

Dipartimento di
Giurisprudenza

Dottorato di Ricerca in Diritto e procedura penale, criminologia

Ciclo XXXII

**Violenza sessuale:
prassi applicative e prospettive di riforma
anche alla luce dell'esperienza statunitense**

Francesca Torlasco

Matricola: 823042

Tutor: Claudia Pecorella

Coordinatore: Maurizio Arcari

A.A. 2018 / 2019

INDICE SOMMARIO

	<i>pag.</i>
INDICE SOMMARIO.....	I
INTRODUZIONE	1

PARTE I

LA DISCIPLINA DEL REATO DI VIOLENZA SESSUALE NELL'ORDINAMENTO PENALE ITALIANO

CAPITOLO I

IL REATO DI CUI ALL'ART. 609 BIS C.P. VENTIDUE ANNI DOPO LA RIFORMA

1. Inquadramento e stato dell'arte	9
2. Le esigenze sottese all'introduzione della legge 66 del 1996 e la nuova collocazione sistematica del reato di violenza sessuale.....	12
3. L' <i>unicum</i> della violenza sessuale ex art. 609 bis c.p.....	17
4. I "casi di minore gravità" di cui al terzo comma dell'art. 609 bis c.p.....	32
5. La punibilità degli atti sessuali non consensuali commessi nei luoghi di lavoro.....	39
6. La spiritualizzazione della violenza sessuale per costrizione.....	45
7. Il tentativo di violenza sessuale.....	61
8. Problematiche recenti in materia di circostanze aggravanti.....	63
8.1 La neo - introdotta aggravante comune di cui all'art. 61 numero 11 quinquies c.p.....	64
8.2 Il discusso ambito applicativo dell'aggravante speciale prevista dal n. 2 dell'art. 609 ter comma 1 c.p.....	69
9. La violenza sessuale di gruppo: problemi applicativi.....	75

CAPITOLO II

IL REATO DI VIOLENZA SESSUALE NELLA GIURISPRUDENZA DI MERITO DEL TRIBUNALE DI MILANO

1. Considerazioni introduttive.....	81
2. L'esito dei procedimenti.....	85
3. L'identikit dell'autore e della vittima del reato.....	88
3.1 Il genere.....	88
3.2 La nazionalità.....	90
3.3 L'età al momento del fatto.....	91
3.4 La relazione intercorrente tra autore e vittima al momento del fatto.....	93
4. Il concorso con altri reati.....	94
5. Il tentativo di violenza sessuale.....	97
6. I casi di minore gravità.....	101
7. Le modalità della condotta penalmente rilevante.....	102

PARTE II

IL SISTEMA STATUNITENSE. FOCUS SULLA DISCIPLINA DELLO STATO DELLA CALIFORNIA IN MATERIA DI REATI SESSUALI

PREMESSA.....	105
---------------	-----

CAPITOLO I

I REATI SESSUALI NELL'ORDINAMENTO STATUNITENSE

1. La diffusione del fenomeno.....	109
2. L'individuazione del cuore del problema attraverso l'approccio casistico..	111
2.1 <i>Commonwealth of Pennsylvania v. Berkowitz</i> (1994).....	112
2.2 <i>State in the interest of M.T.S. – Supreme Court of New Jersey</i> (1992)..	113
2.3 <i>In re John Z. – Supreme Court of California</i> (2003).....	116
3. Il tentativo di uniformazione legislativa.....	120
3.1 Il modello offerto dal <i>Model Penal Code</i>	121

CAPITOLO II

LA DISCIPLINA DEI REATI SESSUALI NEL CODICE PENALE DELLO STATO DELLA CALIFORNIA

1. Brevi considerazioni introduttive.....	131
2. La bipartizione tra stupro e crimini sessuali minori.....	134
2.1 L'oggetto dell'incriminazione.....	134
2.2 Il ruolo della mancanza del consenso della persona offesa nelle diverse fattispecie.....	135
2.3 Le modalità della condotta penalmente rilevante.....	138
2.4 La rilevanza delle condizioni soggettive della vittima.....	142
2.5 Il coefficiente psicologico in capo all'autore del reato.....	144
2.6 Trattamento sanzionatorio. Unità e pluralità di reati.....	145
3. La tutela offerta dalle singole fattispecie incriminatrici.....	147
3.1 I reati di “ <i>rape of spouse</i> ” e “ <i>rape of non spouse</i> ”.....	147
3.2 I reati sessuali minori.....	149
3.3 Il reato di “ <i>sexual battery</i> ”.....	150

CAPITOLO III

LE VIOLENZE SESSUALI NEI CAMPUS UNIVERSITARI

1. La rilevanza del fenomeno.....	155
1.1 Lo studio del C.S.A.....	155
1.2 <i>Special Report of U.S. Department of Justice</i>	157
2. La legislazione di contrasto al fenomeno delle violenze sessuali nei Campus universitari.....	158
2.1 Il <i>Title IX of the Education Amendments</i> (1972).....	158
2.2 Il <i>Clery Act</i> (1990).....	167
2.3 La legislazione dello Stato della California: il nuovo <i>standard</i> del c.d. <i>affirmative consent</i>	170
3. Dai campus universitari ai luoghi di lavoro: il fenomeno del <i>sexual harassment</i> <i>at work</i>	180

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE E PROSPETTIVE

DE IURE CONDENDO

1. Premessa.....	193
2. Una nuova collocazione sistematica delle fattispecie incriminatrici.....	194
3. Un nuovo spaccettamento delle fattispecie: stupro, abuso sessuale, molestie.....	195
4. L'ipotizzabilità di una fattispecie autonoma che incrimini gli atti di esibizionismo o autoerotismo compiuti al cospetto della persona offesa.....	200
5. La centralità del dissenso della persona offesa.....	201
 BIBLIOGRAFIA.....	 211

INTRODUZIONE

A ventuno anni dalla riforma che ha riguardato i delitti contro la libertà sessuale è opportuno chiedersi se la normativa vigente, sostanzialmente da allora rimasta immutata, sia tuttora (e se lo sia mai stata) efficace a contrastare il fenomeno della violenza sessuale nelle sue forme di manifestazione.

A fronte di numerosi indirizzi dottrinali e giurisprudenziali succedutisi in materia dall'inizio degli anni '90 ad oggi, non si è tuttavia ancora realizzato un significativo intervento riformistico sul piano normativo.

Seppur si avverta la necessità di un mutamento in materia (ne è espressione anche l'approvazione della recente legge 69 del 2019), tuttavia non si è ancora posto mente ad una rivisitazione complessiva della disciplina.

La legge n. 69 del 19 luglio 2019 (pubblicata sulla G.U. del 25 luglio 2019), nota come "Codice Rosso", infatti, pur contenendo rilevanti modifiche in tema di reati contro la persona, sia sotto il profilo sostanziale che processuale, non impatta sulla struttura base del reato di violenza sessuale.

Le più rilevanti novità della novella ineriscono all'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici¹ e non tanto alla rivisitazione di quelle preesistenti, se non limitatamente ad un inasprimento del trattamento sanzionatorio e ad un ampliamento del termine utile per sporgere querela dai sei mesi precedenti ai nuovi dodici mesi (art. 609 septies c.p.).

In relazione all'art. 609 bis c.p. il primo comma dell'art 13 della legge in parola riscrive la cornice edittale della fattispecie, innalzando la pena minima da cinque a sei anni e quella massima da dieci a dodici anni.

¹ In particolare il provvedimento introduce nel codice penale quattro nuovi delitti: il delitto di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso (nuovo art. 583 quinquies c.p.), punito con la reclusione da 8 a 14 anni; il delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti senza il consenso delle persone rappresentate (c.d. *Revenge porn*, inserito all'art. 612 ter c.p. dopo il delitto di stalking), punito con la reclusione da 1 a 6 anni e la multa da 5.000 a 15.000 euro; il delitto di costrizione o induzione al matrimonio (art. 558 bis c.p.), punito con la reclusione da 1 a 5 anni; il delitto di violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 387 bis), punito con la reclusione da 6 mesi a 3 anni.

Importanti modifiche si registrano anche con riferimento alle aggravanti di cui all'art. 609 ter c.p., con la previsione dell'aumento di un terzo secco sulla pena base (rispetto alla precedente formulazione che prevedeva, mediante una circostanza aggravante indipendente, la pena della reclusione da sei a dodici anni), nonché con la riscrittura delle fattispecie di cui ai nn. 1) e 5) del primo comma dell'articolo in questione e di quella di cui al secondo comma. In particolare il trattamento sanzionatorio aggravato per il caso in cui il reato sia compiuto in danno di persona della quale il colpevole sia l'ascendere, il genitore, anche adottivo o il tutore (prima limitato alla circostanza in cui la vittima fosse minorenni) viene esteso, a prescindere dall'età della persona offesa, a tutti i casi in cui è integrato il reato di cui all'art. 609 bis c.p. (secondo la nuova formulazione dell'art. 609 ter comma 1 n. 1 c.p.). Correlativamente la circostanza di cui al numero 5) del medesimo articolo prevede ora un aumento di pena qualora il fatto sia compiuto in danno di soggetto minore degli anni diciotto, indipendentemente dal legame che intercorra tra quest'ultimo e il suo aggressore.

Il nuovo secondo comma della disposizione in questione prevede, poi, che “la pena stabilita dall'art. 609 bis è aumentata della metà se i fatti ivi previsti sono commessi nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni quattordici” (riproducendo la vecchia formulazione dell'art. 609 ter comma 1 n. 1 c.p.) ed, in relazione alla seconda parte della norma, l'aggravante del fatto commesso nei confronti di persona che non abbia compiuto gli anni dieci determina ora un raddoppio della pena (prima da individuare all'interno della cornice edittale “da sette a quattordici anni”).

Un inasprimento sanzionatorio si registra, inoltre, con riferimento alla fattispecie di atti sessuali con minorenni (art. 609 quater c.p.) ove, dopo il secondo comma, è stata inserita un'aggravante per il caso il cui “il compimento degli atti sessuali con il minore che non abbia compiuto gli anni quattordici avviene in cambio di denaro o di qualsiasi altra utilità, anche solo promessi”.

Del pari, anche la fattispecie di violenza sessuale di gruppo (art. 609 octies c.p.) contiene ora una nuova cornice edittale con pena “da otto a quattordici anni” (anziché “da sei a dodici”).

Si osserva come modifiche di tal genere riflettano l'intenzione del legislatore di perseguire l'obiettivo di una più efficace repressione del reato *de quo* unicamente

mediante la possibilità per il giudice di irrogare pene più severe. Resta, invece, immutata la struttura delle fattispecie incriminatrici nel loro complesso, ancora figlia della riforma operata dalla legge 66 del 1996.

A quest'ultima va il merito di aver realizzato una svolta epocale nella struttura del Codice Rocco, mutandone sostanzialmente il tessuto originario con riferimento alla sua parte speciale, e mostrandosi portatrice di una rivoluzione culturale e sociale riguardante la concezione della sessualità della donna.

Ad oggi, anche alla luce delle modifiche intervenute in ambito sovranazionale in materia, appare necessario operare un ripensamento del dettato codicistico.

Istanze di riforma dei reati sessuali sono state avanzate da anni nei maggiori ordinamenti europei, nonché in ambito internazionale.

La rilevanza di uno studio comparato si traduce nella possibilità, che il raffronto tra differenti sistemi giuridici offre, di individuare quali profili della normativa propria di altri ordinamenti siano maggiormente apprezzabili e quali, invece, più criticabili.

Il comune denominatore delle riforme succedutesi negli ordinamenti di *civil law* diversi dal nostro e nei principali sistemi di *common law* si rinviene nella necessità, ovunque avvertita, di costruire una nuova e più pregnante tutela contro i reati sessuali, condividendo principi ispiratori incentrati sull'importanza di valorizzare la libertà di autodeterminazione della persona nella sfera della propria sessualità e di costruire fattispecie di reato incentrate sul requisito della mancanza del consenso della vittima, anziché su quello della costrizione realizzata in danno della persona offesa.

Tale affermazione trova riscontro nell'analisi delle riforme occorse in materia di reati sessuali nei più importanti Stati europei.

In Francia, numerose proposte di legge si sono susseguite verso la fine degli anni '70, sino all'approvazione della legge 80-1041 del 23 dicembre 1980 che ha anticipato alcuni tratti fondamentali della legislazione attualmente in vigore. Sino ad allora era vigente il *Code Napoleon* del 1810, del tutto obsoleto e inadeguato alle nuove esigenze sociali: i reati sessuali erano inquadrati nella sezione intitolata alle offese al buon costume, all'interno del capitolo dedicato ai crimini e ai delitti contro le persone. Il nuovo codice del 1994 ha determinato importanti modifiche strutturali alla disciplina: i reati sessuali sono tuttora disciplinati, ad eccezione degli atti consensuali con minorenne e delle molestie, dalla sezione III (aggressioni sessuali) del capitolo II

(offese all'integrità fisica o psichica della persona) del titolo II (offese alla persona umana), collocato all'interno del libro II (crimini e delitti contro la persona). Sono stati, invece, mantenuti come requisiti di fattispecie quelli della violenza, della coercizione e della sorpresa, cui veniva aggiunta la minaccia. Tale ampliamento perseguiva l'obiettivo di ridurre al minimo i casi di interrelazioni sessuali non consensuali esclusi dalle maglie delle incriminazioni in esame. Tuttavia ancora non si approda alla costruzione di un sistema c.d. "consensualistico". Alle successive riforme intercorse tra il 1998 e il 2007, che pur non hanno apportato ulteriori modifiche agli elementi strutturali delle fattispecie, si deve l'introduzione del delitto di molestie sessuali (*harcèlement sexuel*) in una sezione separata. Ad oggi sono tre i tratti caratterizzanti la disciplina: due fattispecie principali consistenti nel delitto di stupro e di aggressione sessuale, un elevato rigore sanzionatorio e l'esistenza della fattispecie di molestie.

Il codice penale tedesco del 1871 collocava i reati sessuali nel titolo XIII tra i reati contro la morale pubblica, ove veniva incriminato ogni rapporto sessuale non consumato nella monogamica e istituzionalizzata comunione di vita tra un uomo e una donna e non contrassegnato da finalità riproduttiva. Sotto il profilo strutturale le due principali ipotesi incriminatrici erano la "violenza carnale" (par. 177.1 *RStGB*) e gli "atti lussuriosi" (par. 176 nr.1 *RStGB*). Quanto ai requisiti necessari per l'integrazione delle fattispecie, rilevavano unicamente le aggressioni sessuali perpetrate con violenza o minaccia grave. Con la legge n. 4 del 1973 si è convertita l'intitolazione del Titolo XIII da "reati contro la morale pubblica" a "reati contro la libertà di autodeterminazione sessuale"; si è intervenuti sulle locuzioni deputate a individuare le interrelazioni sessuali penalmente rilevanti, con il mutamento della denominazione da "atti lussuriosi" ad "atti sessuali" e da "violenza carnale" a "stupro". Sono rimaste, tuttavia, immutate la necessità dei mezzi costringenti della violenza e della minaccia grave, la non punibilità delle aggressioni sessuali tra coniugi e la limitazione dello stupro ai soli casi di penetrazione dell'organo maschile nella vagina. Successivi interventi di riforma sono intervenuti con le leggi n. 3 del 1997, n. 6 del 1998 e n. 35 del 2003, che hanno portato all'unificazione dei reati di "stupro" e "costrizione sessuale" nel nuovo par. 177 *StGB*, hanno esteso la portata applicativa dello stupro oltre i limiti della penetrazione dell'organo maschile nella vagina e hanno introdotto

una nuova modalità costrittiva, che andava ad aggiungersi alla violenza e alla minaccia grave, consistente nell'appropriarsi da parte del soggetto attivo di "una situazione nella quale la vittima si trova indifesa alla *mercè* dell'agente". Sui requisiti di fattispecie è peraltro recentemente intervenuta una modifica legislativa, secondo la quale non è più richiesta la prova di una costrizione, ma è sufficiente che vi sia il superamento del dissenso della vittima all'approccio sessuale ai fini della rilevanza penale. La novella ha, inoltre, introdotto anche la nuova fattispecie criminosa di molestie sessuali (legge n. 50 del 10 novembre 2016).

Anche dall'ordinamento portoghese possono trarsi alcune suggestioni. Nel codice del 1886, i delitti sessuali erano inseriti nel titolo III intitolato ai "crimini contro i valori e gli interessi della vita sociale". La riforma del 1982, cui si deve il nuovo codice, non ha, tuttavia, rinunciato a un'impostazione sistematica dei delitti in esame secondo un modello del tutto pubblicistico. Con il decreto legge n. 48 del 1995 si è riconosciuta l'autonoma rilevanza dei beni giuridici della libertà e dell'intangibilità sessuale e i delitti sessuali sono stati riformulati secondo un'ottica personalistica. Limitate sono state le modifiche apportate dalle leggi n. 65 del 1998 e n. 99 del 2001; all'opposto, di rilievo è stata la legge n. 59 del 2007 che ha fortemente innovato il capitolo V, mediante la riscrittura di gran parte delle ipotesi ivi contemplate. Esse, oggi, si presentano così suddivise: vi è una netta distinzione tra le condotte di aggressione sessuale diretta ("coazione sessuale" ex art. 163 e "stupro" ex art. 164) e le condotte di aggressione sessuale indiretta ("abuso sessuale di persona incapace di resistere o di persona internata" e "frode sessuale"). Al fine dell'integrazione dei reati sono comunque richiesti gli elementi della violenza e della minaccia grave.

In Spagna, il codice attualmente in vigore risale al 1995, come riformato dalla *Ley Organica* n. 11 del 30 aprile 1999. Prima del 1995 i delitti sessuali erano ricompresi tra i delitti contro l'onore sessuale, tuttavia già nel progetto del 1992 era stata proposta la costituzione di un titolo autonomo, il titolo VII, dedicato ai delitti contro la libertà sessuale, suddiviso in cinque capi, il primo dei quali relativo alle aggressioni sessuali violente. Per converso, la struttura della fattispecie rimaneva ancorata ai requisiti della violenza o minaccia, tuttora sussistenti. L'attuale titolo VIII, interamente dedicato ai delitti contro la libertà e l'identità sessuale, è ripartito in cinque capi rispettivamente dedicati alle aggressioni sessuali (artt. 178 - 180), agli abusi sessuali (artt. 181 - 183),

alle molestie sessuali (art. 184), ai delitti di esibizionismo e provocazione sessuale (artt. 185 - 186), nonché a quelli di prostituzione e di corruzione di minorenni (artt. 187 - 190).

Da ultimo, è importante richiamare il codice penale svedese del 1962, entrato in vigore nel 1965. Esso è stato il primo testo normativo, nel panorama mondiale, ad introdurre il reato di stupro all'interno del matrimonio. Da allora la disciplina sui reati sessuali è stata più volte modificata e ampliata: contenuta nel capitolo VI della parte II del codice penale, include le fattispecie di stupro (sezione I), di costrizione sessuale (sezione II), di sfruttamento sessuale (sezione III), sino a quella di molestie di cui alla sezione VII. Nel 2005 è intervenuta una riforma volta a rafforzare la tutela garantita al diritto all'integrità personale e sessuale e all'autodeterminazione sessuale, con un ampliamento del concetto di stupro a casi precedentemente non contemplati come tali. Recentemente, nel 2018, il legislatore ha nuovamente modificato la disciplina, intervenendo sul profilo dell'accertamento del dissenso all'atto sessuale da parte della persona offesa.

I tratti caratteristici degli interventi di riforma appena enunciati sono facilmente rintracciabili, potendosi riassumere in due linee essenziali: nel tentativo di ridisegnare le fattispecie incriminatrici poste a tutela della libertà sessuale in un'ottica di puntuale diversificazione delle condotte punibili; nonché nella maggior tutela apprestata nei confronti della persona offesa che si traduce, da un lato, in una differente collocazione sistematica del reato nell'impianto codicistico (valorizzando la lesione al bene giuridico della libertà sessuale), dall'altro in un minor rigore nell'accertamento della realizzazione della condotta di violenza sessuale con modalità costrittive, focalizzando, invece, l'attenzione sulla sussistenza del dissenso della persona offesa. Precursori di tali principi direttivi paiono essere, in realtà, gli ordinamenti di *common law*, piuttosto che quelli di *civil law*.

Spiccano, tra questi, l'ordinamento giuridico inglese, nonché quello statunitense.

Quanto al primo, la disciplina in materia di reati sessuali ha attraversato due fasi: in una prima, dagli albori del *common law* all'epoca vittoriana, vi era un dominio delle Corti britanniche nella tipizzazione delle fattispecie inerenti i reati sessuali; dall'epoca vittoriana fino al 1956 si è assistito invece ad un massiccio intervento della fonte statutaria parlamentare in materia rispettivamente con l'*Offences against the person*

act (1861), con il *Criminal law amendment act* (1885) e con il *Punishment of incest act* (1908). Dal 1956, anno di approvazione del *Sexual Offences Act*, al 2003 il c.d. *statutory law* si è posto come fonte primaria del diritto penale inglese in tema di reati sessuali.

Attualmente la disciplina dei reati sessuali è figlia del *Sexual Offences Act* del 2003, che consta di 143 articoli e 7 allegati. Evidente è la tipizzazione casistica della disciplina, fortemente frammentata. Quanto ai requisiti di fattispecie, già il *Sexual offences act* del 1976 prevedeva come presupposto fondamentale della violenza sessuale la mancanza del consenso, abbandonando la vecchia impostazione che richiedeva che la congiunzione carnale avvenisse “*contro la volontà della vittima*”.

