.

§ 177 Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung

(1) Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer anderen Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wenn

1. der Täter ausnutzt, dass die Person nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern,

2. der Täter ausnutzt, dass die Person auf Grund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist, es sei denn, er hat sich der Zustimmung dieser Person versichert,

3. der Täter ein Überraschungsmoment ausnutzt,

4. der Täter eine Lage ausnutzt, in der dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht, oder

5. der Täter die Person zur Vornahme oder Duldung der sexuellen Handlung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel genötigt hat.

(3) Omissis.

(4) Omissis.

(5) Omissis.

(6) In besonders schweren Fällen ist auf Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren zu erkennen. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder vollziehen lässt oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt oder von ihm vornehmen lässt, die dieses besonders erniedrigen, insbesondere wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung), oder

2. die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird.

(7) Omissis.

(8) Omissis.

(9) In minder schweren Fällen der Absätze 1 und 2 ist auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu drei Jahren, in minder schweren Fällen der Absätze 4 und 5 ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen der Absätze 7 und 8 ist auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren zu erkennen.

formulazione.

In ambito sessuale, effettivamente, per una massima completezza della tutela, sarebbe preferibile utilizzare, in sinergia, tutt'e due le formule. È chiaro, infatti, che il senso di entrambe è quello di porre l'onere della prova del dissenso sull'accusa, solo che:

- la formula "costringe o induce" si applica meglio, soprattutto con riferimento ai casi di costrizione mediante minaccia, alle ipotesi in cui la vittima collabora attivamente con l'autore del reato (come avviene, appunto, nella concussione), eventualmente avendo rapporti sessuali con terzi;

- mentre quella "contro la volontà" - che, soprattutto se si prevede espressamente la tipicità della contrarietà alla volontà anche solo presumibile, è quella che consente di far proprio il riferimento al consenso di cui all'art. 36 della Convenzione di Istanbul, senza prevedere, però, un'inversione dell'onere della prova, e dando di predetta Convenzione un'interpretazione sia costituzionalmente che convenzionalmente (CEDU) orientata -, si attaglia meglio alle ipotesi in cui il reato può realizzarsi senza alcuna collaborazione attiva (o, addirittura, senza alcuna consapevolezza) da parte della vittima.

Così come, del resto, può avvenire nella violazione di domicilio, quando il titolare sia assente o addormentato, *etc.*: reato, quest'ultimo, che è utile richiamare pure per chiarire la necessità, ai fini dell'integrazione del reato stesso, di una contrarietà solo espressa - prevista nel secondo comma dell'art. 614 c.p.: si trattiene contro l'espressa volontà -, e non anche tacita o, perfino, presumibile, nel caso in cui l'avente diritto aveva inizialmente prestato il consenso all'accesso all'abitazione.

È chiaro, tuttavia, che in ambito sessuale si può essere di fronte ad entrambi i casi:

- quello di vittime collaborative, perché costrette con minaccia o indotte mediante abuso, ad avere rapporti sessuali con l'autore del reato, con un terzo o con sé stesse (atti di autoerotismo);

- quello di vittime non collaborative, che subiscono il fatto passivamente, in quanto costrette con violenza, oppure, anche al di fuori del caso di costrizione mediante violenza, perché addormentate, prive di sensi, colte di sorpresa da atti repentini, paralizzate dalla paura, incapaci di reagire, *etc.*, tutti casi in

cui il soggetto attivo agisce, senza violenza o minaccia, ma contro la volontà espressa, tacita o, comunque, presumibile della persona offesa.

In occasione della riformulazione dei delitti a tutela della libertà sessuale, inoltre, bisognerebbe:

1) innanzitutto, superare la maggiore criticità dell'attuale formulazione, costituita dal ricorso all'attenuante di cui al terzo comma di cui all'art. 609 *bis* c.p., invece dell'utilizzo della normale - e più frequente pure a livello comparato - divisione tra atti sessuali penetrativi (rapporti sessuali vaginali, orali e anali) o meno (baci, palpeggiamenti, *etc.*), cioè dell'utilizzo della normale distinzione tra stupro e molestie sessuali, specificando, però, che gli atti non penetrativi devono essere connotati sessualmente da un punto di vista oggettivo, senza la possibilità di riferirsi, come fa la giurisprudenza - per poter qualificare come sessuali atti che oggettivamente non lo sono -, alle intenzioni del soggetto agente;

2) espungere le ipotesi di induzione in errore sulla persona, le c.d. truffe sessuali, che potrebbero trovare una migliore collocazione come ipotesi particolarmente gravi di sostituzione di persona, anche con la previsione di una fattispecie incriminatrice autonoma, ma, come già chiarito, di sostituzione di persona da intendersi in senso stretto, come usurpazione di identità altrui, e non lato, quale attribuzione a sé stessi di qualità o *status* non posseduti;

3) chiarire meglio, duplicando la prospettiva dell'oggetto dell'abuso, che l'induzione, nel senso di una pressione sulla libertà di autodeterminazione del soggetto minore rispetto alla costrizione, non è possibile solo nei confronti di soggetti deboli in sé - e, per altro, solo a livello fisico o psichico: mentre una persona può essere debole anche perché, ad es., in condizione di estremo bisogno economico o di inferiorità numerica oppure in una situazione di tempo e/o di luogo in cui è priva di un'agevole via per la fuga o di un modo per chiedere aiuto -, ma anche nei riguardi di persone prive di alcun *deficit*, in relazione alle quali, tuttavia, per qualsivoglia ragione, l'autore del reato venga a trovarsi in una situazione di superiorità - ad es., l'esaminatore nei confronti di un soggetto che deve sostenere un esame -, di cui appunto abusa. In questo modo, la tutela sarebbe completa, senza correre, però, alcun rischio, almeno a livello di lettera della norma, di autorizzare un'interpretazione della

stessa come indicativa di un'inversione dell'onere della prova dell'unico elemento di fattispecie su cui si concentra il disvalore del fatto,

Stupro

Chiunque inizia il compimento di atti sessuali penetrativi con una persona, contro la sua volontà espressa, tacita o presumibile, è punito....

Chiunque continua il compimento di atti sessuali penetrativi, inizialmente consensuali, con una persona, contro la sua successiva volontà espressa, è punito...

Chiunque, con violenza o minaccia, costringe o, abusando di una sua condizione di superiorità o di un'altrui condizione di inferiorità, induce una persona a iniziare o continuare il compimento di atti sessuali penetrativi con sé, con sé stessa o con altri, è punito....

Molestie sessuali

Chiunque inizia il compimento di atti oggettivamente sessuali, diversi da quelli penetrativi, con una persona, contro la sua volontà espressa, tacita o presumibile, è punito....

Chiunque continua il compimento di atti oggettivamente sessuali, diversi da quelli penetrativi, inizialmente consensuali, con una persona, contro la sua successiva volontà espressa, è punito...

Chiunque, con violenza o minaccia, costringe o, abusando di una sua condizione di superiorità o di un'altrui condizione di inferiorità, induce una persona a iniziare o continuare il compimento di atti oggettivamente sessuali, diversi da quelli penetrativi, con sé, con sé stessa o con altri, è punito....