La complessità del sistema giuridico statunitense è, invece, figlia dell'autonomia legislativa propria dei differenti Stati nell'ambito del diritto penale, salvo linee direttive comuni offerte dalla legislazione federale. Spinte riformistiche comuni ai diversi Stati si sono diffuse già dalla metà degli anni '60 e sono proseguite fino alla metà degli anni '70 del secolo scorso, anni in cui le rilevazioni statistiche relative al reato di violenza carnale hanno registrato picchi allarmanti tanto da far parlare di “*rape epidemic*”. Già si insisteva sulla necessità di abbandonare il requisito della *resistance* come elemento necessario per la sussistenza del reato e sull'opportunità di individuare parametri univoci da cui inferire il non consenso della vittima.

In tale ottica, di assoluto rilievo è la modifica introdotta dallo Stato della California, che ha emanato il 28 settembre 2014 una legge dal titolo “*Yes means Yes*” (*SB-967*) secondo cui è richiesto “*an affirmative consent standard in the determination of whether consent was given by both parties to sexual activity*”. Definita dalle testate giornalistiche come “la nuova legge anti-stupro”, è una misura approvata dal Parlamento di Sacramento per arginare la piaga delle violenze sessuali commesse nei campus universitari: il silenzio o la mancanza di resistenza da parte della vittima non sono sufficienti a integrare il consenso al rapporto sessuale. La svolta è arrivata all'esito di un susseguirsi di denunce, mobilitazioni nei campus e proteste. Già esistevano leggi federali in materia, che però si erano dimostrate insufficienti: il *Title IX*, contenuto all'interno degli *Education Amendments* del 1972, riferito alla discriminazione basata sul genere, nonché il *Clery Act*, approvato nel 1990 che richiede ai college di raccogliere informazioni su ogni atto di violenza commesso nei

campus. Nel 2013 sono stati inoltre approvati il *V.a.w. (Violence Against Women Act)* e il *Campus SaVE Act (Campus Sexual Violence Elimination Act)*. Nel gennaio 2014, infine, l'amministrazione Obama ha costituito la prima *Task Force* per proteggere gli studenti da aggressioni sessuali e in aprile (mese dichiarato "*Sexual Assault Awareness Month*" dal 2001), ha lanciato il sito *NotAlone.gov*, inteso a fornire agli studenti supporto e assistenza al fine di comprimere sensibilmente il numero di violenze sessuali commesse nei campus.

L'attenzione posta dall'ordinamento californiano sulla valorizzazione del requisito del dissenso della persona è di assoluto rilievo. Intorno a tale profilo si è articolato lo studio oggetto del presente lavoro.

L'analisi dell'esperienza transoceanica può offrire differenti spunti di riflessione in un'ottica di riforma del diritto interno in materia di violenza sessuale.

L'esigenza di una modifica delle norme dettate dal codice penale italiano in materia di violenza sessuale si ravvisa anche nella prassi della giurisprudenza di merito. Ciò è quanto si è riscontrato dalla conduzione di un'indagine empirica avente ad oggetto proprio i processi penali, con imputazione ex art. 609 bis c.p., definiti dal Tribunale di Milano nell'arco del triennio 2015 – 2017.

Lo studio della giurisprudenza permette, da un lato, di evidenziare come la necessità di mutamento normativo auspicata sul terreno del diritto positivo, e confermata dal confronto con l'ordinamento statunitense, trova spinta anche nell'opera degli interpreti che, da più parti, si spingono a letture evolutive del dato teorico che sappiano offrire, già di per sé, nuove prospettive applicative delle fattispecie incriminatrici dei reati sessuali; dall'altro di individuare quali siano i profili maggiormente critici della disciplina, che più si manifestano ove se ne analizzi l'applicazione concreta.

PARTE I
LA DISCIPLINA DEL REATO DI VIOLENZA SESSUALE
NELL'ORDINAMENTO PENALE ITALIANO

CAPITOLO I

IL REATO DI VIOLENZA SESSUALE VENTIDUE ANNI DOPO LA RIFORMA

SOMMARIO: 1. Inquadramento e stato dell'arte. - 2. Le esigenze sottese all'introduzione della legge 66 del 1996 e la nuova collocazione sistematica del reato di violenza sessuale. - 3. L'unicum della violenza sessuale ex art. 609 bis c.p. - 4. I "casi di minore gravità" di cui al terzo comma dell'art. 609 bis c.p. - 5. La punibilità degli atti sessuali non consensuali commessi nei luoghi di lavoro. - 6. La spiritualizzazione della violenza sessuale per costrizione. - 7. Il tentativo di violenza sessuale. - 8. Problematiche recenti in materia di circostanze aggravanti. - 8.1 La neo-introdotta aggravante comune di cui all'art. 61 n. 11 quinquies c.p. - 8.2 Il discusso ambito applicativo dell'aggravante speciale prevista dal n. 2 dell'art. 609 ter comma 1 c.p. - 9. La violenza sessuale di gruppo: problemi applicativi.

1. Inquadramento e stato dell'arte

All'interno dell'ordinamento penale italiano ampio spazio è riservato alla disciplina dei reati sessuali. Ad essi infatti sono dedicate le norme di cui agli artt. 609 bis c.p. e seguenti (sino all'art. 609 *duodecies* c.p., inserito con d.lgs. 30 del 2014), nonché le norme di cui agli artt. 600 bis c.p. e seguenti (sino all'art. 609 *septies*.2 c.p.). Tale complesso di disposizioni può esser classificato in due macrocategorie: quella dei c.d. reati sessuali *stricto sensu* e quella dei c.d. reati sessuali *lato sensu*.

Nella prima rientrano quelle fattispecie aventi ad oggetto la tutela specifica dell'autodeterminazione sessuale della persona e dell'intangibilità sessuale dei minorenni. Nello specifico esse sono identificabili nel reato di violenza sessuale di cui all'art. 609 bis c.p., corredato dalla previsione delle aggravanti speciali, in quello di violenza sessuale di gruppo di cui all'art. 609 *octies* c.p., nonché nelle fattispecie di cui agli artt. 609 *quater* e 609 *quinquies* c.p., rispettivamente dedicate a punire i reati di atti sessuali con minorenne e di corruzione di minorenne. Quanto alla categoria comprendente i c.d. reati sessuali *lato sensu*, essa ingloba tutte quelle previsioni incriminatrici che, pur incentrate su condotte incidenti sulla sfera sessuale dell'individuo, hanno in realtà come specifico oggetto di tutela beni giuridici differenti da quelli tutelati dalla sezione II del titolo XII del libro II del codice penale.

L'analisi che seguirà verterà intorno alla fattispecie di cui all'art. 609 *bis* c.p., con l'obiettivo di individuarne le criticità strutturali e applicative e di proporre soluzioni in un'ottica di riforma.

Nello specifico, verranno ridiscussi alcuni profili della disciplina, oggetto di dibattiti giurisprudenziali e dottrinali non ancora sopiti, e quindi tuttora forieri di divergenti interpretazioni. Tra questi, vi è il tema inerente alla collocazione sistematica, all'interno del codice penale, delle norme volte a reprimere le offese alla libertà sessuale. Come noto, prima dell'entrata in vigore della legge n. 66 del 1996, cui va il merito di aver significativamente innovato la disciplina dei reati sessuali nel nostro ordinamento, ponendosi in linea con le istanze riformistiche che da più parti venivano avanzate, essi erano disciplinati all'interno del titolo dedicato ai “delitti contro la moralità pubblica e il buon costume”. A seguito della riforma, con l'intento di evidenziare il disvalore che li connotava, ben distante dalla lesione di beni collettivi, quali quelli della morale pubblica e del buon costume, tali norme trovarono nuova collocazione all'interno del titolo dedicato ai “delitti contro la libertà personale”, e in particolare nella sezione dedicata ai “delitti contro la libertà personale” nel capo disciplinante i delitti contro la libertà individuale. Benché salutata con favore, ad oggi una tale soluzione sembra esser nuovamente messa in discussione da quanti ritengono che, in tal modo, sia frustrata la necessità di connotare tali reati per il disvalore che li caratterizza.

Un altro profilo cruciale della disciplina, che non ha ancora trovato convergenza di opinioni in dottrina e in giurisprudenza, è quello relativo all'opportunità di mantenere la fattispecie omnicomprensiva del reato di violenza sessuale di cui all'art. 609 *bis* c.p. ovvero di procedere alla realizzazione di un nuovo c.d. spacchettamento. Come noto, l'originaria cornice normativa separava le fattispecie delittuose della violenza carnale e degli atti di libidine violenti, successivamente attratte sotto l'*unicum* del reato di violenza sessuale.

I dubbi connessi ad un potenziale “ritorno al passato”, pur se con una differente tipizzazione delle condotte, originano dal fatto che all'unificazione legislativa si è pervenuti per superare un sistema che, nel richiedere l'accertamento delle effettive dinamiche di svolgimento del reato, finiva per sottoporre le persone offese ad un *revirement* di quanto subito.

D'altro canto, la necessità di dettare con maggior rigore i confini di applicabilità dell'art. 609 bis c.p., con la eventuale possibilità di invocare l'intervento legislativo in materia, al fine di delineare quali condotte siano effettivamente da punire a tale titolo, e quali, diversamente, non rientrino nel suo alveo di operatività, non sembra attualmente trascurabile. Un intervento legislativo in questa direzione consentirebbe, peraltro, di far maggiore chiarezza anche sull'effettivo ambito di applicazione dell'attenuante prevista per i casi di minore gravità di cui al comma 3 dell'art. 609 bis c.p.

Proseguendo con il tentativo di presentare quelle che si ritiene siano le criticità proprie della materia, e con l'ambizioso proposito di proporvi soluzione, l'indagine non potrà che soffermarsi sui problemi concettuali connessi alla locuzione "atti sessuali", nonché a quella "compiere o subire". Quanto alla prima, essa ha sostituito le previgenti nozioni di "congiunzione carnale" e "atti di libidine violenti", previste dagli abrogati articoli 519 e 521 c.p. che, sostanzialmente, differivano tra di loro in base all'avvenuta o meno penetrazione dell'organo genitale di uno dei soggetti nel corpo dell'altro. L'attuale nozione omnicomprensiva, se da un lato consente di racchiudere al suo interno un numero significativo di condotte penalisticamente rilevanti, dall'altra pone problemi in ordine a quella che deve essere la soglia minima oltre la quale l'atto possa considerarsi di natura sessuale. In relazione all'espressione "compiere o subire" atti sessuali, in dottrina si sono contrapposte differenti tesi interpretative con l'obiettivo di delinearne l'ambito applicativo. In questa sede è opportuno anticipare che l'orientamento affermatosi come maggioritario solleva, in realtà, alcune perplessità, richiedendo un contatto *corpore corpori* ai fini della consumazione del reato: la condotta dell'autore del reato deve cioè attingere inequivocabilmente ad una zona erogena del corpo della vittima. Una tale impostazione, come si dirà, rischia di determinare un vuoto di tutela, qualora il soggetto agente, anziché invadere la sfera sessuale della vittima, nella sua corporeità, ponga in essere atti di autoerotismo costringendo la vittima ad assistervi. Se da un lato, una tale circostanza potrebbe esser facilmente riconducibile al reato di violenza privata di cui all'art. 610 c.p., dall'altro lato vi è chi ritiene che una tale soluzione non valorizzerebbe il disvalore "sessuale" della costrizione.

Altro profilo di difficile tenuta, su cui la giurisprudenza recente continuamente si scontra, è quello attinente alla struttura dell'art. 609 bis c.p., con particolare riferimento alle modalità vincolate della condotta con cui il reato *de quo* deve essere posto in essere. Ciò di cui si ritiene debba prendersi atto, è, nello specifico, la non attualità dei requisiti di fattispecie previsti dal legislatore: violenza, minaccia e abuso di autorità. Infatti, dall'analisi della prassi giurisprudenziale quasi unanime, emerge come tali elementi non siano, in sostanza, più richiesti ai fini dell'integrazione del reato: si assiste, in altre parole, ad un fenomeno definito di “spiritualizzazione” (o anche “dematerializzazione” o “volatilizzazione”) del concetto di violenza.

È opportuno, inoltre, porre l'attenzione su due vicende giurisprudenziali, affrontate dalla Corte di Cassazione nell'ultimo biennio, che forniranno l'occasione per soffermarsi sull'ambito di applicabilità di due aggravanti di nuova introduzione al reato di violenza sessuale.

Da ultimo, verranno esaminate le questioni problematiche di maggior rilievo connesse al reato di violenza sessuale posto in essere in forma plurisoggettiva (ex art. 609 octies c.p.).

2. Le esigenze sottese all'introduzione della legge 66 del 1996 e la nuova collocazione sistematica del reato di violenza sessuale

La disciplina dei reati sessuali nel nostro ordinamento risale alla legge n. 66 del 15 febbraio 1996, la cui approvazione è arrivata all'esito di un tormentato iter legislativo durato all'incirca vent'anni².

Nel corso dei lavori preparatori si sono susseguite innumerevoli proposte: tra esse è opportuno ricordare la n. 2576 (onorevole Aminici), presentata il 23 maggio del 1995, la quale, attraverso un testo elaborato da 74 deputate appartenenti a tutti i gruppi politici, ha pressoché fissato le linee essenziali della riforma, poi trasfusa nella legge n. 66.

Come noto, una delle novità più rilevanti della legge è stata l'introduzione dell'omnicomprensiva fattispecie di violenza sessuale all'interno dell'art. 609 bis c.p., e la contestuale abrogazione dei previgenti delitti di violenza carnale (art. 519 c.p.),

² Una prima proposta di legge in materia (la n. 1919 – “Nuove norme a tutela della libertà sessuale”) veniva presentata alla Camera il 2 dicembre 1977 su iniziativa della deputata Bottari.

atti di libidine violenti (art. 521 c.p.), e congiunzione carnale commessa con abuso della qualità di pubblico ufficiale (art. 520 c.p.).

Ripercorrendo brevemente il terreno su cui la riforma ha operato, va ricordato che il Codice Zanardelli del 1889 comprendeva, all'interno del titolo VIII ("dei delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie") del libro II, vari reati di natura sessuale (violenza carnale, atti di libidine, incesto, offesa al pudore, ratto a fine di libidine o di matrimonio, lenocinio, bigamia, adulterio, e concubinato) oltre a fattispecie incriminatrici riguardanti la fede pubblica, quali l'occultamento e l'alterazione dello stato civile dei neonati. Nel successivo codice del 1930 i reati sessuali hanno trovato disciplina all'interno del titolo IX (rubricato "dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume") del libro II e da tale titolo sono stati espunti, venendo collocati nell'apposito titolo XI, i reati specificamente relativi all'ambito della famiglia (bigamia, induzione al matrimonio con inganno, adulterio, concubinato, incesto, occultamento e alterazione dello stato civile dei neonati). Quest'ultimo ha peraltro subito un forte ridimensionamento ad opera della legge 20 febbraio 1958, n. 75, nota come legge Merlin ("Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui"), la quale ha introdotto una disciplina *ad hoc* in tema di prostituzione ed ha abrogato gli artt. dal 531 al 536 c.p.

Va ricordato, come ulteriore intervento abrogativo, quello operato dalla legge n. 442 del 5 agosto 1981, la quale ha escluso la rilevanza penale della causa di onore, cancellando anche l'art. 544 c.p., relativo al c.d. matrimonio riparatore con la parte offesa.

La riforma fu salutata con grande favore, sebbene non siano mancate critiche significative.

Ciò che è indiscusso è che abbia rappresentato una vera e propria "rivoluzione etico-culturale", in quanto ha mutato interamente la collocazione sistematica delle norme sino a quel momento rientrati nel titolo IX del nostro codice penale, abrogando interamente il capo I del predetto titolo ("dei delitti contro la libertà sessuale"), nonché gli artt. 530 (corruzione di minorenni), 539, 541, 542 e 543 del codice penale (concernenti l'età della persona offesa, le pene accessorie e la procedibilità a querela) e collocando le fattispecie di aggressione alla libertà sessuale all'interno della sezione

II (“dei delitti contro la libertà individuale”) del capo III (“dei delitti contro la libertà personale”) del titolo XII (“dei delitti contro la persona”).

In conseguenza della nuova collocazione sistematica il reato di violenza sessuale, e gli altri delitti che ledono la sfera sessuale vengono considerati non più reati contro la moralità pubblica e il buon costume bensì reati contro la persona. Tale cambiamento ha rappresentato un nuovo modo di vedere la sfera della sessualità, non più come connessa al patrimonio collettivo della moralità o del buon costume ma come diritto della persona, disponibile solo da parte del soggetto che ne è titolare. A quel tempo ciò ha rappresentato una vittoria significativa, ottenuta principalmente grazie agli sforzi della componente femminile del Parlamento, che è riuscita a imporre una soluzione che riconosce alla donna, principale vittima di tali reati insieme ai minori, la dignità di persona.

A ventidue anni dalla riforma, tuttavia, sono tante le voci in dottrina che avvertono forte l'esigenza di un ulteriore mutamento della collocazione sistematica di tali reati al di fuori del Capo dedicato ai delitti contro la libertà personale. A ben vedere, infatti, esso raggruppa norme che non sono poste a tutela della libertà di autodeterminazione della persona: vi rientrano delitti quali il sequestro di persona, l'arresto illegale, l'abuso di autorità contro arrestati o detenuti e le perquisizioni e ispezioni personali arbitrarie, fattispecie incriminatrici che tutelano la libertà di movimento del soggetto ovvero il suo diritto ad essere libero da misure coercitive illegittime. Sembra, dunque, che la *ratio* sottesa alla tanto agognata riforma del 1996 non sia stata, in realtà, del tutto soddisfatta. Se, da un lato, non vi è dubbio sul fatto che le norme che reprimono i reati sessuali non dovessero trovare collocazione all'interno del titolo volto alla tutela della morale pubblica e del buon costume alla luce dei mutati costumi socioculturali, dall'altro si avverte oggi la necessità di trovare una collocazione che sia più appropriata di quella che hanno avuto tali reati per oltre venti anni.

All'interno del nostro codice penale la libertà di autodeterminazione della persona trova tutela nella sezione III del titolo XII dedicato ai delitti contro la libertà morale, tra cui figurano quelli di violenza privata e di atti persecutori. Si potrebbe pensare, dunque, di inserire in tale sezione anche i reati sessuali: in questo senso si esprime parte della dottrina, che la ritiene la soluzione più plausibile, proponendo l'inserimento

all'interno di tale sezione dei nuovi artt. 610 bis e seguenti del codice penale³. Una soluzione già immaginata nel lontano 1996, da chi ravvisava nel reato di violenza sessuale “un’ipotesi speciale (rispetto a quella di violenza privata) qualificata dalla natura dell’atto che la vittima è costretta a fare o a tollerare”⁴; ipotesi che meglio si sarebbe compenetrata nel contesto dei delitti contro la libertà morale perché la libertà personale è riferibile più al rapporto tra individuo e Stato, mentre la libertà morale riconduce subito al nucleo essenziale del concetto di libertà intesa come possibilità di autodeterminarsi spontaneamente”⁵.

A sostegno di tale soluzione si sottolinea come l’essenza del delitto di violenza sessuale non vada individuata nell’aggressione fisica, tanto è vero che, ove la vittima subisca ferite, traumi, lesioni, nonché – in casi estremi – addirittura la morte, si procede per titoli di reato diversi. Il bene giuridico leso dalla condotta prevista nell’art. 609 bis c.p. non sarebbe dunque di natura materiale (il corpo della vittima), ma andrebbe piuttosto ricercato nella libertà morale dell’individuo rispetto alla sua sfera sessuale. E’ opportuno, comunque, dare atto che in senso contrario si è espressa in più occasioni la giurisprudenza di legittimità la quale, sulla scia della nuova collocazione sistematica delle fattispecie incriminatrici in esame, ha affermato come essa sia idonea a valorizzare il fatto che “i reati di violenza sessuale di cui agli artt. 609 bis c.p. e seguenti offendono la libertà persona intesa come libertà di autodeterminazione della propria corporeità sessuale e non già la libertà morale della persona”⁶.

Va segnalato che nella maggior parte dei codici europei i reati sessuali sono collocati in una sezione apposita, se non addirittura in un capo autonomo.

Già in passato parte della dottrina⁷ aveva ritenuto percorribile questa strada, per sottolineare “il peculiare disvalore della violenza sessuale rispetto ad ogni altro tipo di

³ G. BALBI in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO PENALE (a cura di), *La riforma dei reati contro la persona, Gruppo di lavoro sui reati in materia sessuale*, Torino, 9 – 10 novembre 2018.

⁴ T. PADOVANI, Art.2 in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale (Legge 15 febbraio n. 66): con un’appendice sull’iter della riforma*, AA.VV. (coordinati da A. CADOPPI), Padova, Cedam, 1996, pag. 18.

⁵ V. MUSACCHIO, *Il delitto di violenza sessuale: art. 609 bis c.p.*, Padova, Cedam, 1999, pag.11.

⁶ Cfr.: Cass. pen., sez. III, 1.4.2004, n. 15464, Cass. Pen., sez. III, 28.9.1999, n. 2941.

⁷ M. BERTOLINO, *La tutela sessuale della persona nella disciplina dei reati sessuali*, in FIORAVANTI L. (a cura di) *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Giuffrè, Milano, 2001, pagg. 165 ss.

violenza fisica o morale”⁸. La collocazione di tali reati contro la libertà sessuale nella sezione intitolata alla libertà personale difetta di quel *quid pluris* idoneo ad attribuire a tali delitti il disvalore che li caratterizza.

Facendo un breve *excursus* in una dimensione comparata si osserva, infatti, che il codice penale tedesco dedica ai delitti contro l'autodeterminazione sessuale un apposito titolo, il XIII; il codice penale portoghese disciplina i reati contro l'autodeterminazione sessuale e la libertà sessuale all'interno del suo V capitolo; il codice penale spagnolo dedica ai delitti contro la libertà e l'integrità sessuale il titolo VIII; il codice penale francese prevede un'apposita sezione comprensiva dei reati di aggressione sessuale, all'interno del capitolo II (attentati all'integrità fisica o psichica della persona) del titolo II relativo agli attentati alla persona, del libro II (dei crimini e dei delitti contro le persone); il codice penale svizzero, al suo titolo V, colloca le infrazioni contro l'integrità sessuale ed il codice penale belga intitola ai reati sessuali in senso lato il titolo VII. Qualora, dunque, si ipotizzasse l'inserimento all'interno del codice penale di un'autonoma sezione dedicata ai reati sessuali, sarebbero possibili le seguenti intitolazioni: delitti contro la libertà sessuale, delitti contro l'autodeterminazione sessuale⁹, delitti contro l'integrità/incolumità/inviolabilità sessuale, oppure delitti contro la personalità sessuale. La creazione di un'autonoma sezione richiederebbe, peraltro, anche l'inserimento in essa della disciplina relativa ai c.d. reati sessuali *lato sensu*, alla luce delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 21 del 1° marzo 2018, che ha introdotto, all'art. 3 bis c.p., il principio di riserva di codice.

Diversamente si esprimono coloro che, pur patrocinando l'ipotesi della creazione di un nuovo capo dedicato alla materia dei reati sessuali, collocabile preferibilmente dopo la sezione dedicata alla libertà morale, ritengono che, all'interno di tale capo, dovrebbe operarsi un'attenta differenziazione. Nello specifico il capo II, ipoteticamente intitolabile all'integrità/incolumità/inviolabilità sessuale oppure alla personalità sessuale, andrebbe diviso in tre sezioni: la prima dedicata ai delitti contro la libertà

⁸ F. MANTOVANI, *Diritto penale. I delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale. Appendice ai delitti contro la persona*, Padova, Cedam, 1998, pag. 4.

⁹ B. ROMANO in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO PENALE (a cura di), *La riforma dei reati contro la persona, Gruppo di lavoro sui reati in materia sessuale*, Torino, 9 – 10 novembre 2018.

sessuale, la seconda ai delitti di attentato all'integrità sessuale dei minori, la terza dedicata ai delitti di prostituzione e pornografia e sfruttamento sessuale di minori¹⁰.

3. L'*unicum* della violenza sessuale ex art. 609 bis c.p.

Ulteriore modifica di grande rilievo introdotta con legge 66 del 1996 è l'inclusione in un'unica figura di reato delle precedenti fattispecie di violenza carnale, congiunzione carnale commessa con abuso della qualità di pubblico ufficiale e atti di libidine violenti. Omnicomprensiva, infatti, è oggi la fattispecie di cui all'art. 609 bis c.p., dedicata al reato di violenza sessuale.

Come noto, la *ratio* sottesa a tale mutamento risponde all'avvertita esigenza di prescindere, nel corso dei procedimenti giudiziari volti all'accertamento del reato, da indagini approfondite sull'effettivo svolgimento dei fatti, così evitando alla persona offesa di dover rispondere a domande spesso dolorose e umilianti, con elevatissimo rischio di vittimizzazione secondaria. Si esprimeva in tal senso autorevole dottrina, secondo la quale, a seguito di una tale modifica “non sarebbe stato più fondamentale sapere quale punto anatomico fosse stato raggiunto dal pene: se l'ostio vaginale sia stato appena sfiorato, lambito, toccato, quasi superato, superato appena, superato completamente etc.”¹¹.

Da tale fattispecie è stato espunto il delitto di violenza sessuale di gruppo, elevato a figura giuridica autonoma; viceversa è stata respinta l'idea di introdurre il reato di molestie sessuali¹², come autonoma figura di reato.

La fattispecie di violenza sessuale, come attualmente formulata, prevede due differenti forme di realizzazione della condotta tipica: la violenza sessuale per costrizione e quella per induzione. Il primo comma dell'articolo reprime, infatti, il comportamento

¹⁰ A. CADOPPI - G. BALBI - M. BERTOLINO in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO PENALE (a cura di), *La riforma dei reati contro la persona, Gruppo di lavoro sui reati in materia sessuale*, Torino, 9 – 10 novembre 2018.

¹¹ A. CADOPPI, Art. 3, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale (Legge 15 febbraio 1996, n. 66): con un'appendice sull'iter della riforma*, AA. VV. (coordinati da A. CADOPPI), Padova, Cedam, 1996, pag. 34.

¹² Tale ipotesi era stata avanzata nel progetto di legge Mussolini (Appendice I), il cui art. 8 così recitava: “la molestia sessuale consiste in comportamenti verbali o fisici o nell'uso di scritti, immagini, pubblicazioni, comunicazioni telefoniche o telematiche, che abbiano riferimenti di natura sessuale o siano finalizzati a motivi sessuali indesiderati dalla persona oggetto della molestia o comunque lesivi del suo diritto alla dignità”.

di chi “costringe taluno a compiere o subire atti sessuali” mediante ricorso a violenza, minaccia o abuso di autorità. A tale previsione è assimilata quella di cui al secondo comma che, a sua volta, delinea due fattispecie differenti: la prima volta a punire colui che realizza la condotta di cui al primo comma “abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto”; la seconda relativa al caso in cui il reato venga posto in essere “traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona”.

A ben vedere, l’obiettivo di una tale unificazione è restato, almeno in parte, disatteso. Se, infatti, come si è detto, si voleva evitare il rischio di una vittimizzazione secondaria della persona offesa nel corso del processo (acuita, inoltre, dal c.d. *strepitus fori*), a tale risultato non si perviene facendo attuazione delle basilari norme di diritto processuale e di diritto sostanziale relative al principio di contestazione e all’obbligo di motivazione da una parte, e alla commisurazione della pena in senso lato dall’altra. Più chiaramente, va rilevato che il giudice non potrà, in ogni caso, in sede processuale, sottrarsi all’esigenza di porre domande “intime” alla persona offesa dal reato, dovendo valutare la “gravità del reato” ai fini della commisurazione della pena ex art. 133 c.p., nonché accertare la ricorrenza dei presupposti necessari per concedere il beneficio delle circostanze attenuanti generiche. Peraltro, si osserva come una contraddizione, a tal proposito, si ravvisi nello stesso intento del legislatore riformistico il quale, se da una parte ha optato per la creazione di una fattispecie unificatrice (art. 609 bis commi 1 e 2 c.p.), dall’altra parte, ha inserito una disciplina peculiare per i “casi di minore gravità” (art. 609 bis comma 3 c.p.), prevedendo una diminuzione della pena in misura non eccedente i due terzi. Autorevole dottrina ha individuato la *ratio* sottesa all’introduzione di tale attenuante ad effetto speciale proprio nell’esigenza di “sdrammatizzare il possibile conflitto tra la scelta legislativa unificatrice e i principi di offensività e colpevolezza”¹³, offrendo così all’interprete uno spazio ove far rientrare tutte quelle condotte, pur sempre riconducibili alla nozione di violenza sessuale, ma connotate da minor disvalore, e perciò meritevoli di un trattamento sanzionatorio attenuato.

¹³ G. FIANDACA, voce “Violenza sessuale”, in *Enciclopedia del diritto*, agg. IV, Giuffrè, Milano, 2000, pagg. 1153 e ss.

Pur potendosi ipotizzare differenti articolazioni della fattispecie incriminatrice in questione, resta fermo che il concetto intorno al quale ruota l'art. 609 bis c.p. è quello di "atti sessuali". La scelta di incentrare l'incriminazione su una locuzione di tale tipo, se da un lato ha il pregio della sinteticità, dall'altro rischia di peccare di genericità e indeterminatezza¹⁴, anche se i paventati profili di incompatibilità con il dettato costituzionale, in particolare con l'art. 25 della Carta Costituzionale, sono stati messi a tacere dalla Consulta, che ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione per difetto di motivazione sulla rilevanza¹⁵.

Peraltro la Corte di Cassazione ha sempre dichiarato la manifesta infondatezza di tutte le questioni che le erano state sottoposte¹⁶, talvolta valorizzando l'importanza della sinteticità e del pragmatismo del concetto, altre volte esplicitando che "l'inclusione, nella formula descrittiva dell'illecito penale, di espressioni sommarie, di vocaboli polisensibili, ovvero di concetti elastici, non comporta un vulnus del parametro costituzionale in esame (nel caso di specie: principio di determinatezza), quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato del singolo elemento, mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato"¹⁷.

Ciononostante, l'esigenza di dare una definizione quanto più esaustiva possibile del concetto di atti sessuali non è certamente nuova. Infatti, da sempre dottrina e giurisprudenza hanno tentato di riempire il concetto di atti sessuali di contenuto obiettivo.

L'orientamento più risalente riteneva che quella *de qua* costituisse semplicemente la sommatoria delle precedenti fattispecie di congiunzione carnale e atti di libidine

¹⁴ M. BERTOLINO, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, in *Studium iuris*, 1996, pag. 403; S. BASSI – P. RICCI – M. VENDITTO, *Violenza sessuale e risposta istituzionale. Considerazioni critiche sulla nuova normativa penale in materia*, in *Giust. Pen.* I, 1996, pag. 373.

¹⁵ Corte Cost., 17.7.2000, n. 295. Si dà peraltro atto del fatto che il giudice rimettente in quell'occasione era stato quello di merito (per la precisione il Tribunale di Crema).

¹⁶ Cass. pen., sez. III, 5.6.1998, n. 6651; Cass. pen., sez. III, 26.8.2004 n. 35118; Cass. pen., sez. III, 23.9.2004, n. 37395.

¹⁷ Cass. pen., sez. III, 27.9.2007, n. 35617.

violenti¹⁸. Una critica a tale impostazione veniva avanzata da parte di chi riteneva che tra queste ultime e il nuovo articolo 609 bis c.p. non vi fosse mera sovrapposizione¹⁹, considerando soprattutto la differente portata del concetto di atti di libidine rispetto a quello di atti sessuali (il primo, in effetti, proprio richiamando la “libidine” in sé, lasciava intuire la necessità di una valutazione che desse rilevanza alla percezione soggettiva dell’atto da parte del suo autore²⁰, non richiesta in tema di atti sessuali). Accanto all’argomento letterale, si è posto quello sistematico: la nuova norma è stata, come si è detto, collocata tra i “delitti contro la persona” e non più tra quelli “contro la morale pubblica e il buon costume”. Facendo leva, dunque, sul differente bene giuridico tutelato *ante* e *post* riforma, si è ritenuto che questa diversità dovesse necessariamente riflettersi anche sul piano dell’ambito di tutela²¹.

Altri, poi, valorizzando il principio di offensività, hanno escluso la possibilità di riconoscere rilevanza a requisiti soggettivi, affermando, tra l’altro, l’incostituzionalità di un’impostazione che mirasse a valorizzare piuttosto l’intento dell’agente che l’obiettività della condotta, in palese contrasto con il modello del diritto penale del fatto, su cui è improntato il nostro ordinamento²². Peraltro, anche la giurisprudenza, in occasione delle prime sentenze successive all’introduzione della riforma, ha mostrato di condividere una lettura di stampo soggettivistico del concetto di atti sessuali, ritenendo che dal comportamento dell’imputato dovesse emergere l’intento di dare

¹⁸ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte Speciale XIV ed.*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 177; G. AMBROSINI, *Le nuove norme sulla violenza sessuale – Legge 15 febbraio 1996, n. 66*, Utet, Torino, 1997, pagg. 12 ss; R. BORGOGNO, *Il delitto di violenza sessuale*, in COPPI F. (a cura di), *I reati sessuali*, Utet, Torino, 2000, pag. 94; M. VIRGILIO, *Una vicenda dentro e fuori il Parlamento dalla VII alla XII legislatura*, in CADOPPI A. (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, Cedam, Padova, 1996, pag. 82.

¹⁹ G. MARINI, *I delitti contro la persona*, II. ed., Giappichelli Torino, 1996, pag. 296; A. CADOPPI, *Commento all’art. 609 bis c.p.*, in CADOPPI A. (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, IV ed., Cedam, Padova, 2006, pag. 458 ss; M. CAPPAL, *Guida alle norme contro la violenza sessuale*, Punto di Fuga editore, Cagliari, 1997, pag. 42 ss; M. DONINI, *Sulla nozione di atti sessuali ex art. 609 bis c.p.: nuova legge, vecchia giurisprudenza?*, *Ind. Pen.*, 1998, pag. 209; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I, Delitti contro la persona*, Cedam, Padova, 1995, pagg. 373 ss; N. MAZZACUVA, *Violenza sessuale* in AA. VV. (a cura di), *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Monduzzi Editoriali, Milano, 1998, pag. 377.

²⁰ A. PECORARO ALBANI, voce “Atti di libidine”, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1959

²¹ G. AMBROSINI, *Le nuove norme sulla violenza sessuale – Legge 15 febbraio 1996, n. 66*, Utet, Torino, 1997, pagg. 11 e ss.

²² F. MANTOVANI, *Diritto penale. I delitti contro la libertà sessuale. Appendice ai delitti contro la persona*, Padova, Cedam, 1998, pag. 12.

soddisfacimento al proprio istinto sessuale. In tal senso si sono espressi i giudici di legittimità, qualificando come atto sessuale “ogni comportamento che, nell’ambito di un rapporto fisico interpersonale, sia manifestazione dell’intento di dare soddisfacimento all’istinto, collegato con i caratteri anatomico genitali dell’individuo. Ne deriva che la condotta deve consistere, quanto meno, in toccamenti di quelle parti del corpo altrui, suscettibili di essere, nella normalità dei casi, oggetto dei prodromi, diretti al conseguimento della piena eccitazione o dell’orgasmo”²³.

Una simile impostazione deve essere, tuttavia, respinta fermamente in quanto ritenere che un atto debba intendersi come sessuale se volto ad appagare la concupiscenza dell’agente porterebbe a dover espungere dall’alveo degli atti sessuali tutti quelli che, seppur inequivocabilmente tali da un punto di vista oggettivo, siano stati posti in essere dall’agente per sfregio, cattiveria o vendetta oppure per gioco o scherno.

L’orientamento di segno opposto, che ha poi trovato maggior riconoscimento, riteneva, invece, che la nuova locuzione “atti sessuali” avesse una portata più restrittiva rispetto a quella di atti di libidine violenti. A mente dei sostenitori di tale impostazione rientrano nel concetto di atti sessuali quelli “obiettivamente qualificabili come tali” e cioè “gli atti di contatto fisico, al nudo o meno, con le zone erogene dell’altrui o del proprio corpo”²⁴, a prescindere dalla finalità con cui siano stati posti in essere. Tale nuova delimitazione di confini lascia fuori quei comportamenti, che non abbiano oggettivamente rilievo sessuale, ma che siano dall’autore posti in essere con quello specifico intento: si pensi, ad esempio, agli atti di feticismo.

In una sentenza della fine degli anni ‘90²⁵ i giudici di legittimità hanno per la prima volta esplicitato che “la connotazione sessuale dell’atto fa assumere alla nozione un significato prevalente oggettivo e non soggettivo come, invece, avveniva per quella di atti di libidine”²⁶. In tal senso, anche di recente, si è espressa la Corte di Cassazione, con due pronunce del 2018²⁷, in occasione delle quali ha sottolineato che, ponendo mente alla preminente rilevanza costituzionale del diritto di libertà sessuale, che trova

²³ Cass. pen. sez. III, 11.11.1996, n. 3800.

²⁴ F. MANTOVANI, *Diritto penale. I delitti contro la libertà e l’intangibilità sessuale. Appendice ai delitti contro la persona*, Padova, Cedam, 1998, pag. 12.

²⁵ Cass. pen. sez. III, 27.4.1998, n. 6651 (imputato Di Francia).

²⁶ Cass. pen. sez. III, 5.6.1998, n. 6651; conf. Cass. pen. sez. III 19.7.2000, n. 8342.

²⁷ Cass. pen., sez. III, 12.09.2018, n. 40445 (Pres. Andreazza, Rel. Aceto); Cass. pen., sez. III, 15 novembre 2018, n. 51593 (Pres. Di Nicola, Rel. Gai).

la sua più alta forma di tutela nella proclamazione della inviolabilità assoluta dei diritti dell'uomo, riconosciuti e garantiti dalla Repubblica in ogni formazione sociale (art. 2 Cost.), e nella promozione del pieno sviluppo della persona che la Repubblica assume come compito primario (art. 3 comma 2 Cost.), non può accettarsi alcuna compromissione della libertà di disporre del proprio corpo a fini sessuali. Quest'ultima deve qualificarsi sempre come assoluta e incondizionata, non potendo incontrare limiti nelle diverse intenzioni di cui l'altra persona possa essere animata. Nello, specifico, i giudici di legittimità hanno affermato che: *“l'assolutezza del diritto tutelato non tollera, nella chiara volontà del legislatore, possibili attenuazioni che possano derivare dalla ricerca di un fine ulteriore e diverso dalla semplice consapevolezza di compiere un atto sessuale, fine estraneo alla fattispecie e non richiesto dall'art. 609-bis cod. pen. per qualificare la penale rilevanza della condotta. Coerentemente alla natura del bene tutelato e alla centralità della persona offesa, unica titolare del diritto, nessun dolo specifico (al fine di), nè alcun movente esclusivo (al solo scopo di) hanno il compito di tipizzare l'offesa. Qualsiasi valorizzazione di questi atteggiamenti interiori sposterebbe il disvalore della condotta incriminata dalla persona che subisce la limitazione della libertà sessuale a chi la viola. L'atto deve poter essere definito come "sessuale" sul piano obiettivo, non su quello soggettivo delle intenzioni dell'agente. Se, perciò, il fine di concupiscenza non concorre a qualificare l'atto come sessuale, il fine ludico o di umiliazione della vittima non lo esclude (Sez. 3, n. 25112 del 13/02/2007, Rv. 236964; Sez. 3, n. 35625 del 11/07/2007, Polifrone, Rv. 237294). Ne consegue che: a) se l'autore del gesto è intimamente convinto di compiere un atto sessuale che tale oggettivamente non è, non è punibile ai sensi dell'art. 49 c.p., comma 1; b) se l'autore del gesto compie un atto oggettivamente sessuale nella convinzione del contrario incorre in un inescusabile errore di diritto. È necessario e sufficiente che l'imputato sia consapevole della natura "sessuale" dell'atto posto in essere con la propria condotta cosciente e volontaria; tale natura preesiste alla volontà dell'agente, non è da questi creata, né conformata”²⁸.*

È opportuno precisare, però, che la valutazione obiettiva richiesta deve tener conto di tutte le circostanze del caso concreto (c.d. “teoria contestuale”), dalle quali possa dirsi che l'atto abbia realmente accezione sessuale. Escludere che la condotta compiuta dal

²⁸ Cass. pen., sez. III, 12.09.2018, n. 40445 (Pres. Andreazza, Rel. Aceto).

ginecologo che palpeggia il seno della paziente con finalità diagnostiche sia qualificabile come atto sessuale²⁹, non vuol dire dare rilievo alle intenzioni dell'agente (altrimenti non dovrebbe qualificarsi come tale nemmeno la pacca sul sedere data per scherzo), ma significa valorizzare il contesto in cui il comportamento viene realizzato e la “complessa dinamica intersoggettiva che si sviluppa in una situazione connotata dalla presenza di fattori coartanti”³⁰ e dar rilievo al fatto che, in quello specifico contesto, esso non riveste i caratteri propri dell'atto sessuale né dal punto di vista del soggetto che lo “compie”, né da quello di chi lo “subisce”.

Seguendo tale filone interpretativo è possibile fare un passo in più per arrivare a richiamare quanto sostenuto da una terza corrente dottrinale³¹ e ormai avallato da una cospicua giurisprudenza: nella nozione di atti sessuali dovrebbero ricomprendersi sia quelli oggettivamente identificabili come tali (a prescindere dalle intenzioni del soggetto agente), sia quelli che, nel contesto in cui vengono posti in essere, acquisiscono natura sessuale anche se oggettivamente non lo sono (l'inclusione degli atti di feticismo, ancora esclusi dal novero, tra quelli sessuali ne sarebbe la completa affermazione)³². Una tale impostazione è stata per anni oggetto di critiche, in quanto così procedendo si sarebbe finito per determinare la creazione di una casistica infinita di “atti sessuali”. Infatti non vi sono dubbi in merito alla natura sessuale di atti quali la congiunzione carnale (implicante l'effettiva penetrazione dell'organo sessuale maschile in un altro soggetto per via vaginale, anale od orale), così come di atti che comunque implicano un contatto con le zone erogene (in tal senso è stata pacificamente affermata la natura sessuale del bacio sulla bocca³³, nonché di tutti

²⁹ A tal proposito si è espressa una risalente giurisprudenza, significativa nell'affermare che in caso di visita medica deve escludersi che gli atti siano libidinosi solo quando la visita stessa debba necessariamente avere ad oggetto zone erogene del corpo. Diversamente, quando la visita abbia ad oggetto altre parti del corpo, la sua estensione alle zone erogene, a seconda dei casi, può integrare il reato di violenza sessuale in quanto “*per integrare gli estremi della violenza, è sufficiente anche la violenza meramente potenziale, che si verifica quando il medico, estendendo abusivamente l'area della sua indagine, opera all'improvviso e all'insaputa del paziente, pur sapendo che il consenso non vi sarebbe stato e che l'opposizione o la resistenza non sarebbero mancati se fossero stati possibili*”- Cass. pen. 24 marzo 1986, Reina, in Riv. Pen., 1987, 264.

³⁰ Cass. pen., sez. III, 23.9.2004, n. 37395.

³¹ G. FIANDACA, voce “*Violenza sessuale*”, in *Enciclopedia del diritto*, agg. IV., Milano, Giuffrè, 2000.

³² M. VIZZARDI, *Commento all'art. 609 bis c.p. in Codice penale commentato*, IV ed., Wolters Kluwer, Milano, 2011, pag. 333.

³³ “Ai fini della configurabilità del reato di violenza sessuale, va qualificato come «atto sessuale» anche il bacio sulla bocca che sia limitato al semplice contatto delle labbra, potendosi detta connotazione

quegli atti insidiosi e rapidi, purché riguardino zone erogene su persona non consenziente (come ad es. palpamenti, sfregamenti, etc.³⁴); lo stesso non può dirsi rispetto a quei comportamenti che, benché non indirizzati a zone erogene della vittima, altra valenza non potrebbero avere se non quella sessuale. È il caso di tutti quegli atti che siano posti in essere con mero intento sessuale e assumano una tale connotazione anche nell'ottica della percezione della vittima. Si pensi al bacio sulla guancia o agli abbracci che, di per sé, se oggettivamente valutati sfuggirebbero alla connotazione come atti sessuali. Tuttavia la giurisprudenza, attraverso la tecnica dell'interpretazione estensiva, già nel 2014 affermava che: “ai fini della configurabilità del delitto di violenza sessuale, la rilevanza di tutti quegli atti che, in quanto non direttamente indirizzati a zone chiaramente definibili come erogene, possono essere rivolti al soggetto passivo, anche con finalità del tutto diverse, come i baci o gli abbracci, costituisce oggetto di accertamento da parte del giudice del merito, secondo una valutazione che tenga conto della condotta nel suo complesso, del contesto sociale e culturale in cui l'azione è stata realizzata, della sua incidenza sulla libertà sessuale della persona offesa, del contesto relazionale intercorrente tra i soggetti coinvolti e di ogni altro dato fattuale qualificante”³⁵. Recentemente, tale impostazione è stata confermata da un'ulteriore pronuncia del 2018, già richiamata, in occasione della quale i giudici di legittimità hanno dichiarato, valorizzando proprio l'indagine del contesto socio-fattuale cui il giudice è chiamato al fine di determinare la natura sessuale di un atto, che “va esclusa l'interpretazione secondo la quale la nozione di "atto sessuale" deve essere circoscritta ai soli tocamenti delle zone (immediatamente) erogene del corpo, con esclusione di tutte le altre, ma vanno escluse anche improprie dilatazioni dell'ambito di operatività della fattispecie penale contrarie alle condizioni di sviluppo sociale e culturale nel quale l'atto si colloca (Sez. 3, n. 964 del 26/11/2014). La natura "sessuale" dell'atto (che preesiste - come detto - alle intenzioni dell'agente ma anche alla sensibilità della vittima) deve essere valutata secondo il significato "sociale" della

escludere solo in presenza di particolari contesti sociali, culturali o familiari nei quali l'atto risulti privo di valenza erotica, come, ad esempio, nel caso del bacio sulla bocca scambiato, nella tradizione russa, come segno di saluto”(Cassazione penale, sez. III, sentenza n. 25112 del 2 luglio 2007). Nello stesso senso: G. FIANDACA, *La rilevanza penale del bacio tra anatomia e cultura*, in *Foro.it*, 1998, II, pag. 507.

³⁴ Da ultimo: Cass.pen., sez. III, 12 ottobre 2018, n. 46218 (Presidente Sarno – Relatore Di Stasi).

³⁵ Cass. pen., sez. III, sent. 26.11.2014 n. 964 (Presidente Teresi A., Est. Pezzella).

condotta, avuto riguardo all'oggetto dei toccamenti, ma anche - quando ciò non sia sufficiente - al contesto in cui l'azione si svolge, ai rapporti intercorrenti tra le persone coinvolte e ad ogni altro elemento eventualmente sintomatico di una indebita compromissione della libera determinazione della sessualità del soggetto passivo che sia oggettivamente e socialmente percepibile come tale”³⁶.

Così ricostruiti gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali dominanti, deve darsi atto del fatto che, seppur nel corso degli anni si sia tentato di riempire di contenuto la definizione di atti sessuali, tuttavia essa rimane macchiata del suo peccato originale dal quale forse, una volta per tutte, andrebbe purificata. Da un lato, a tal proposito, vi è chi ritiene che sia opportuno mantenere intatta la struttura della fattispecie di cui all'art. 609 bis c.p., dunque conservando la dicitura “atti sessuali”, ma dando ad essa una definizione espressa³⁷. A ben vedere, il legislatore si è premurato di circoscrivere attentamente i confini di operatività di una norma affine, volta a reprimere il reato di pornografia minorile (art. 600 ter c.p.), e lo stesso potrebbe, dunque, fare in relazione al disposto di cui all'art. 609 bis c.p. È da sottolinearsi, in ogni caso, che l'utilizzo della locuzione “atti sessuali” resterebbe una specificità dell'ordinamento italiano. In una simile direzione si è mosso infatti solo l'ordinamento tedesco che, da un lato, nel 2016, pur mantenendo all'interno del proprio codice il concetto di atti sessuali, ne ha definito l'ambito applicativo (nuovo par. 184 h, *Begriffsbestimmungen*), dichiarando tali solo quelli che, nell'ottica del bene protetto, hanno un qualche contenuto offensivo; dall'altro ha distinto comunque gli atti sessuali penetrativi da quelli ove non ricorre la penetrazione, prevedendo, solo per i primi, un aggravamento della pena base (ex par. 177, co.6, n. 1 del StGB). Non solo: sempre in un'ottica di tipizzazione delle fattispecie penalmente rilevanti, il legislatore tedesco ha introdotto il nuovo delitto di molestie sessuali (ex par. 184i del BGB), con ciò contribuendo a delineare quelli che non possono essere qualificabili come atti sessuali, ma si inquadrano in una fattispecie di minore gravità.

D'altro canto, coloro che propendono per una modifica dell'ordinamento italiano in senso meno conservativo ritengono che sarebbe auspicabile conformarsi

³⁶ Cass. pen., sez. III, sent. 12.09.2018, n. 40445 (Presidente Andreazza, Est. Aceto).

³⁷ A. CADOPPI - G. BALBI - M. BERTOLINO in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO PENALE (a cura di), *La riforma dei reati contro la persona, Gruppo di lavoro sui reati in materia sessuale*, Torino, 9 – 10 novembre 2018.

all'impostazione seguita dalla maggior parte degli ordinamenti europei, che prevede diverse fattispecie ognuna precisamente delineata nei suoi contenuti: a quella più grave di "stupro" sono affiancate fattispecie di aggressione sessuale senza alcun tipo di penetrazione, suscettibili di ricomprendere anche le molestie sessuali (è il caso della Francia³⁸) e verosimilmente quelle che nel nostro ordinamento costituiscono i "casi di minore gravità"³⁹.

Prima di passare all'analisi delle tre differenti fattispecie in cui si articola la condotta incriminata dall'art. 609 bis c.p., va sottolineato che le criticità connesse alla locuzione "atti sessuali" sono accentuate dall'altrettanto problematica descrizione della condotta in termini di *compiere o subire*. Infatti, sia nel caso di violenza sessuale per costrizione, sia nel caso di violenza sessuale per induzione, la condotta rimproverata al soggetto attivo è quella di costringere o indurre taluno a *compiere o subire* atti sessuali. Il problema non è di poco conto se si osserva che la possibilità che nel concetto di violenza sessuale rientrino anche quelle situazioni in cui non si verifica un contatto *corpore corpori* è attualmente al banco di prova della giurisprudenza, oltre ad essere oggetto di importanti studi dottrinali.

Richiamando brevemente gli orientamenti dottrinali che si sono divisi il campo nel corso degli anni, si osserva che ad un'impostazione maggioritaria, più coerente con la formulazione letterale della fattispecie, secondo la quale quest'ultima ricomprenderebbe da un lato tutte le ipotesi in cui la persona offesa venisse attinta dal proprio aggressore ad una zona erogena (*subire*) e, dall'altro, quelle in cui la stessa compisse sul proprio corpo o sul corpo altrui (dell'aggressore o di una terza persona) atti sessuali (*compiere*), se ne contrapponeva una minoritaria, secondo la quale una

³⁸ L'ordinamento francese prevede agli artt. 222-23/26 c.p.fr. la fattispecie di stupro (aggressione con penetrazione: *viol*) e agli artt. 222-33 e 33-1 c.p.fr. le altre aggressioni sessuali (*autres agressions sexuelles*) ossia le molestie per scopo sessuale. Similmente l'ordinamento spagnolo all'art. 179 contempla la fattispecie di aggressione sessuale con penetrazione dopo quella generale di attentato alla libertà sessuale dell'art. 178; quello inglese, nel suo *Sexual Offences Act* del 2003, distingue la penetrazione vera e propria da quella realizzata con altre parti del corpo dell'autore o con oggetti e quello belga che egualmente prevede la bipartizione.

³⁹ Tale è la soluzione condivisa, ad esempio, da Bartolomeo Romano, il quale sostiene la previsione di una fattispecie più grave di stupro e una figura meno grave di abuso sessuale, in cui fare eventualmente confluire condotte prive di unitaria considerazione nonché alcune forme di molestie sessuali. Quest'ultimo, peraltro, ingloberebbe anche le fattispecie che, ad oggi, rientrano nei c.d. "casi di minore gravità" di cui al terzo comma dell'art. 609 bis c.p., così risolvendosi anche l'ulteriore profilo di indeterminatezza ad essi connesso.

tale interpretazione finirebbe per essere eccessivamente restrittiva e determinerebbe vuoti di tutela. A parere dei sostenitori di questo secondo orientamento, ciò da cui gli interpreti dovrebbero prendere le distanze è la ferma convinzione che il contatto *corpore corpori* sia necessario ai fini del compimento del reato. Richiedendo a tutti i costi la sua realizzazione, si finirebbe per escludere dall'area della punibilità tutti quegli atti posti in essere dal soggetto attivo sul proprio corpo (atti di esibizionismo o masturbazione) che non coinvolgono direttamente la fisicità della vittima, ma che vengono compiuti in presenza di quest'ultima, costretta ad assistervi, e quindi, *lato sensu*, a subirli, seppure non nella loro materialità. Per tale ragione, secondo tale dottrina, la locuzione “compiere o subire” dovrebbe comprendere “sia i fatti bilaterali, cioè contrassegnati da un'attività per così dire collaborativa, sia pure forzata, del soggetto passivo, sia quelli in cui il soggetto passivo è costretto ad assistere a condotte esibizionistiche dell'agente o ad altri suoi comportamenti dovuti a pulsioni erotiche, ivi compresi i c.d. fatti di bestialità”⁴⁰. Qualora non si ritenesse di ampliare in tal modo l'oggetto della tutela, si finirebbe per tradire uno degli obiettivi primari del legislatore della riforma, ossia quello di porre la vittima stessa al centro della disciplina sanzionatoria dei reati sessuali, mediante la costruzione di un sistema c.d. vittimocentrico che riflettesse il mutamento del bene giuridico da quello pubblicistico della moralità pubblica a quello individuale della libertà di autodeterminazione sessuale. Inoltre, tale scelta vanificherebbe anche il superamento della distinzione tra violenza carnale e atti di libidine, proprio ispirata all'idea che la libertà sessuale costituisce un valore in sé, che prescinde dal grado di intrusione corporale patito dalla vittima⁴¹. Tali critiche, secondo altri, non coglierebbero nel segno e sarebbero smentite innanzitutto da una lettura sistematica delle norme in materia di reati sessuali, con particolar riguardo alla fattispecie di corruzione di minorenni (art. 609 quinquies c.p.⁴²). È solo con riferimento a quest'ultima ipotesi, infatti, che il legislatore ha

⁴⁰ G. MARINI, *I delitti contro la persona*, II ed., Giappichelli, Torino 1996, pag. 297.

⁴¹ M. CAPPAL, *La qualificazione delle violenze prive di un contatto corpore corpori alla prova della recente giurisprudenza in tema di atti sessuali, nota a Cass., Sez. III, sent 19 novembre 2015 (dep. 5 maggio 2016), n. 18679, Pres. Amoresano, Rel. Aceto*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 febbraio 2017.

⁴² M. VIZZARDI, *Violenza sessuale senza coinvolgimento del corpo della vittima? Brevissime considerazioni critiche a tesi che...a volte ritornano*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 febbraio 2017.

previsto la punibilità degli atti sessuali commessi in presenza di una persona minore “al fine di farla assistere”, diversamente dalle previsioni incriminatrici di cui all’art. 609 bis c.p. nonché da quella volta a reprimere gli atti sessuali con minorenne ex art. 609 quater c.p. Pertanto, in ossequio al noto brocardo per cui *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, dovrebbe ritenersi che, quanto ai reati sessuali, il legislatore ha ritenuto punibili gli atti di mero esibizionismo o masturbazione in presenza della vittima solo quando quest’ultima è un minorenne. Né potrebbe ritenersi applicabile analogicamente la disciplina di cui all’art. 609 quinquies c.p. alle due ipotesi appena richiamate, in quanto si determinerebbe un chiaro *vulnus* al principio del divieto di analogia in *malam partem* in materia penale, del tutto inaccettabile.

A ben vedere, però, il drastico rifiuto di una estensione dell’ambito di applicazione dell’art. 609 bis c.p. fa leva sull’impossibilità di procedere ad un’interpretazione analogica che potrebbe ritenersi, in realtà, non necessaria. In altre parole, escludendo la necessità del contatto *corpore corpori* (requisito peraltro non espressamente indicato dalla norma ed elaborato unicamente in via pretoria), si può ritenere che l’atto sessuale compiuto dall’agente sul proprio corpo, cui la vittima sia costretta ad assistere, rientri già nel significato letterale del verbo “subire”, senza che occorra dunque ampliarne i confini in via analogica.

Di fatto, tuttavia, benché anche con riguardo al concetto di “atti sessuali” i giudici di legittimità abbiano adottato una tecnica interpretativa a maglie decisamente larghe, facendovi rientrare, oltre agli atti chiaramente sessuali (quali tutti quelli penetrativi, come già in precedenza si è detto), anche il mero bacio sulla bocca o gli atti repentini e compiuti “di sorpresa”, l’elemento da cui non si sono mai discostati è proprio quello del contatto *corpore corpori* che, ancora oggi, nel rispetto della locuzione “compiere o subire”, si ritiene debba essere presente. Infatti, fino a che l’interpretazione del concetto di “atti sessuali” si spinga sino a comprendere fattispecie del tutto differenti tra di loro, senza tuttavia mai discostarsi dal requisito principe, consistente nel fatto che essi debbano implicare un contatto con le zone erogene (della vittima o dell’autore, a seconda che tali atti siano subiti o compiuti), non pare vi siano problemi e le critiche si ritengono superabili. Ove, diversamente, l’interpretazione si spinga sino ad inglobare anche atti che prescindano da tale contatto, si erge un ostacolo che pare

insormontabile. In tal senso si è espressa di recente la giurisprudenza di legittimità⁴³ la quale, pronunciandosi in merito al compimento di atti di masturbazione in presenza di terzi costretti ad assistervi, ha escluso che essi potessero essere punibili a titolo di violenza sessuale ex art. 609 bis c.p. La motivazione della Suprema Corte, di cui di seguito si ripercorreranno i passaggi più significativi, fa chiarezza proprio sulla struttura della fattispecie in esame, sottolineando come vadano tenuti distinti, nel procedimento ermeneutico, il termine “atti sessuali” da quelli di “compiere o subire”. Mentre il primo riguarda l’oggetto della condotta, il secondo concerne le sue modalità. Per quanto, quindi, un atto possa essere definito sessuale, non sarà punibile ex art. 609 bis c.p. qualora esso non sia posto in essere con le modalità richieste dalla fattispecie incriminatrice. In tal senso, i giudici di legittimità non escludono che l’atto di masturbazione debba qualificarsi come atto sessuale, e infatti affermano che *“la natura sessuale dell'atto deriva dalla sua attitudine ad essere oggettivamente valutato, secondo canoni scientifici e culturali, come erotico, idoneo cioè a incarnare il piacere sessuale o a suscitare lo stimolo, a prescindere dal fatto che questo sia lo scopo dell'agente. Tale valutazione oggettiva costituisce il necessario presupposto del diritto alla libertà sessuale dell'individuo, ne definisce anche contenuto e ampiezza, conformandone, ad un tempo, l'oggetto mediante l'incessante osmosi con la scienza ed i mutevoli costumi sociali. Secondo la scienza non solo medica, ma anche psicologica, antropologica e sociologica e, comunque, in base al comune sentire, i genitali, i glutei e il seno oggettivamente esprimono, più di ogni altra parte del corpo ed in modo più naturale, diretto ed esplicito, la sessualità. Il loro volontario tocco esprime, con rara immediatezza, la natura sessuale del gesto, sicché, indipendentemente dalle intenzioni del suo autore (del tutto irrilevanti ai fini della sussistenza del reato), quando ciò avvenga senza il consenso di chi lo subisce o con l'inganno, integra il delitto di cui all'art. 609-bis, cod. pen. Che la masturbazione, in quanto gesto che coinvolge in modo immediato e diretto gli organi genitali, costituisca «atto sessuale», percepito come tale dal condiviso senso comune -a prescindere dal coinvolgimento, nella sua esecuzione, della corporeità sessuale di altre persone- non può essere messo in discussione. È sufficiente evidenziare, del resto, che anche la masturbazione posta*

⁴³ Cass. pen., sez. IV, 31 luglio 2018, n. 36742 (Pres. Izzo – Rel. Dawan).

in essere dinanzi a minori ed al solo fine di farvi assistere, costituisce «atto sessuale» (cfr., sul punto, Sez.3, n. 9223 del 25/05/2000, Rv. 217261)».

Ciononostante la Suprema Corte ritiene che nel caso di specie non siano soddisfatte le modalità della condotta richieste per l'integrazione del reato di violenza sessuale: *“la giurisprudenza di legittimità (Sez. 3 n. 2941, 03/11/1999; Sez. 3, n. 23094 del 11/05/2011, Rv. 250654), che il Collegio condivide, ha precisato che l'atto sessuale cui l'art. 609-bis cod. pen. fa riferimento deve comunque coinvolgere la corporeità sessuale del soggetto passivo il quale, stabilisce l'art. 609- bis, deve essere costretto «a compiere o subire atti sessuali». Tale requisito, infatti, distingue l'atto sessuale propriamente detto da tutti gli altri atti che, sebbene significativi di concupiscenza sessuale, siano tuttavia inidonei ad intaccare la sfera della sessualità fisica della vittima, in quanto comportano esclusivamente un'offesa alla libertà morale o al sentimento pubblico del pudore, come avviene nel caso dell'esibizionismo, dell'autoerotismo praticato in presenza di altri costretti ad assistervi o del "voyeurismo". La nozione di atti sessuali attualmente contemplata dal codice penale comprende in sé entrambi i concetti di congiunzione carnale e atti di libidine in precedenza considerati dal legislatore, con la conseguenza che devono ritenersi estranei a tale nozione tutti gli atti o comportamenti che, pur essendo manifestazione di istinto sessuale, non si risolvano in un contatto corporeo tra soggetto attivo e soggetto passivo o comunque non coinvolgano la corporeità sessuale di quest'ultimo. Va, altresì, precisato che i reati di violenza sessuale attualmente considerati dal codice penale offendono la libertà personale intesa come libertà di autodeterminazione della propria corporeità sessuale e non già la libertà morale della persona oppure il pudore e l'onore sessuale come specificazioni della moralità pubblica e del buon costume”.*

In conclusione del loro iter motivazionale, i giudici di legittimità affermano, quindi, che *“l'esibizionismo o il compimento di atti di masturbazione in presenza di terzi costretti ad assistervi, senza che vi sia alcun contatto con i genitali o le zone erogene della persona presente, non consentono di ritenere configurabile la violenza sessuale quanto, piuttosto, il delitto di atti osceni o quello di violenza privata, sempre che ne sussistano le condizioni. Il voyeurismo, invece, può essere ricondotto ad una ipotesi di molestia nei confronti delle persone oggetto della morbosa curiosità, ma non integra violenza sessuale nei confronti delle stesse”.*

La soluzione proposta, ossia quella di sussumere gli atti di esibizionismo o di masturbazione nei reati di violenza privata o di atti osceni, suscita tuttora alcune perplessità. Partendo dalla ipotizzata configurabilità del delitto di atti osceni, di cui all'art. 527 c.p., si ricorda come, a seguito del d.lgs. 8 del 2016, la norma in esame prevede al primo comma un illecito amministrativo (punibile, dunque, con sola sanzione amministrativa), che risulta integrato qualora il soggetto attivo “in luogo pubblico o aperto al pubblico compie atti osceni”, riservando la punibilità a titolo di reato al solo comma 2 per il caso in cui il fatto sia “commesso all'interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori e se da ciò deriva il pericolo che essi vi assistano”. All'esito della recente depenalizzazione, quindi, le ipotesi di atti osceni ancora qualificabili come reato sono residuali. Per tale motivo, si ritiene di difficile applicazione il comma 2 dell'art. 527 c.p. ai casi di esibizionismo o masturbazione commessi in presenza di altra persona, costretta ad assistervi, in quanto, in primo luogo, il dettato normativo pone come condizioni cumulative (avvinse dalla congiunzione “e”) la commissione del fatto “all'interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori” e “il pericolo che essi vi assistano” (così limitando il campo di applicazione al caso in cui coesistano entrambe le condizioni) e, in secondo luogo, tale norma non considera affatto reato l'ipotesi in cui il soggetto passivo sia persona adulta. Quanto alla fattispecie di violenza privata, dettata dall'art. 610 c.p., essa punisce “chiunque, con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare o omettere qualche cosa”, ed è inserita tra le fattispecie incriminatrici poste a tutela della libertà morale, intesa come libertà di autodeterminazione.

L'idoneità di tale previsione a punire gli atti di esibizionismo e quelli di autoerotismo risiederebbe nella ragione per cui tali atti, non investendo la fisicità della vittima, determinerebbero al più una lesione della sua libertà morale, essendo invece la libertà personale tutelata dalla sezione II del titolo XII del libro II del codice penale, quella protetta in caso di “intrusioni corporee”. Peraltro, si è già detto, svolgendo considerazioni in merito alla collocazione sistematica del reato di violenza sessuale, che l'ipotizzabilità di una sua sistemazione all'interno della sezione volta a tutelare la libertà morale va incontro alle critiche di quanti evidenziano che, così operando, non vorrebbe valorizzato il disvalore proprio del reato di cui all'art. 609 bis c.p., non potendosi quest'ultimo equiparare a compromissioni della propria libertà di

autodeterminazione che, però, non riguardino l'ambito della sessualità. In tale ottica, quindi, sembra che la scelta di attribuire valenza di atti sessuali agli atti di esibizionismo e autoerotismo, come fa la Corte Suprema stessa in motivazione, e, al contempo, escluderne la tutela propria del reato di violenza sessuale, relegandoli ad altra sezione del dettato normativo, presenti profili di contraddittorietà.

In relazione, invece, alla possibilità prospettata dai giudici di legittimità di qualificare la condotta di voyeurismo ai sensi dell'art. 660 c.p., pare che il richiamo a tale fattispecie non sia del tutto confacente. Infatti, se da un lato, può sottolinearsi che già il fatto che si proponga di punire un tale comportamento a titolo di contravvenzione cela una valutazione del legislatore in termini di minor gravità della condotta stessa, dall'altro pare potersi affermare che forse, più che una condotta di voyeurismo, potrebbe essere qualificata come molestia sessuale (quale forma particolare di molestia prevista e punita dall'articolo 660 c.p., che prescinde da contatti fisici a sfondo sessuale), l'atteggiamento di chi "con petulanti corteggiamenti non graditi o con altrettante petulanti telefonate o con espressioni volgari" reca molestia o disturbo ad altri, ove "lo sfondo sessuale costituisce un motivo e non un momento della condotta"⁴⁴. Difficile ipotizzare che colui il quale, per ottenere l'eccitazione e il piacere sessuale, osservi o spii persone seminude, nude o intente a spogliarsi, o altresì persone impegnate in un rapporto sessuale, lo faccia "in un luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero con il mezzo del telefono".

4. I "casi di minore gravità" di cui al terzo comma dell'art. 609 bis c.p.

Il legislatore della riforma ha introdotto, all'interno del terzo comma dell'art. 609 bis c.p., una circostanza attenuante speciale applicabile al reato di violenza sessuale, genericamente riferendola ai "casi di minore gravità". Mediante una consistente diminuzione (fino ai 2/3 della pena) della pena prevista per il delitto (fissata, nel minimo, in cinque anni di reclusione), risulta, dunque, possibile rendere la sanzione proporzionata ai casi in cui si ritenga che la sfera della libertà sessuale abbia subito una compromissione di minima entità.

⁴⁴ Cass. pen., sez. III, 26.10.2005, n. 45957 (Pres. Lupo, Rel. Petti); conf. Cass. pen., sez. III, 12.10.2018, n. 46218 (Pres. Sarno – Rel. Di Stasi).

Ben si comprende come la sussistenza di una tale circostanza trovi sempre maggior utilità e rilievo applicativo a fronte di una nozione di atto sessuale che, come si è visto, pur continuando ad avere come punti di riferimento, da un lato, la congiunzione carnale e, dall'altro, gli atti di libidine, tuttavia mostra di distaccarsi dalla fisicità e materialità della distinzione per apprestare una più comprensiva ed estesa tutela contro qualsiasi comportamento che costituisca una ingerenza nella piena autodeterminazione della sfera sessuale. In tale ottica, infatti, anche ad avviso della giurisprudenza della Corte Costituzionale “l'attenuante si pone quale temperamento degli effetti della concentrazione in un unico reato di comportamenti, tra loro assai differenziati, che comunque incidono sulla libertà sessuale della persona offesa, e della conseguente diversa intensità della lesione dell'oggettività giuridica del reato”⁴⁵.

Per quanto ad oggi la sua natura pare non controversa secondo l'orientamento della prevalente giurisprudenza, non può tacersi che molti dubbi sono stati avanzati in relazione all'inquadramento dell'ipotesi di cui all'art. 609 bis comma 3 c.p. come attenuante o, diversamente, come fattispecie autonoma di reato. A sostegno della sua qualificazione come circostanza attenuante milita, innanzitutto, il dato sistematico-letterale del dettato normativo. Proprio per la sua collocazione all'interno della norma dedicata al reato di violenza sessuale e in ragione del fatto che il suo contenuto sia estremamente sintetico e generico, non potendosi fare altro che rinviare a quanto previsto dai due commi precedenti per comprenderne l'ambito di applicazione, si è per lo più sostenuto che essa integri una mera fattispecie circostanziale⁴⁶. Coerentemente con questa lettura in dottrina⁴⁷ si sarebbe del resto richiamato sia l'art 4 bis comma 1 quater della legge sull'ordinamento penitenziario (legge n. 354 del 1975), che stabilisce che l'obbligo di preventiva osservazione del detenuto condannato per delitti di violenza sessuale, al fine della concessione delle misure premiali, si applichi “in ordine al delitto previsto dall'art. 609 bis c.p. salvo che risulti applicata la circostanza attenuante dallo stesso contemplata”, sia l'art. 275 comma 3 c.p.p. ove si stabilisce che la presunzione di inadeguatezza di misure cautelari diverse dalla custodia cautelare in

⁴⁵ Corte Cost., sent. 22.05.2005, n. 325.

⁴⁶ In tal senso: A. CADOPPI, *Commento all'art. 609 bis c.p.*, in A. CADOPPI (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, IV ed., Cedam, Padova, 2006, p. 439 ss.

⁴⁷ M. VIZZARDI, *Commento all'art. 609 bis c.p.* in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Codice penale commentato*, IV ed., Wolters Kluwer, Milano, 2015, pag. 5839 ss.

carcere vale anche per i delitti previsti dagli artt. 609 bis, 609 quater e 609 octies c.p. “salvo che ricorrano le circostanze attenuanti dagli stesse contemplate”.

Da ultimo, tra coloro che hanno sostenuto che solo di circostanza attenuante possa parlarsi, vi è chi ha valorizzato il fatto che, in caso contrario, si determinerebbe un vulnus evidente al principio di tassatività e determinatezza, in quanto la fattispecie di cui al comma 3 dell’art. 609 bis c.p. sarebbe strutturata in evidente violazione degli stessi⁴⁸.

La principale controindicazione che deriva dalla scelta di qualificare l’ipotesi dei “casi di minore gravità” come attenuante è quella per cui tale fattispecie potrà essere oggetto del giudizio di bilanciamento di cui all’art. 69 c.p., potendo soccombere in presenza di un’eventuale aggravante, con effetto significativo sul trattamento sanzionatorio irrogabile⁴⁹. È opportuno, in ogni caso, dare atto del fatto che la giurisprudenza in materia non si è sempre espressa concordemente: un ormai superato indirizzo giurisprudenziale si esprimeva a sostegno della sottrazione dell’attenuante in esame al giudizio di comparazione delle circostanze di cui all’art. 69 c.p.⁵⁰.

Ciò premesso resta da comprendere quali indici debbano adoperarsi per concludere che una fattispecie rientri tra i “casi di minore gravità”⁵¹. Gran parte della dottrina si è espressa, a tal proposito, in termini molto critici, evidenziando che la scelta del legislatore di attribuire la selezione dei fatti meno gravi ad un’espressione assolutamente generica ed indefinita finisce per conferire all’organo giudicante uno

⁴⁸ Vi è chi, d’altra parte rileva che, se da un lato non si pone il problema della violazione del principio di legalità e del divieto di analogia in *malam partem*, in caso di attenuante che, per sua definizione, opera *pro reo*, dall’altro la diffusione di attenuanti così costruite si ripercuote inevitabilmente anche sul reato semplice cui esse accedono. Nello specifico, ponendo mente all’attenuante di cui all’art. 609 bis comma 3 c.p., è evidente che dall’incertezza in merito al suo ambito di applicabilità scaturisce indeterminatezza dell’ambito di operatività anche dei casi di non minore gravità che, de residuo, confluiscono nell’ipotesi base della violenza sessuale, con eccessiva attribuzione di potere discrezionale al giudice (E. DOLCINI, *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 262 ss).

⁴⁹ In tal senso: Cass. pen., sez. III, sent. 22.3.2017, n. 13866: “in tema di violenza sessuale, la diminuzione prevista dall’art. 609 bis, terzo comma, c.p. concorre nel giudizio di comparazione di cui all’art. 69 c.p.”.

⁵⁰ In tal senso Cass. pen., sez. III, sent. 17.11.2016 n. 12382: “in tema di violenza sessuale, la diminuzione prevista dall’art. 609 bis comma 3 c.p., per i casi di minore gravità non è soggetta al giudizio di comparazione di cui all’art. 69 c.p., stante l’obbligatorietà della sua applicazione allorché ne ricorrano le condizioni”. In precedenza: Cass. pen., sez. III, sent. 17 settembre 2007, n. 34902, nello stesso senso.

⁵¹ G. AMARELLI, *Violenza sessuale: presupposti per la riduzione della pena per i fatti di minore gravità*, in *Quotidiano giuridico*, 19 novembre 2015, pagg. 1 - 3.

spazio eccessivo di discrezionalità⁵². Ciò, peraltro, è quanto si è in concreto verificato e ne sono dimostrazione le numerose pronunce dei giudici di legittimità in materia che hanno tentato di tracciare i confini di una così vaga formulazione legislativa. I due orientamenti giurisprudenziali che maggiormente si sono contesi il campo hanno prospettato le seguenti soluzioni: a mente del primo, il giudice dovrebbe valorizzare la colpevolezza del reo, attribuendo rilevanza ai fini dell'applicabilità dell'attenuante a circostanze inerenti il suo stato soggettivo al momento del compimento della condotta; per il secondo, invece, andrebbe presa in considerazione unicamente la concreta lesività del fatto, l'entità della compressione della libertà sessuale verificatasi e il danno arrecato alla vittima (sia sotto il profilo fisico che psichico)⁵³. Quest'ultimo pare sia quello salutato con maggior favore anche dalla dottrina, perché ciò che rileva, ai fini della diminuzione, è la gravità del danno realizzato, da valutarsi e quantificarsi sulla scorta dei parametri di cui all'art. 133, co. 1, c.p.: la natura, la specie, i mezzi,

⁵² V. MUSACCHIO, *Il delitto di violenza sessuale: art. 609 bis c.p.*, Cedam, Padova 1999, pag.119; P. PISA, *Le nuove norme contro la violenza sessuale. Il commento in Dir. pen. proc.*, 1996, pag. 287.

⁵³ In tal senso si è espressa la giurisprudenza in maniera quasi univoca: Cass pen., sez. III, sent. 11 ottobre 1999, n. 11558: “la circostanza attenuante, prevista dal terzo comma dell’art. 609 bis c.p., nei “casi di minore gravità” deve considerarsi applicabile in tutte quelle fattispecie in cui – avuto riguardo ai mezzi, alle modalità esecutive ed alle circostanze dell’azione – sia possibile ritenere che la libertà sessuale personale della vittima sia stata compressa in maniera non grave. Ne consegue la necessità di una valutazione globale del fatto, non limitata alle sole componenti oggettive del reato, bensì estesa anche a quelle soggettive ed a tutti gli elementi menzionati nell’art. 133 c.p.”; Cass. pen., sez. III, 16 maggio 2000, n. 5646: “l’attenuante di cui all’art. 609 comma 3 co non risponde ad esigenze di adeguamento del fatto alla colpevolezza del reo, ma concerne la minore lesività del fatto in concreto rapportata al bene giuridico tutelato e, quindi, assume particolare importanza la qualità dell’atto compiuto più che la quantità di violenza fisica. Ovvero assumono rilievo il grado di coartazione esercitato sulla vittima e le condizioni, fisiche e mentali, di quest’ultima, le caratteristiche psicologiche, valutate in relazione all’età, l’entità della compressione della libertà sessuale ed il danno arrecato alla vittima anche in termini psichici”; Cass. pen., sez. III, 14 marzo 2003, n. 12007: “la nozione di “atti sessuali” così come, del resto, l’ipotesi di minore gravità, non si differenzia da quella prevista dall’art. 609 bis c.p. e non può essere caratterizzata da una concezione psicologico-comportamentale alla luce della qualità della parte offesa, dovendo piuttosto basarsi sull’effettiva lesività del bene protetto e, quindi, sulla compressione della libertà sessuale della vittima”; Cass. pen., sez. III, sent. 30 novembre 2011, n. 44416: “ai fini della configurabilità della circostanza attenuante del fatto di minore gravità nel tentativo di violenza sessuale non si deve tenere conto dell’azione effettivamente compiuta dall’agente, ma di quella che lo stesso aveva intenzione di porre in essere e che non è stata realizzata per cause indipendenti dalla sua volontà” e Cass. pen., sez. III, sent. 18 novembre 2015, n. 6784: “in tema di violenza sessuale, ai fini del riconoscimento della diminuzione per i casi di minore gravità di cui all’art. 609 bis ultimo comma c.p., deve farsi riferimento a una valutazione globale del fatto, nella quale assumono rilievo i mezzi, le modalità esecutive, il grado di coartazione esercitato sulla vittima, le condizioni fisiche e psicologiche di quest’ultima, anche in relazione all’età, mentre ai fini del diniego della stessa attenuante è sufficiente la presenza anche di un solo elemento di conclamata gravità.”

l'oggetto, il tempo, il luogo e ogni altra modalità dell'azione nonché l'intensità del dolo. In effetti, il primo problema che si pone è proprio relativo alla difficoltà di determinare una soglia al di sotto della quale il fatto, obiettivamente considerato e alla luce di tutte le circostanze del caso concreto, possa dirsi meno grave. Un primo approdo cui la giurisprudenza pare esser giunta è quello secondo cui la mera tipologia dell'atto sessuale compiuto, per quanto invasivo, non possa valere – da sola - per concedere o negare l'attenuante⁵⁴ (in tal senso si sono pronunciati più volte i giudici di legittimità affermando che la mera assenza di penetrazione non è, di per sé, sufficiente ad integrare l'attenuante *de qua*⁵⁵). Del resto, ove così non fosse, si finirebbe per riproporre quello che già era stato il limite caratterizzante la vecchia distinzione tra «violenza carnale» e «atti di libidine». Nello stesso senso, ma argomentando *a contrario*, la Suprema Corte si è pronunciata di recente, quando è stata chiamata a valutare la possibile applicazione dell'attenuante qualora gli atti sessuali siano posti in essere esclusivamente per via telematica, nel caso di integrazione del reato di corruzione di minorenni di cui all'art. 609 quinquies c.p. In tale occasione i giudici hanno rilevato che il solo fatto che gli atti sessuali vengano compiuti attraverso mezzi telematici (e quindi in via meramente virtuale) non possa da solo bastare per il riconoscimento dell'attenuante della minore gravità, in quanto ad un'innegabile minore compromissione della sfera fisica del minore non è detto che si accompagni anche una compromissione psichica di minore gravità⁵⁶. Si è poi univocamente affermato che il fatto che gli abusi si siano ripetuti nel tempo è condizione ostativa alla concedibilità dell'attenuante, in quanto una considerevole durata è indice di una

⁵⁴ S. LARIZZA, *Violenza sessuale: il ridimensionamento della gravità del fatto in una singolare decisione della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, pag. 859 e ss.

⁵⁵ In tal senso è emblematica Cass. pen., sez. III, sent. 6 marzo 2009, n. 10085: “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”; conf. Cass. pen. Sez III, 4 aprile 2008 n. 14230: “in tema di reati sessuali, non è sufficiente ai fini della concedibilità dell'attenuante speciale prevista dall'art. 609 bis, comma terzo, c.p. (casi di minore gravità) l'assenza di congiunzione carnale tra vittima ed autore di reato”.

⁵⁶ In tal senso Cass. pen., sez. III, sent. 26.3.2013, n. 19033: “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”.

compromissione non lieve del bene giuridico tutelato⁵⁷, al pari del caso in cui la violenza sessuale sia perpetrata dal genitore ai danni del proprio figlio⁵⁸. Egualmente si è detto che le qualità della persona offesa dal reato, al pari delle sue abitudini personali, non influenzano la possibile applicazione dell'attenuante: è, in altre parole, irrilevante la condotta di vita della persona offesa, in quanto il bene della libertà sessuale, afferendo alla sfera personale più intima dell'individuo ed al nucleo intangibile dei suoi diritti personalissimi, non può assumere valenza differente a seconda che appartenga a persona che ne faccia un uso "smisurato", anziché "modico"⁵⁹.

Può, quindi, concludersi che per la giurisprudenza l'attenuante in parola non risponde ad esigenze di adeguamento del fatto alla colpevolezza, bensì è legata al riconoscimento di una più lieve compromissione del bene giuridico tutelato dalla disposizione. Medesima è la *ratio* seguita dal legislatore con riferimento alla fattispecie prevista in materia di atti sessuali con minorenne, dal comma 4 dell'art. 609 quater c.p. ("nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi").

La ricostruzione giurisprudenziale presentata, da un lato, si mostra ancora una volta assolutamente coerente con il nostro modello del diritto penale del fatto, che ripudia del tutto un sistema improntato alla repressione del "tipo di autore", dall'altro non può andare esente da critiche sotto un ulteriore e differente punto di vista: posto che al fine del riconoscimento dell'attenuante le modalità qualitative della condotta devono avere determinato una lieve compromissione della libertà sessuale della persona offesa e il

⁵⁷ In tal senso Cass. pen., sez. III, sent. 15 gennaio 2008, n. 2001: "in tema di reati sessuali, deve escludersi la concedibilità dell'attenuante speciale prevista dall'art. 609 bis, comma terzo, c.p. (casi di minore gravità) ove gli abusi perpetrati in danno della vittima si siano protratti nel tempo".

⁵⁸ Così si è espressa la giurisprudenza nel 2008, affermando che "in tema di reati sessuali non ricorre l'attenuante della minore gravità del fatto (art. 609 bis, comma terzo, c.p.) nel caso in cui la violenza sessuale sia perpetrata dal genitore ai danni del proprio figlio in quanto, ponendo in essere tale condotta, il genitore lede la libertà di autodeterminazione sessuale di quest'ultimo, così determinando uno sviamento dalla funzione di accudimento e protezione, tipica della figura genitoriale" (Cass. pen., sez. III, sent. 11 gennaio 2008, n. 1190).

⁵⁹ In tal senso Cass. pen., sez. II, sent. 22 gennaio 2009, n. 3189: "in tema di violenza sessuale, ai fini della configurabilità dell'attenuante della minore gravità del fatto non rileva la circostanza che la vittima eserciti la prostituzione, in quanto il diritto al rispetto della libertà sessuale prescinde da condizioni e qualità personali, dal motivo e dal numero dei rapporti avuti in passato con persone più o meno conosciute".

danno arrecato alla stessa anche in termini psichici deve esser stato significativamente contenuto⁶⁰, si dubita della effettiva idoneità dell'accertamento giudiziale a compiere una simile valutazione⁶¹. È evidente infatti che la decisione in merito alla sussistenza o meno di una grave compromissione della libertà sessuale della vittima è in tal modo rimessa integralmente alla discrezionalità del giudice, il quale, nel suo prudente apprezzamento, deve bilanciare i diversi criteri offerti dall'art 133.1 c.p. e giungere ad un giudizio che definisca l'entità del trauma psichico subito dalla persona offesa nonché i danni conseguenti⁶². Come debba compiersi in concreto questa valutazione e di quali parametri e standard di riferimento debbano far uso gli interpreti resta ad oggi una questione aperta.

Alla luce delle considerazioni appena esposte, pare possa sostenersi l'esigenza di porre rimedio all'indeterminatezza, per quanto costituzionalmente tollerata, generata dall'esistenza nel tessuto normativo di un'attenuante così formulata. Le vie da seguire potrebbero coincidere con quelle già tracciate con riguardo al concetto di "atti sessuali", procedendo, dunque, a dare espressa definizione alla locuzione "casi di minore gravità", mantenendone invariata la sua qualificazione come attenuante, oppure creando una nuova fattispecie nell'ambito di un sistema che preveda, accanto alla repressione di reati sessuali più gravi (quali ad esempio lo stupro), anche reati sessuali minori tra i quali far rientrare la casistica oggi sussunta sotto il comma 3 dell'art. 609 bis c.p.

Aderendo a quest'ultima soluzione, peraltro, si riuscirebbe a dare rilievo alle numerose voci dottrinali che, già in sede di riforma, insistevano per l'introduzione di un delitto di "molestie sessuali"⁶³, finalizzato a incriminare le violazioni della sfera sessuale caratterizzate dalla loro minore entità⁶⁴. Potrebbe seguirsi la strada battuta dal

⁶⁰ A. MONTAGNA, *La difficile definizione del caso di minor gravità nei reati sessuali* (nota a Cass. pen., sez III, sent. 15.6.2010, n. 27272) in Cass. pen., 2011, p. 1429.

⁶¹ E. DOLCINI, *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 262 ss.

⁶² S. VITELLI, *Atti sessuali e minore gravità nel delitto di violenza sessuale* in *Archivio Penale*, n.1, 2016.

⁶³ TABARELLI DE FATIS, *Molestie sessuali e l. n. 66 del 1996: un'occasione mancata, ma forse non ancora perduta*, in A. CADOPPI (a cura di), *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/1006. Profili giuridici e criminologici*, Cedam, Padova, 2001, pag. 133 ss.

⁶⁴ L. D. CERQUA, *La punibilità degli "atti sessuali" nel disegno di legge contenente nuove norme a tutela della libertà sessuale*, in *Giust. Pen.*, 1986, I, p. 349 ss.; R. IANNIELLO, *Proposta di una nuova*

legislatore tedesco, il quale, come già anticipato, nel 2016 ha introdotto nell'ordinamento penale la nuova fattispecie di molestie sessuali, semplici (par. 184/i/1) e aggravate (par. 184/i/2). Con la prima, ha previsto la pena detentiva sino a 2 anni per “chiunque molesti un'altra persona toccandola fisicamente in maniera sessualmente connotata”; con la seconda la pena da 3 mesi a 5 anni nei “casi di particolare gravità”, espressamente tipizzando quello della “commissione del fatto da parte di una pluralità di persone”. Diversa e meno condivisibile è, invece, l'impostazione seguita dal codice penale francese, ove, nella sezione dedicata alle “aggressioni sessuali” (distinte dalla fattispecie di stupro), l'art. 222-33 incrimina “il fatto di molestare un'altra persona al fine di ottenere favori di natura sessuale” punendolo con la pena massima di un anno di pena detentiva e 15.000 euro di pena pecuniaria. In questo caso emerge come il legislatore segua uno schema finalistico, improntato non tanto alla punizione delle molestie sessuali in sé (cioè toccamenti sessualmente caratterizzati), quanto delle molestie, per così dire, semplici, poste in essere con una specifica finalità, essendo solo quest'ultima sessualmente connotata.

5. La punibilità degli atti sessuali non consensuali commessi sui luoghi di lavoro

Le suggestioni di cui al paragrafo precedente, in relazione alla possibilità di introdurre una fattispecie *ad hoc* idonea a punire le condotte di molestie sessuali, assumono rilievo particolare se si prende in considerazione uno specifico ambito di verifica di tale condotta penalmente rilevante, ossia quello lavorativo.

Si fa riferimento ad un aspetto proprio di un fenomeno più ampio: quello del *mobbing*. Il termine *mobbing* (da *to mob*, letteralmente "accalcarsi intorno a qualcuno") fu coniato nel 1971 dall'etologo Konrad per descrivere "il comportamento di gruppi di uccelli di piccola taglia nell'atto di respingere un rapace loro predatore". Tale accezione è stata successivamente mutuata per designare l'insieme degli atti o dei comportamenti vessatori, protratti nel tempo, posti in essere nei confronti di un lavoratore da parte dei componenti del gruppo di lavoro in cui è inserito o dal suo capo, e caratterizzati da un intento di persecuzione ed emarginazione finalizzato all'obiettivo primario di escludere la vittima dal gruppo.

disciplina delle molestie sessuali: un'espressione nuova per un problema antico, in *Crit. Dir.*, 1994, pag. 50 ss; M. BERTOLINO, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, in *Studium iuris* 1996, pag. 404 ss.

Si distinguono, a tal proposito, il c.d. *mobbing verticale* (posto in essere da un superiore gerarchico, con il frequente intento di indurre il lavoratore alle dimissioni), e che di solito coinvolge anche i colleghi (*side mobbers*), i quali preferiscono aiutare il superiore o comunque non difendere il collega per non trovarsi poi nella sua stessa situazione; da quello orizzontale, caratterizzato dall'attività dei colleghi in danno di un lavoratore di pari grado, emarginato per incompatibilità ambientale o caratteriale (ad es., per motivi sessuali, etnici o religiosi, per interessi sportivi diversi, o perché diversamente abile).

Altresì, all'interno del *mobbing* verticale, possono distinguersi il c.d. *mobbing* discendente (ossia realizzato dal superiore in danno del subordinato) o ascendente (dal subordinato al superiore).

Ad integrare le fattispecie possono assumere rilievo condotte - commissive o, in ipotesi, omissive – sia singolarmente illecite che lecite, o comunque irrilevanti dal punto di vista giuridico, e tuttavia capaci di poter acquisire rilievo, se valutate complessivamente, quali segmenti della condotta finalizzata alla persecuzione ed emarginazione della vittima.

Sotto il profilo del contenuto dei comportamenti idonei ad assumere, in quest'ottica, una qualche rilevanza, è evidente che essi possano estrinsecarsi anche in comportamenti lesivi della libertà sessuale, oltre che della libertà morale del soggetto passivo.

Con riguardo alle condotte che non integrano atti sessuali sin dal 1965 la giurisprudenza penale ha avuto modo di occuparsi di fenomeni riconducibili all'odierno concetto di *mobbing*⁶⁵. In quel caso i giudici di legittimità avevano escluso che si potesse ritenere configurato il reato di cui all'art. 571 c.p. ("abuso di mezzi di correzione o di disciplina"), in quanto, in un contesto lavorativo, è certamente precluso

⁶⁵ Cfr. Cass. pen., sez. II, 7 luglio 1965, Fontinot, in *Riv. giur. lav.*, 1965, p. 441 s.: "per la configurabilità del reato previsto dall'art. 571 c.p. (abuso dei mezzi di correzione e di disciplina) è necessario che l'azione posta in essere dal soggetto attivo trascenda i limiti dell'uso di un potere correttivo o disciplinare effettivamente spettante al soggetto medesimo nei confronti della persona offesa. Poiché in materia di rapporto di lavoro subordinato è assolutamente esclusa per l'imprenditore la possibilità di usare un qualunque mezzo di violenza fisica sulla persona del prestatore di lavoro, le percosse o le lesioni inferte dal primo al secondo, sia pure con l'intenzione di correggere, non possono considerarsi ricomprese nella previsione del citato art. 571, e debbono essere punite, secondo i casi, ai sensi degli artt. 581 (percosse) e 582 (lesioni) c.p.".

al datore di lavoro l'utilizzo di modi lesivi o violenti nei confronti del lavoratore, seppur posti in essere con finalità correttiva e di disciplina.

Dunque i comportamenti integranti il c.d. mobbing, singolarmente considerati, venivano inizialmente sussunti, di volta in volta, sotto i reati di percosse ex art. 581 c.p., lesioni ex art. 582 c.p., ingiuria ex art. 594 c.p. (ora depenalizzata nella forma semplice), minaccia ex art. 612 c.p., diffamazione ex art. 595 c.p., estorsione ex art. 629 c.p., abuso d'ufficio ex art. 323 c.p. e violenza privata ex art. 610 c.p.

Più recentemente (agli albori degli anni 2000) si è diffusa tra gli interpreti la prassi di sussumere i comportamenti di mobbing nell'alveo tracciato dall'art. 572 c.p., reato collocato tra i delitti contro la famiglia (in particolare, tra quelli contro l'assistenza familiare), rubricato "Maltrattamenti contro familiari e conviventi", e che punisce, tra gli altri (al comma 1), "chiunque [...] maltratta [...] una persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata [...] per l'esercizio di una professione o di un'arte".

Una tale prospettazione pareva essere agli inizi la migliore alternativa rispetto all'ipotizzabilità del reato di cui all'art. 571 c.p., la cui ammissibilità, come visto, doveva essere esclusa. In proposito, si era osservato che "l'esercizio della funzione correttiva con modalità afflittive e deprimenti della personalità, nella molteplicità delle sue dimensioni, contrasta con la pratica pedagogica e con la finalità di promozione dell'uomo ad un grado di maturità tale da renderlo capace di integrale e libera espressione delle sue attitudini, inclinazioni ed aspirazioni. Pertanto, quando un siffatto esercizio, nel contesto della famiglia ovvero di rapporti di autorità o di dipendenza, si ripeta con abituale frequenza nei confronti dello stesso soggetto, l'intento correttivo resta escluso, e si versa nell'ipotesi criminosa dell'art. 572 c.p."⁶⁶.

Conservando lo stesso orientamento, una giurisprudenza di poco successiva aveva ben focalizzato la distinzione tra le fattispecie di cui agli artt. 572 e 571 c.p. In tal senso aveva affermato che: "integra il delitto di maltrattamenti previsto dall'art. 572 c.p., e non invece quello di abuso dei mezzi di correzione o di disciplina (art. 571 c.p.), la condotta del datore di lavoro e dei suoi preposti che, nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, abbiano posto in essere atti volontari, idonei a produrre uno stato di abituale sofferenza fisica e morale nei dipendenti, quando la finalità perseguita dagli

⁶⁶ Cass. pen., sez. VI, 25 settembre 1995, Aprile, in C.E.D. Cass., n. 207527.

agenti non sia la loro punizione per episodi censurabili, ma lo sfruttamento degli stessi per motivi di lucro personale"⁶⁷.

Dal 2009 in poi la giurisprudenza pressoché costante ha confermato la riconducibilità delle pratiche mobbizzanti al reato previsto e punito dall'art. 572 c.p.

Voci discordanti, in dottrina, hanno, tuttavia, sottolineato il fatto che l'ambito di applicabilità del reato di maltrattamenti contro familiari e conviventi (già "Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli") sia stato ben delineato dal legislatore. Tale previsione incriminatrice è, infatti, limitata alle sole fattispecie commesse in danno di "una persona della famiglia o comunque convivente, o una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia o per l'esercizio di una professione o di un'arte". Si è in particolare valorizzato il fatto che l'ultimo inciso si riferisca agli educatori e ai maestri d'arte e non ai datori di lavoro né in generale all'ambito lavorativo. La pretesa di estendere tale previsione anche a questa categoria incorrerebbe, pertanto, nel rischio di violare il divieto di analogia *in malam partem*.

In senso correttivo, nel tentativo di conformarsi alle critiche, parte della giurisprudenza ha iniziato a limitare la punibilità ex art. 572 c.p. al solo caso in cui le condotte mobbizzanti fossero integrate in un ambiente lavorativo connotato da una "para-familiarità". In particolare si è affermato che: "Le pratiche persecutorie realizzate ai danni del lavoratore dipendente e finalizzate alla sua emarginazione (c.d. "*mobbing*") possono integrare il delitto di maltrattamenti in famiglia esclusivamente qualora il rapporto tra il datore di lavoro e il dipendente assuma natura para-familiare, in quanto caratterizzato da relazioni intense ed abituali, da consuetudini di vita tra i soggetti, dalla soggezione di una parte nei confronti dell'altra, dalla fiducia riposta dal soggetto più debole del rapporto in quello che ricopre la posizione di supremazia."⁶⁸

In senso contrario, tuttavia, altra parte della dottrina, accompagnata da significativa giurisprudenza, ha disatteso la condivisibilità di una tale interpretazione restrittiva⁶⁹.

⁶⁷ Cass. pen. sez. VI, 22 gennaio 2001, Erba, in *Lav. e prev. oggi*, 2001, p. 1006 ss.

⁶⁸ Cass. pen. sez. VI, sent. 6.02.2009, n. 26594. Successive conformi: Cass. pen. sez. VI, sent. 22.09.2010, n. 685; Cass. pen. sez. VI, sent. 10.10.2011 n. 43100; Cass. pen. sez. VI, sent. 11.04.2012, n. 16094; Cass. pen. sez. VI, sent. 28.03.2013, n. 28603 (a seguito della riforma ex l. 172 del 2012); Cass. pen. sez. VI, sent. 5.03.2014, n. 13088; Cass. pen. sez. VI, sent. 19.03.2014, n. 24642.

⁶⁹ Cass. pen. S.U., 20 dicembre 2007 in *Cass. pen. fasc.3*, 2008, p. 2751 ss., con nota di S. BELTRANI.

Se è pur vero che la scelta del legislatore codicistico di inserire la fattispecie di cui all'art. 572 c.p. nell'ambito dei reati contro la famiglia fosse intesa ad attribuire a quest'ultima rilievo centrale, quale oggetto di tutela penale, d'altro canto tale soluzione non vantava pretese di esclusività. In altre parole, da essa non si sarebbe potuto desumere alcun vincolo per l'interprete nel senso di dover escludere dall'ambito di applicabilità dell'art. 572 c.p. le condotte di maltrattamento poste in essere oltre le mura domestiche o comunque fuori dai presupposti descritti dalla norma. Soggetti passivi tutelati dalla fattispecie di cui all'art. 572 c.p., dunque, avrebbero ben potuto essere anche i lavoratori all'interno di un ambiente di lavoro.

Nonostante l'incondizionata tendenza di ricondurre le condotte di mobbing al delitto di cui all'art. 572 c.p., residuano, comunque, margini di autonomia per le singole condotte costitutive del fenomeno, qualora si ritenga possano concorrere con il reato di maltrattamenti.

In particolare, la prevalente giurisprudenza ha ordinariamente ritenuto che il delitto di cui all'art. 572 c.p. possa concorrere con quello di violenza sessuale⁷⁰; nonché con quello di violenza privata (ex art. 610 c.p.), qualora le violenze e le minacce del soggetto attivo siano adoperate, oltre che con la coscienza e volontà di sottoporre la vittima a sofferenze fisiche e morali in modo continuativo ed abituale, anche con l'intento di costringerlo ad attuare un comportamento che altrimenti non avrebbe volontariamente posto in essere⁷¹. Le condotte di mobbing possono, altresì, integrare contemporaneamente la diversa fattispecie di cui all'art. 323 c.p. ("abuso di ufficio"), ove ne ricorrano i presupposti.⁷²

⁷⁰ Cass. pen. sez. III, 25 giugno 2008, Ouertatani, in C.E.D. Cass., n. 241091; conforme: Cass. pen. sez. III, 12 novembre 2008, C., ivi, n. 241798.

⁷¹ Cass. pen. sez. VI, 30 aprile 1999, Mincone, in C.E.D. Cass., n. 214766, e 18 dicembre 1989, Billizzi, ivi, n. 185647.

⁷² Cass. pen. sez. VI, 17 ottobre 2007, Colazzo, in *Riv. pen.*, 2008, p. 1054 ss., con nota di DE BELLIS, *Mobbing e abuso d'ufficio*: "In materia di abuso d'ufficio, integra il requisito della violazione di legge il mutamento di destinazione di una dipendente comunale dallo svolgimento delle mansioni di coordinatrice economista a quelle di prevenzione ed accertamento delle violazioni in materia di sosta, deliberato dal Sindaco in violazione dell'art. 56 d.l.g. n. 29 del 1993 sui dipendenti delle pubbliche amministrazioni e dell'art. 7 C.C.N.L. dei dipendenti degli enti locali recepito nel d.P.R. n. 593 del 1993".

Diversamente, si è affermato che restino assorbiti all'interno del reato di maltrattamenti i delitti di percosse (art. 581 c.p.) e minacce (art. 612 c.p.), ma non quello di lesioni ex art. 582 c.p.⁷³.

Da ultimo, è opportuno richiamare la possibilità, da alcuni prospettata, di ritenere integrato, nel caso di comportamenti di mobbing, anche il delitto di cui all'art. 612 bis c.p. In senso contrario si è, tuttavia, osservato che l'operatività della clausola di riserva in apertura del delitto di atti persecutori ne escluderebbe l'applicazione in favore del più grave reato di maltrattamenti (quest'ultimo è infatti punito con pena più elevata⁷⁴: da tre a sette anni di reclusione, anziché da un anno a sei anni e sei mesi previsto per il reato di *stalking* ⁷⁵).

All'ambito di cui all'art. 612-bis c.p. sembrerebbero, al più, poter essere ricondotti i fenomeni di *mobbing* orizzontale esulanti dall'ambito dell'art. 572 c.p. (potendo esser ritenuti meno gravi di quelli di *mobbing* verticale).

Ove, diversamente, i comportamenti mobbizzanti si estrinsechino nella commissione di atti sessuali in danno della vittima, gli interpreti, in assenza di un'espressa previsione legislativa, devono necessariamente ricorrere all'unica norma al di sotto della quale, ad oggi, tali atti possono essere sussunti, ossia l'art. 609 bis c.p. Si è già detto, infatti, dell'inadeguatezza della norma di cui all'art. 660 c.p. a punire condotte lesive della libertà sessuale.

La punibilità ai sensi dell'art. 609 bis c.p. è, peraltro, frequentemente accompagnata dall'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 11 c.p., che prevede un aumento di pena qualora il fatto sia stato commesso “con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero con abuso di relazioni di ufficio, di prestazione d'opera, di coabitazione, o di ospitalità”.

⁷³ Cass. pen. sez. VI, 19 giugno 2003, Jardas, in C.E.D. Cass., n. 226443; conforme: Cass. pen. sez. I, 9 novembre 2005, Taheri, ivi, n. 234047. In dottrina (S. BELTRANI, *La rilevanza penale del mobbing in Cass. pen., fasc.3*, 2011, pag. 1286) si è tuttavia osservato che quest'ultima affermazione non appare, peraltro, incondizionatamente condivisibile, ove si considerino l'aggravante di cui all'art. 572, comma 2, c.p. (“se dal fatto deriva una lesione personale grave o gravissima, o la morte”), che sembra indurre a considerare le lesioni personali comuni quale possibile conseguenza dei maltrattamenti, nonché ammettere la pluri-offensività del delitto di cui all'art. 572 c.p.

⁷⁴ Il trattamento sanzionatorio previsto per entrambi i reati è stato recentemente innalzato dalla legge 69 del 2019.

⁷⁵ Il divario aumenta a dismisura per le fattispecie aggravate da un evento lesivo ex art. 572, comma 3, c.p., che ben può consistere nel grave stato di ansia o di paura di cui all'art. 612-bis c.p.

La pervasività del fenomeno delle molestie sessuali commesse suoi luoghi di lavoro, nonché la sua diffusività, desumibile anche dallo studio relativo all'ordinamento statunitense, induce a ritenere che sia necessario apprestare una tutela di tipo penalistico espressamente indirizzata al perseguimento di tali condotte, mediante la creazione di una fattispecie incriminatrice *ad hoc*.

6. La spiritualizzazione della violenza sessuale per costrizione

Il primo comma dell'art. 609 bis c.p. incrimina la c.d. violenza sessuale per costrizione, in quanto commessa “con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità”, differenziandola dalle ipotesi di cui al secondo comma, che sono realizzate “abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto” oppure “traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona”. Queste ultime ipotesi, in realtà, non costituiscono vere e proprie forme di aggressione sessuale, potendo semmai esser ricondotte alla categoria degli abusi sessuali: con esse, infatti, non si realizza una vera e propria aggressione, nel senso di un soverchiamento, per così dire, violento della volontà della vittima⁷⁶.

Il tratto distintivo tra la violenza sessuale commessa “per costrizione” (ex art. 609 bis co. 1 c.p.) e quella realizzata “mediante induzione” (ex art. 609 bis co. 2 c.p.) si rinviene, in effetti, nella circostanza per cui mentre la “violenza”, la “minaccia”, nonché l’“abuso di autorità” richiesti ai fini della configurabilità della prima denotano il fatto che l'atto sessuale non sia voluto dalla persona offesa, dunque non sia compiuto consensualmente; la violenza sessuale “per induzione” implica la sussistenza di un consenso “viziato”.

Per meglio approfondire, deve dirsi che l'induzione, espressione di una novità della riforma del 1996, assume rilevanza penale solo se accompagnata dalle modalità di

⁷⁶ Vi è chi, per tale ragione, riconduce le ipotesi di cui al comma 2 dell'art. 609 bis c.p. alla categoria delle aggressioni sessuali indirette in quanto, mentre in caso di violenza o minaccia (aggressioni sessuali dirette) la volontà della vittima viene superata dall'esterno mediante un atto di sopraffazione coercitiva, nel caso di abuso della posizione di inferiorità o inganno o sostituzione di persona essa viene strumentalizzata o ingannata dal soggetto attivo a fini sessuali (F. MACRÌ, *Verso un nuovo diritto penale sessuale: diritto vivente, diritto comparato e prospettive di riforma della disciplina dei reati sessuali in Italia*, Firenze, 2010)

realizzazione espressamente indicate dal legislatore, e cioè l'abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della vittima (ex art. 609 bis co. 2 n. 1 c.p.) ovvero la sostituzione di persona (ex art. 609 bis co. 2 n. 2 c.p.).

Con riferimento alla fattispecie di maggior interesse, ossia a quella descritta al n. 1 del secondo comma, va detto che essa rappresenta il risultato della modifica di alcune delle ipotesi che in precedenza integravano la violenza c.d. presunta (si richiama, in particolare, l'art. 519 co. 2 n. 3 c.p., che puniva con lo stesso trattamento previsto per la violenza carnale il fatto di congiungersi con persona “malata di mente, o non in grado di resistere a cagione delle proprie condizioni di inferiorità psichica o fisica”). La nuova formulazione non punisce più il mero congiungersi con persona in condizione di inferiorità, nella presunzione assoluta della sua incapacità di esprimere un consenso spontaneo, ma si esige che l'agente abusi in concreto delle condizioni di debolezza fisica o psichica della persona offesa: in altre parole l'induzione deve estrinsecarsi in un reale sfruttamento delle condizioni di inferiorità del soggetto minorato al fine di carpirgli un consenso all'atto sessuale che altrimenti mancherebbe.⁷⁷

Con riguardo alla condotta induttiva, si osserva che essa deve tradursi in forme di persuasione o suggestione, o comunque di effettivo influenzamento psicologico, mediante cui l'agente spinge la vittima alla realizzazione di atti sessuali.

Secondo la prevalente giurisprudenza, infatti, l'induzione “*si realizza quando, con un'opera di persuasione spesso sottile o subdola, l'agente spinga o convince la persona che si trovi in stato di inferiorità a sottostare ad atti che diversamente non avrebbe compiuto*”⁷⁸. E, ancora, si precisa che per induzione “*va intesa l'opera di persuasione mediante la quale il soggetto passivo viene convinto a compiere o subire l'atto sessuale, mentre l'abuso consiste nella distorta utilizzazione delle condizioni di menomazione da parte dell'agente*”⁷⁹.

⁷⁷ La ratio sottesa a tale previsione coincide con l'intenzione del legislatore di eliminare la presunzione di violenza per non precludere neppure al malato di mente (o al soggetto comunque incapace), in quanto tale, l'esercizio della libertà sessuale, a prescindere dalla effettiva verifica della capacità di prestare il consenso.

⁷⁸ Cass. pen. sez. III, sent. 3.09.2007, n. 33761.

⁷⁹ Cass. pen. sez. III, sent. 3.09.2007, n. 33761.

Ciò si verifica, ad esempio, qualora la vittima versi in stato di ubriachezza, di assuefazione derivante dall'assunzione di stupefacenti, o di suggestione ipnotica.

Si è evidenziato che tale stato psichico è compatibile anche con un relativo grado di resistenza da parte del soggetto passivo, non postulando una simile condizione di inferiorità psichica un assoluto automatismo della vittima di fronte alla sollecitazione di prestazioni sessuali da parte dell'agente⁸⁰.

Si ha, invece, inferiorità fisica qualora il soggetto passivo non sia in grado di esprimere efficacemente il suo dissenso a causa, per esempio, di una forte debolezza organica o di una malattia fisica⁸¹.

Con riferimento alla violenza sessuale commessa mediante costrizione, il legislatore della riforma ha optato per il mantenimento degli elementi della violenza e della minaccia che, insieme all'abuso di autorità, costituiscono le condizioni della illiceità della condotta. La violenza sessuale ex art. 609 bis comma 1 c.p. deve essere, quindi, realizzata con tali mezzi costringenti, che devono porsi in rapporto eziologico-strumentale rispetto alla realizzazione delle attività sessuali, così da costituire quest'ultima l'effetto e i primi la causa.

Sotto il profilo applicativo, i maggiori problemi si pongono in relazione al requisito della "violenza" che, per tale ragione, sarà al centro della presente analisi, al termine di brevi cenni inerenti alle fattispecie di violenza sessuale commesse mediante minaccia e abuso di autorità.

L'elemento della minaccia è ricorrente nel codice penale, sia nella sua parte generale (il richiamo è all'art. 54 comma 3 c.p.), ma soprattutto in quella speciale. Ivi viene in rilievo, innanzitutto, come figura autonoma di reato ai sensi dell'art. 612 c.p. (perciò punita quale condotta idonea a suscitare un timore, indipendentemente da un effetto di coazione sulla vittima), dovendosi in tal caso qualificare come minaccia-fine. Altri esempi di minaccia-fine presenti nel codice sono quella reiterata idonea a integrare il reato di maltrattamenti contro familiari e conviventi (ex art. 572 c.p.) o quello di atti persecutori (ex art. 612 bis c.p.) e quella che integra il delitto di lesioni personali

⁸⁰ Cass. pen. 14.3.1984, *Giust. Pen.* 85, II, 463. In dottrina v. contra A. PECORARO ALBANI, *Atti di libidine violenti*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, 19, Giuffrè, Milano, 1959.

⁸¹ S. R. PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, M. PAPA, (a cura di) *I reati contro la persona, Vol. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, Utet, Torino, 2017.

quando cagioni una “malattia nella mente” ai sensi dell’art. 582 c.p. Deve invece parlarsi di minaccia-mezzo quando essa venga in rilievo come modalità tipica della condotta e sia perciò caratterizzata dall’effetto di coazione che determina. Ciò si verifica, a titolo esemplificativo, in fattispecie quali l’estorsione (629 c.p.), la rapina (628 c.p.), la violenza o minaccia a un pubblico ufficiale (336 c.p.) nonché nel reato di violenza sessuale. La dottrina evidenzia come mentre il disvalore della minaccia-fine risiede nel turbamento dell’integrità psichica, quello della minaccia-mezzo sta nell’effetto di coazione sull’altrui libertà di autodeterminazione, “la cui offesa si somma a quella comunque inferta all’integrità psichica attraverso la minaccia”⁸²; ed aggiunge che la violenza sessuale è una figura speciale di violenza privata, che si ritiene posta in essere con minaccia qualora l’oggetto dell’intimidazione sia compiere o subire un atto sessuale.

Perché la minaccia integri il reato di cui all’art. 609 bis c.p. occorre, infatti, che essa sia il mezzo mediante il quale l’agente “conculca la libertà di compiere liberamente le proprie scelte in materia sessuale e, al contempo, lascia un indelebile sfregio nella psiche della vittima, dove si annidano la paura e la sofferenza per la violenza subita” e, affinché la minaccia determini un tale effetto, serve che abbia una capacità di intimidazione sufficiente, ossia che sia idonea a turbare l’animo altrui ingenerando in esso timore (*metus*) dettato dalla prospettazione di un male futuro ingiusto ai suoi danni o ai danni di terzi. Tale efficacia dovrà essere accertata dagli interpreti all’esito di una valutazione complessiva per la quale dovranno prendersi in considerazione diversi indici, tra i quali il male prospettato, le circostanze spazio - temporali dell’azione, la capacità a delinquere del soggetto attivo e le condizioni psico-fisiche del soggetto passivo.

Nella prassi giurisprudenziale pochi sono i casi di violenza sessuale realizzata mediante minaccia⁸³.

⁸² G. L. GATTA, *La minaccia*, Aracne editrice S.r.l., Roma, settembre 2013.

⁸³ A titolo esemplificativo: Cass. pen., sez. III, 17.12.2004 n. 48521; Cass. pen., sez. III, 6.6.2008 n. 22719 e Cass. pen. 11.6.2008, n. 37251, Bottiglieri, CED 241277. In quest’ultima l’agente, ai fini di ottenere favori sessuali dalla vittima, la minacciava di intraprendere nei suoi confronti un’azione giudiziaria – in particolare uno sfratto – per morosità (potendo la minaccia concretizzarsi anche nella prospettazione dell’esercizio di un diritto, quando essa sia strumentalizzata al conseguimento di un profitto ingiusto e *contra ius*).

Con riferimento all'ultima delle ipotesi di cui al primo comma dell'art. 609 bis c.p., ossia quella dell'abuso di autorità, deve affermarsi che essa non ha quasi alcun riscontro nella prassi giurisprudenziale. Ciò perché si ritiene non vi sia alcuna significativa differenza ontologica tra l'abuso di autorità quale strumento di pressione sulla vittima e la costrizione tipizzata dal legislatore negli elementi della violenza o della minaccia. In ogni caso pare opportuno sottolineare che la fattispecie *de qua* punisce le condotte poste in essere da qualsiasi soggetto che eserciti un'autorità nei confronti della persona offesa, senza che abbia più rilevanza la distinzione tra pubblica e privata, a differenza di quanto avveniva *ante* riforma, in vigore dell'art. 520 c.p., ove soggetto attivo del reato poteva essere solo il pubblico ufficiale e non il privato cittadino⁸⁴. Elemento necessario per ritenere sussistente tale ipotesi è che vi sia un rapporto di subordinazione psicologica tra l'agente e la vittima, di cui il primo effettivamente si approfitti per sopraffare sessualmente la seconda.

Come si è anticipato, tra le fattispecie descritte dal primo comma dell'art. 609 bis c.p., quella più discussa, sia in dottrina che in giurisprudenza, è quella della violenza sessuale realizzata mediante violenza. Il problema principale che oggi si pone è quello di individuare se il requisito della violenza, espresso dal legislatore del 1996, sia idoneo ad inglobare l'eterogenea casistica che viene ricondotta alla disposizione in esame dai giudici di legittimità. Per rispondere a tale quesito è opportuno soffermarsi sul significato del concetto di violenza per come inteso dal legislatore anche in altre disposizioni penali, nonché con riferimento alla sua interpretazione giurisprudenziale. Il codice penale, sebbene preveda la violenza alle volte come elemento costitutivo di singole fattispecie di reato, altre come aggravante, non ne fornisce una definizione. Tale assenza, aggiunta alla evidente vaghezza del termine dal punto di vista linguistico, determina la creazione di un ampio spazio di discrezionalità per l'interprete.

L'esigenza di circoscrivere l'ambito di operatività del concetto di violenza, individuando quali forme di manifestazione siano suscettibili al di sotto della previsione legislativa e quali invece, debbano essere espunte, assume rilievo soprattutto nei casi in cui la sussistenza o meno della violenza incida sull'*an* stesso della punibilità. Così non può dirsi qualora l'agente abbia al contempo integrato la

⁸⁴ M. VIZZARDI, *Commento all'art. 609 bis c.p.* in G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Codice penale commentato*, IV ed., Wolters Kluwer, Milano, 2015, pagg. 5835 ss.

condotta tipica del reato di violenza sessuale con più modalità tutte penalmente rilevanti.

Per molti anni la dottrina si è interrogata su quale dovesse essere il significato da dare al concetto di violenza. Ciò che appare evidente è che la storia del significato del termine violenza sia stata contrassegnata da una progressiva emancipazione dai requisiti dell'estrinsecazione di forza fisica e dei suoi effetti sul corpo della vittima⁸⁵, verso una sempre più marcata “spiritualizzazione” (o “volatilizzazione” o “dematerializzazione”) del concetto. In tal senso, già in vigenza del codice Zanardelli, si esprimeva parte della dottrina, ritenendo che, per integrare il requisito della violenza, ricorrente in differenti fattispecie incriminatrici, non servisse una vera e propria forza fisica, ma bastasse un mero atto esteriore (ontologicamente differente dalla minaccia) idoneo a costringere qualcuno⁸⁶.

Concordemente, si è espressa compatta la giurisprudenza che, in materia di delitti che contemplano la violenza tra i requisiti costitutivi, ha sinora sempre adottato una nozione assai lata di quest'ultima, che prescinde del tutto da una connotazione in termini di aggressione al corpo della persona, e che si impernia esclusivamente sulla idoneità della condotta a produrre una costrizione del volere della persona offesa.

Una siffatta ampiezza del concetto in questione ha spinto la dottrina a suddividere le differenti tipologie di violenza penalisticamente rilevanti in autonome categorie, individuandone i confini applicativi⁸⁷. La prima bipartizione elaborata, che tuttora trova applicazione sia nella teoria che nella prassi, è quella che distingue la violenza personale da quella reale, dovendosi ritenere la prima come posta in essere nei confronti della persona e la seconda quale violenza sulle cose (il cui corrispondente normativo va rivenuto nel dettato dell'art. 392 comma 2 c.p.). Il positivo accertamento della sussistenza di quest'ultima è subordinato all'individuazione dell'esistenza, nel caso di specie, dei requisiti alternativi del danneggiamento, della trasformazione o del mutamento di destinazione della cosa. Quanto alla violenza sulla persona, essa può essere a sua volta distinta a seconda che venga posta in essere mediante

⁸⁵ G. DE SIMONE, *Violenza (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Giuffrè, Milano, 1993, pag. 839.

⁸⁶ M. BALZARINI, *Violenza (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Giuffrè, Milano, 1993, pagg. 830 ss.

⁸⁷ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*. XIV ed., Giuffrè, Milano, 2003.

l'estrinsecazione di una forza fisica di qualsiasi entità sul corpo della persona offesa dal reato (violenza propria), oppure attraverso forme di coazione che non presuppongono l'impiego della forza, ma che, al contempo, non sconfinano né si sovrappongono con la minaccia (violenza impropria). In particolare, rientrano in questa seconda tipologia tutte quelle condotte che cagionano uno stato di incapacità nel soggetto passivo (si pensi, in particolare, al caso di ipnosi o di somministrazione di sostanze alcoliche o stupefacenti), il cui referente normativo è rinvenibile nell'art. 613 c.p. ("stato di incapacità procurato mediante violenza")⁸⁸. Da una tale classificazione emerge come elemento comune alle ipotesi di violenza personale propria e impropria sia la necessaria sussistenza di un nesso eziologico tra la condotta posta in essere e la contrarietà al volere del soggetto passivo, configurandosi un sistema volto principalmente ad accertare se la volontà della vittima sia stata coartata, a prescindere dalle concrete modalità con cui tale effetto sia stato raggiunto⁸⁹.

Questa impostazione si ritrova per lo più nella manualistica⁹⁰, arricchita dall'ulteriore bipartizione, proposta da Mantovani, tra la violenza-fine e la violenza-mezzo: la prima fine a sé stessa, ricorrente, ad esempio, nei reati di omicidio, lesioni personali e percosse, la seconda in quanto mezzo attraverso il quale si vince la resistenza della vittima, caratteristica proprio dei reati sessuali.

Come si è visto, dunque, l'elaborazione dottrinale ha riempito il concetto di "violenza", utilizzato dal legislatore penale, di contenuti sempre più ampi, certamente superandone il significato letterale.

Anche sul terreno pretorio, si rinviene una casistica amplissima, in forza della quale si tendono a raggruppare sotto la definizione di violenza le condotte più disparate che di volta in volta si discostano, in modo più o meno significativo, dalla literalità del dato normativo. Una breve ricognizione delle sue applicazioni pratiche più frequenti, relative alle figure delittuose di maggior rilievo, tra le quali spiccano i reati sessuali, permetterà di cogliere con più precisione la reale dimensione del concetto estensivo di

⁸⁸ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro la persona*, Padova, Cedam, 1995, pag. 323 ss.

⁸⁹ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, XIII ed., Giuffrè, Milano, 1999, pag. 137 ss.

⁹⁰ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, IX ed., Giuffrè, Milano, 2000, pag. 348 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, III ed., Zanichelli, Bologna, 2002, pag. 280 ss; G. MARINI, *I delitti contro la persona*, II ed., Giappichelli, Torino, 1996, pag. 353.

violenza, che potrà servire anche al fine di una rivisitazione della formulazione letterale dell'art. 609 bis c.p.

Tre sono gli ambiti in cui l'accertamento del requisito della violenza assume importanza assolutamente pregnante: quello occupato dalla norma incriminatrice di cui all'art. 610 c.p. (violenza privata), quello di cui all'art. 337 c.p. in materia di resistenza a pubblico ufficiale e, da ultimo, l'intera categoria dei delitti sessuali.

Quanto al delitto di violenza privata, emblematica dell'iter giurisprudenziale in materia, è una pronuncia della Suprema Corte, degli inizi degli anni '80, in occasione della quale i giudici di legittimità hanno affermato che “nel delitto di violenza privata l'elemento della violenza è costituito dall'esplicarsi di una qualsiasi energia fisica da cui derivi una coazione personale. Non rileva, pertanto, né la qualità dei mezzi adoperati, né che essi siano diretti od indiretti, di carattere materiale o psicologico, occorrendo solo la idoneità di essi al raggiungimento dello scopo che è quello di costringere altri a fare, tollerare od omettere qualcosa”⁹¹. Di poco anteriore è un'altra sentenza dei giudici di legittimità, in occasione della quale è stato formulato il principio per cui “per violenza non si intende solo una coercizione fisica impeditiva di liberi movimenti della persona offesa, ma anche qualunque azione valida a porre questa di fronte all'alternativa di non muoversi o di muoversi col pericolo di menomare l'integrità altrui, anche dello stesso agente che volontariamente e consapevolmente crea l'ostacolo”⁹². Tale approccio, del tutto incentrato sulla valorizzazione del risultato della condotta a prescindere dalle concrete modalità in essa adoperate, è stato recentemente confermato dalla Cassazione, la quale ha sottolineato che ciò che assume rilievo non è tanto la qualificazione dell'atto in sé, quanto la realizzazione del risultato cui l'atto è prodromico, affermando che “non è configurabile il delitto di violenza privata allorquando gli atti di violenza non siano diretti a costringere la vittima ad un *patti*, ma siano essi stessi produttivi dell'effetto lesivo, senza alcuna fase intermedia di coartazione della libertà di determinazione della persona offesa”⁹³.

⁹¹ Cass. pen., sez. V, sent. 24.5.1982 n. 8418 (imp. Scerenzia).

⁹² Cass. pen., sent. 27 settembre 1974, Lucarelli, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1975, pag. 667, con nota di Bajno, *Appunti*, cit. (l'imputato si era seduto sul cofano dell'autovettura condotta dal soggetto passivo, il quale era stato così costretto a fermarsi).

⁹³ Cass. pen., sez. V, sent. 5.2.2018 n. 10132.

Emerge, dunque, chiaramente come in tale ambito vi sia una netta estensione del concetto di violenza a qualsiasi condotta in grado di esplicare sulla vittima un effetto di coazione, anche solo nella forma della *vis compulsiva*.

A proposito della fattispecie di resistenza a pubblico ufficiale (ex art. 337 c.p.), la giurisprudenza si è espressa concordemente ritenendo che debba intendersi come violenza ogni mezzo idoneo a impedire o ostacolare la funzione del pubblico ufficiale, rilevando la fase esecutiva piuttosto che il risultato finale, con esclusione delle sole condotte di mera resistenza o disobbedienza passiva. In tal senso si è espressa più volte la Suprema Corte, affermando, da un lato, che “integra l'elemento costitutivo della violenza nel reato di resistenza a pubblico ufficiale l'opporvi, in maniera concreta ed efficace, all'atto che il pubblico ufficiale sta legittimamente compiendo”⁹⁴ e che “l'integrazione del reato di resistenza a pubblico ufficiale non richiede che sia impedita, in concreto, la libertà di azione dello stesso, essendo sufficiente che si usi violenza o minaccia per opporsi al compimento di un atto di ufficio o di servizio, indipendentemente dall'esito positivo o negativo di tale azione e dall'effettivo verificarsi di un impedimento che ostacoli il compimento degli atti predetti”⁹⁵.

Con riferimento alla macrocategoria dei reati sessuali può affermarsi che il fenomeno di spiritualizzazione abbia raggiunto la sua massima estensione applicativa, avendo la giurisprudenza finito per spostare l'indagine volta all'accertamento della sussistenza del reato dai requisiti della fattispecie all'elemento della mancanza del consenso, non espressamente menzionato nell'art. 609 bis c.p. In altre parole, in tale ambito, la tendenza è quella di ravvisare una condotta violenta pressoché in ogni ipotesi in cui emerga, o si possa desumere che il soggetto abbia agito conoscendo il dissenso della vittima all'atto sessuale, e quindi anche senza l'impegno di alcun mezzo coercitivo.

Ripercorrendo brevemente le tappe di questo iter giurisprudenziale si osserva che, prima dell'intervento del legislatore della riforma, la violenza doveva concretizzarsi in una forza fisica esercitata sul corpo della vittima, caratterizzata da un'intensità tale (c.d. *vis atrox*) da soverchiare qualsiasi resistenza della persona offesa. A quest'ultima era richiesto un vero e proprio onere di opporsi alla violenza costrittiva dell'agente, essendo un minimum di violenza necessariamente richiesto perché la consumazione

⁹⁴ Cass. pen., sez. II, sent. 18.09.2009, n. 41419.

⁹⁵ Cass. pen., sez. VI, sent. 13.1.2010 n. 3970.

del rapporto potesse dirsi imposta. Così si esprimeva la voce autorevole di Manzini, nel 1951, affermando che “la violenza carnale non costringe, ma induce o conquista o seduce [...] vince quella riluttanza fatta di civetteria e di desiderio che la donna ostenta come le femmine di molte specie animali [...]. Questa dolce violenza seduttrice, ma non coercitrice, questa *vis grata puellis*, non è certo la violenza necessaria a rendere punibile il congiungimento carnale. L’agente non è penetrato a forza; egli si è limitato a spingere una porta socchiusa, se non addirittura spalancata”⁹⁶. Tale orientamento restò prevalente sino alla metà degli anni 60, periodo in cui le Corti, seppur non abbandonando la necessità di accertare la prova che fosse stata dispiegata nei confronti dell’imputato una forza fisica tale da soverchiarne il libero volere, tuttavia mostrarono di non esigere dalla vittima l’estrinsecazione di una forza di segno opposto volta a neutralizzare l’aggressione. In un’importante pronuncia dei primi anni ‘60 i giudici di legittimità hanno affermato che “la violenza fisica, agli effetti del diritto punitivo, consiste nell’impiego di una forza fisica, di qualsiasi grado e intensità che si sovrapponga alla resistenza fisica dell’altra parte, sì che questa è costretta a subire la volontà dell’agente. Trattandosi di una costrizione che incide sulla libera determinazione del soggetto passivo essa deve essere percepita nel momento in cui si attua, in guisa da determinare la reazione; il dissenso, cioè, in qualsiasi modo manifestato, deve essere vinto mediante l’impiego della forza fisica soverchiante”⁹⁷. L’effetto del nuovo approccio interpretativo fu quello, in altre parole, di determinare un sempre più evidente spostamento da un sistema definibile come reo-centrico (cioè incentrato sulla posizione dell’autore della condotta e sui fattori a lui inerenti) a un sistema di tipo vittimo-centrico (ossia incentrato sulla posizione della persona offesa del reato nonché sulla sua libera volontà). Corollari di tale impostazione sono il fatto che elemento centrale nell’accertamento della sussistenza del reato di violenza sessuale diviene la mancanza del consenso della vittima, ritenendosi che esso difetti non solo quando manchi ma anche quando non sia libero, bensì coattivamente estorto; e che il dissenso della vittima possa non accompagnarsi sempre a una corrispondente reazione fisica tesa ad opporsi alla costrizione dell’agente. Aderendo a questa linea interpretativa la Cassazione, in epoca successiva alla riforma, ha finito per ricondurre

⁹⁶ V. MANZINI, *Diritto penale italiano*, Utet, Torino, 1951, pag. 271.

⁹⁷ Cass. pen., 19.11.1965, in *Giustizia penale*, 1966, II, 464.

al concetto di violenza anche situazioni che non sono del tutto compatibili con il tenore letterale dell'art. 609 bis c.p. Ciò è quanto avvenuto con l'estensione del suo ambito applicativo sino a ricomprendersi anche gli atti repentini e “a sorpresa”, che, secondo i giudici di legittimità, integrano il reato di violenza sessuale in quanto “compiuti senza accertarsi del consenso della persona destinataria, o comunque prevedendone la manifestazione di dissenso”⁹⁸. Pur dando atto dell'esistenza di alcune pronunce di merito in senso contrario⁹⁹, questa è la logica che ha seguito la giurisprudenza per punire palpeggiamenti repentini, sfregamenti, baci di sorpresa, toccamenti fugaci, ove certamente non può ritenersi estrinsecata da parte del soggetto agente una condotta connotata dalla presenza del requisito della violenza; ed è la medesima ratio sottesa alla decisione da parte degli interpreti di far rientrare nel concetto di violenza anche quella c.d. “potenziale”, posta in essere, ad esempio, dall'operatore sanitario che, abusando della sua posizione, compia atti sessuali¹⁰⁰ facendo credere che siano necessari per il completamento della visita. È evidente in quest'ultimo caso come

⁹⁸ In tal senso Cass. pen., sez. III, sent. 27.01.2004, n. 6945, secondo la quale: “In tema di violenza sessuale, l'elemento oggettivo consiste sia nella violenza fisica in senso stretto, sia nella intimidazione psicologica che sia in grado di provocare la coazione della vittima a subire gli atti sessuali, sia anche nel compimento di atti di libidine subdoli e repentini, compiuti senza accertarsi del consenso della persona destinataria, o comunque prevenendone la manifestazione di dissenso”. Nel medesimo senso si veda anche Cass. pen., sez. III, 23.9.2004, n. 37395 e la successiva Cass. pen., sez. III, 6.12.2010, n. 43235, nella cui occasione i giudici di legittimità hanno ribadito che “la giurisprudenza di legittimità ormai consolidata ritiene sussistere l'ipotesi di reato contestata al ricorrente (art. 609 bis c.p.) non solo quando la persona offesa sia messa nell'impossibilità di resistere mediante il ricorso a condotte violente o espressamente minacciose, ma anche quando la volontà contraria della persona sia superata mediante condotte subdole, repentine o improvvise”.

⁹⁹ Emblematica in tal senso una sentenza del Tribunale di Palermo (Trib. Palermo, 8.3.2004 in *Ius Explorer*), nella quale si afferma che “come comunemente si ritiene nella stessa coscienza sociale, la violenza deve ritenersi cosa ben diversa dalla sorpresa e dall'insidia; essa va individuata nella estrinsecazione di un'energia fisica trasmodante in pregiudizio fisico di una persona (o di una cosa), fermo restando – trattandosi di un concetto di rapporto – che non rileva, ai fini della qualificazione di una condotta come violenta, il quantum di energia spiegata, ma il pregiudizio fisico arrecato” ed ancora che “tali condotte, fermo restando il loro disvalore, non sono tuttavia contemplate dalle disposizioni a tutela della libertà sessuale, potendo eventualmente, ossia ove ne ricorrano tutti i presupposti, integrare altre fattispecie di reato”. A sostegno il Tribunale ha anche argomentato facendo riferimento alla proporzionalità del trattamento sanzionatorio, affermando che “questa opzione ermeneutica troverebbe conferma anche nei limiti di pena previsti dalle fattispecie richiamate, i quali finirebbero con l'essere sproporzionati per eccesso, pur nel loro minimo e nonostante le circostanze attenuanti in astratto applicabili, rispetto a fatti di portata aggressiva comunque limitata se confrontata con le condotte di violenza sessuale in senso proprio”.

¹⁰⁰ A tal proposito si richiama quanto prima esplicitato in merito alla definizione di atti sessuali e alla sua connotazione oggettiva.

l'agente non adopera la violenza come mezzo per compiere tali atti, né la vittima percepisce alcun senso di costrizione o coazione esercitata sulla sua persona; tuttavia ciò che rileva è il fatto che il consenso non sia stato liberamente manifestato essendo stato estorto con l'inganno, presumendosi che se il paziente avesse conosciuto la realtà della situazione, avrebbe opposto resistenza o, comunque, non avrebbe consentito. Richiamando la bipartizione tra violenza-fine e violenza-mezzo, si deve affermare che, in simili circostanze, manca qualsiasi condotta che valga quale mezzo rispetto ad un effetto finale di "costrizione". In altre parole, l'uso della forza fisica sul corpo non è funzionale a vincere la resistenza della vittima ad un atto sessuale distinto e successivo rispetto alla condotta violenta ma costituisce esso stesso l'atto sessuale che la vittima subisce¹⁰¹. Come infatti afferma la dottrina¹⁰², nello schema dell'art. 609 bis c.p. la violenza è il connotato essenziale di una condotta la quale, a sua volta, deve atteggiarsi alla stregua di mezzo destinato a realizzare un evento ulteriore: vale a dire la costrizione della vittima a compiere o subire atti sessuali; dovendosi dunque trattare di qualcosa di diverso dal fatto in cui si esprime la violenza. Una tale duplicità di ruolo del requisito della violenza non si rinviene ove vengano in rilievo contatti sessuali repentini (come nel classico palpeggiamento su un mezzo di trasporto pubblico), compiuti approfittando della sorpresa della vittima, in quanto in questi casi difetta radicalmente una prima condotta violenta, funzionale alla successiva costrizione della vittima a subire un atto sessuale. In particolare, a difettare è proprio l'estremo della costrizione, il quale sembra in effetti postulare un reale contrasto di volontà tra l'autore e la vittima, nei termini dunque di un autentico dissenso di quest'ultima all'atto sessuale. Si avverte quindi come, in realtà, dalla violenza si prescinde, soprattutto in casi simili a quelli da ultimo descritti. Tuttavia, la permanenza del requisito della violenza nell'art. 609 bis c.p., impone, onde evitare di discostarsi eccessivamente dal dato letterale, sforzi interpretativi massimi volti a qualificare come violente anche condotte che sono del tutto prive di tale caratteristica.

Ciò che è ormai centrale nei reati sessuali è l'accertamento della mancanza di volontà della vittima, a prescindere dalle modalità, coercitive o non, con cui il reato viene posto

¹⁰¹ A. PECORARO ALBANI, *Il concetto di violenza nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1962, pag. 53.

¹⁰² F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale, I, L'offesa mediante violenza*, Giuffrè, Milano, 2002, pagg. 255 ss.

in essere. A fronte di una tale consapevolezza, si potrebbe sostenere che il mantenimento del requisito della violenza all'interno dell'art. 609 bis c.p. finisce per tradursi in una forzatura, distorsiva sia del dato letterale, che dell'uso del concetto di violenza in altri settori dell'ordinamento, ove invece assolve una funzione fondamentale di selezione delle condotte penalmente rilevanti.

Eliminando dalla formulazione dell'art. 609 bis c.p. il requisito della violenza non si produrrebbe, ovviamente, l'effetto di escludere dall'area della punibilità a titolo di violenza sessuale i contatti sessuali repentini, compiuti senza il consenso della vittima; al contrario se ne rafforzerebbe la punibilità a tale titolo, in quanto rientrerebbero direttamente nell'alveo dell'art. 609 bis c.p. senza bisogno di qualificarli come condotte violente.

Già verso la fine degli anni '90 nel commento a quella giurisprudenza di merito isolata, prima richiamata, che si opponeva all'inclusione degli atti subdoli e repentini nel novero degli atti "violenti" ai sensi dell'art. 609 bis c.p., si sottolinea come "un'interpretazione della norma posta a tutela della libertà sessuale, che sia veramente moderna e svincolata da vecchi pregiudizi e che tenga conto delle più moderne acquisizioni scientifiche, porta a ritenere che l'uomo abbia il dovere di assicurarsi che la donna acconsenta effettivamente e sino in fondo ad un rapporto di natura sessuale"¹⁰³.

Alla luce delle esposte considerazioni la pretesa di mantenere all'interno del dettato normativo il requisito della violenza pare ad oggi del tutto anacronistica.

In questa prospettiva ¹⁰⁴si è suggerito di circoscrivere l'ambito applicativo del concetto di violenza, mediante l'individuazione, all'interno del sistema penale, di indicatori normativi dai quali possa desumersi una volontà legislativa inequivoca di selezione delle condotte violente.

Si potrebbe così, da un lato, elaborare un concetto di violenza unitario per l'intero diritto penale e, dall'altro, affermare che esso non sia idoneo ad assurgere ad elemento costitutivo del reato di violenza sessuale.

¹⁰³ L. D. CERQUA, *Considerazioni in tema di violenza carnale, nota a Trib. Bolzano 30 giugno 1982*, in *Giurisprudenza di merito*, 1984, II, pagg. 135 ss.

¹⁰⁴ F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale, vol. I, L'offesa mediante violenza*, Giuffrè, Milano, 2002.

Una prima definizione del concetto in esame si rintraccia nei commi 2 e 3 dell'art. 392 c.p., che, per la precisione, concernono la c.d. violenza reale. Secondo il primo “agli effetti della legge penale si ha violenza sulle cose allorché la cosa viene danneggiata o trasformata o ne è mutata la destinazione”. Il comma 3 stabilisce invece che “si ha altresì violenza sulle cose allorché un programma informativo viene alterato, modificato o cancellato in tutto o in parte ovvero viene impedito o turbato il funzionamento di un sistema informatico o telematico”. Non c'è dubbio che la violenza reale sia una *species* del *genus* violenza, al cui interno rientrano anche la “violenza alle persone” e la “violenza verso le persone”. Da ciò può trarsi la seguente considerazione: quando il legislatore usa la generica espressione “violenza” senza dare ulteriore specificazione, intende riferirsi a tutte le *species* al suo interno ricomprese. Il concetto di “violenza”, inteso in termini generali, non può, dunque, essere tradotto valorizzandone solo il significato coattivo e costrittivo.

Altra norma definitoria è quella di cui all'art. 628 comma 3 n. 2 c.p. (“se la violenza consiste nel porre taluno in stato di incapacità di volere o di agire”), con riferimento al reato di rapina. Si osserva che tale previsione non considera la violenza come mezzo ma come fine, esaurendosi nel porre taluno in stato di incapacità di volere o di agire a costituire violenza.

Va poi menzionato l'art. 613 c.p. (“stato di incapacità procurato mediante violenza”) ai sensi del quale “chiunque, mediante suggestione ipnotica o in veglia, o mediante somministrazione di sostanza alcoliche o stupefacenti o con qualsiasi altro mezzo, pone una persona, senza il consenso di lei, in stato di incapacità di intendere e di volere”. Tale norma, pur richiamando, in rubrica, il termine violenza, tuttavia non può esser considerata quale norma definitoria e deve ritenersi che, in conformità all'art. 628 comma 3 n. 2 c.p., la qualifica di “violenta” debba attribuirsi a qualsiasi condotta che cagioni un'incapacità di intendere e di volere e non già in quanto compiuta senza il consenso della vittima, ma in quanto causale rispetto al risultato di rendere incapace di intendere e di volere la vittima.

Nessuna attitudine definitoria ha, altresì, il secondo comma dell'art. 634 c.p., in materia di “turbativa violenta del possesso di cose mobili”, ai sensi del quale “il fatto si considera compiuto con violenza o minaccia quando è commesso da più di dieci persone”.

Stessa cosa può dirsi per ciò che riguarda il dettato dell'art. 46 c.p. ai sensi del quale “non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato da altri costretto, mediante violenza fisica, alla quale non poteva resistere o comunque sottrarsi”. In tale disposizione il connotato della “fisicità” è assolutamente privo di contenuto selettivo, in quanto qualsiasi coazione ad agire implica necessariamente un'influenza sulla corporeità del soggetto costretto all'azione.

Con l'ausilio di tali norme definitorie il significato da dare al concetto di violenza, più coerente con il dettato normativo, dovrebbe rivestire due accezioni: aggressione fisica al corpo, da un lato, e uso di forza brutta sulle cose, dall'altro. Con riferimento a quest'ultima, ai sensi dell'art. 392 commi 2 e 3 c.p., prima citati, la violenza può esser realizzata mediante una condotta di danneggiamento, di trasformazione, di mutamento della destinazione o di manomissione di un sistema informatico.

Quanto alla prima, ricorre l'idea della violenza come regressione a forme primitive di interazione sociale in quanto un risultato raggiunto dal progresso sociale è proprio quello volto ad elevare l'idea dell'inviolabilità del corpo a presupposto indispensabile dell'ordinaria vita di relazione.

Elemento comune alle accezioni presentate è che il peculiare disvalore della condotta viene a radicarsi in un'offesa a interessi primariamente individuali, distinti e ulteriori rispetto all'autodeterminazione individuale, nella cui lesione si radica il peculiare disvalore d'evento dei reati che presuppongono l'avvenuta costrizione della vittima (come in caso di violenza privata). Di questo vi è riscontro nella prassi, se si dà atto del fatto che, a livello applicativo, la violenza come aggressione fisica al corpo si manifesta, innanzitutto, nell'offesa alla vita e all'integrità fisica, ossia ai beni che più direttamente ineriscono alla dimensione corporea dell'essere umano. Reati che in modo emblematico determinano la compromissione di tali beni sono l'omicidio, le lesioni personali e le percosse¹⁰⁵. Devono quindi considerarsi violente sia le condotte che creino un danno a tali beni giuridici, sia quelle che li pongano in pericolo (es: pugno andato a vuoto), sempre che il pericolo possa dirsi attuale e il danno imminente,

¹⁰⁵ Va comunque tenuto presente il fatto che tali reati, in particolare l'omicidio, possono essere consumati anche a prescindere dal ricorso da parte dell'autore a modalità violente (la morte può avvenire, ad esempio, per avvelenamento, cagionato con mezzi fraudolenti). Parimenti deve sottolinearsi che la violenza non trova in essi il suo livello minimo di manifestazione (potendosi certamente immaginare condotte violente che non integrano il reato di percosse).

in quanto è sul risultato dell'offesa che l'ordinamento incardina il concetto di violenza¹⁰⁶. In altre parole, ciò che rileva è l'effetto finale sul corpo della vittima (in caso di aggressione fisica) o sulla sostanza materiale della cosa (in caso di uso di forza bruta sulle cose).

Deve, quindi, definirsi violenta la condotta compiuta da chi: cagiona la morte o un danno all'integrità fisica di una persona o comunque esercita attivamente una forza fisica, direttamente o attraverso mezzi meccanici, sul corpo di una persona; espone una persona ad un pericolo imminente di morte o di danno all'integrità fisica; pone una persona in stato di incapacità, anche parziale, di intendere e di volere; impedisce ad una persona di allontanarsi dal luogo in cui attualmente si trova; danneggia, trasforma ovvero muta la destinazione naturale di una cosa; altera, modifica o cancella in tutto o in parte un programma informativo, ovvero impedisce o turba il funzionamento di un sistema informatico o telematico.

Quanto alla vittima di una condotta di questo tipo, non è necessario che quest'ultima abbia espresso il suo dissenso (rilevando il suo volere, al massimo, sul piano dell'antigiuridicità); ma è fondamentale che ne abbia consapevolezza (si pensi alla violenza sessuale posta in essere nei confronti di una persona incosciente o dell'operazione chirurgica su paziente anestetizzato: nel primo caso non può parlarsi di violenza sessuale mediante violenza, ma mediante abuso di una condizione di inferiorità fisica o psichica della persona offesa; nel secondo caso non è integrato il reato di cui all'art. 610 c.p. in quanto manca un rapporto di strumentalità tra una condotta in ipotesi violenta e l'evento del delitto di violenza privata, per cui la violenza coinciderebbe con la condotta che il soggetto passivo è costretto a tollerare).

Come si nota, una simile lettura, che rispecchia il dato letterale e valorizza il principio di legalità, si scontra con la prassi giurisprudenziale che si è affermata in materia di interpretazione del concetto di violenza in relazione ai reati sessuali, motivo per cui si ribadisce l'esigenza di espungere tale requisito dal dettato normativo di cui all'art. 609 bis c.p. in quanto la locuzione "violenza" ivi presente è stata "reinterpretata" dalla

¹⁰⁶ Ciò con una specificazione: per quanto addivengano allo stesso risultato, vanno escluse dal novero delle condotte che determinano la violenza come risultato dell'offesa (intesa come lesione dei beni della vita e dell'integrità fisica) quelle unicamente omissive in quanto comunque, nel linguaggio comune, pare più opportuno limitare il concetto di violenza alle sole condotte attive, portatrici di una forza modificativa della realtà oggettiva.

giurisprudenza, che pare invocare una modifica del dato normativo. Il rischio di continuare a mantenere ferma la violenza come requisito di fattispecie, mentre le Corti proseguono la loro attività ermeneutica a maglie larghe è quello di scontrarsi con una giurisprudenza che non interpreta, bensì crea, con evidente violazione del principio di legalità.

7. Il tentativo di violenza sessuale

In relazione con quanto affermato nei paragrafi precedenti¹⁰⁷, possono svolgersi alcune considerazioni sulla possibilità di ritenere integrato il delitto di violenza sessuale in forma tentata e, in caso di risposta affermativa, quale sia la soglia idonea a sancire il passaggio dal tentativo alla consumazione.

Della questione si è occupata la giurisprudenza della terza sezione della Corte di Cassazione, sollecitata proprio dai dubbi ingenerati sul punto essenzialmente da due fattori: una nozione di “atti sessuali” latamente intesa ed un concetto di “violenza” del tutto spiritualizzato.

Con riferimento a quest’ultimo profilo, in particolare, si osserva che essendo considerato idoneo ad integrare il delitto di cui all’art. 609 bis c.p. nella sua forma consumata anche il contatto, seppur fugace, delle parti intime dell’individuo; la soglia di consumazione del reato viene sensibilmente arretrata, sino a ricomprendere comportamenti dei quali alle volte si mette in dubbio il requisito della “esecutività”.

Resta, quindi, difficile identificare quali siano quegli atti che, univocamente diretti al compimento di una violenza sessuale, non arrivino a consumare il reato.

I giudici di legittimità¹⁰⁸, proprio con l’intento di precisare gli incerti confini tra il tentativo e la consumazione nel reato di violenza sessuale, hanno stabilito che sussiste la forma tentata del delitto di violenza sessuale nei casi in cui non vi sia stato alcun contatto corporeo ed anche quando il contatto si sia effettivamente verificato e abbia interessato solo parti non erogene per tempestiva reazione della vittima o per altri fattori indipendenti dalla volontà dell’agente.

Correlativamente, deve quindi ritenersi che il delitto di cui all’art. 609 bis c.p. possa dirsi integrato nella sua forma consumata solo qualora la violenza e la minaccia, quali

¹⁰⁷ Cfr. par. n. 3 e n. 6.

¹⁰⁸ Cass. pen., sez. III, sent. 15 febbraio 2017, n. 7154.

elementi strutturali della fattispecie, idonee a determinare la costrizione a subire o a compiere un atto sessuale, comportino un'immediata e concreta intrusione nella sfera sessuale della vittima, che si realizza quando l'agente raggiunge le parti intime della persona offesa, anche con un contatto di breve durata.

Nel caso oggetto della decisione, il soggetto era stato condannato dal Giudice dell'Udienza Preliminare del Tribunale di Catania, con conferma della sentenza da parte della Corte di Appello di Catania, per il reato di violenza sessuale di cui all'art. 609 bis co.1 c.p., aggravato ai sensi dell'art. 609 ter n. 1 c.p. (poiché commesso anche nei confronti di minori di anni quattordici) alla pena di cinque anni di reclusione, in quanto, con il pretesto di proporre un lavoro di volantaggio o di richiedere informazioni, aveva condotto e trattenuto le vittime in un luogo appartato e, contro la loro volontà, ne aveva afferrato improvvisamente il braccio, e effettuato ripetuti toccamenti, sfregamenti e baci sul collo e sulle mani; atti accompagnati in un caso con l'azione di annusare e strofinare le labbra sull'arto e in un altro con la pronuncia di frasi dal chiaro sfondo sessuale.

Avverso la sentenza d'appello, il difensore dell'imputato aveva proposto ricorso per Cassazione (accolto dai giudici di legittimità) lamentando, tra l'altro, la mancata qualificazione dei fatti contestati alternativamente come violenza privata, molestie, o tentativo di violenza sessuale.

L'ipotesi della violenza privata è stata esclusa per il contenuto inequivocabilmente sessuale della condotta ed essendovi stata un'intrusione indesiderata nella sfera sessuale altrui. Per analoghi motivi non poteva, altresì, dirsi integrato il reato di molestie sessuali, rappresentando essa *“una forma particolare di molestia prevista e punita dall'art. 660 c.p., che prescinde da contatti fisici a sfondo sessuale e si estrinseca o con petulanti corteggiamenti non graditi o con altrettante petulanti telefonate o con espressioni volgari nelle quali lo sfondo sessuale costituisce un motivo e non un momento della condotta. Essa coincide con tutte quelle condotte, sessualmente connotate, diverse dall'abuso sessuale, che vanno oltre il semplice compimento o la mera proposta di instaurazione di un rapporto interpersonale”*.

In tale occasione i giudici di legittimità, oltre a definire gli atti sessuali di cui all'art. 609 bis c.p., come tutti quegli atti che *“siano idonei a compromettere la libera determinazione della sessualità della persona e ad invadere la sua sfera sessuale”*,

hanno anche svolto alcune considerazioni in relazione alle modalità della condotta idonee a superare il dissenso della persona offesa.

È stato, in particolare, affermato che il concetto di violenza ricomprenderebbe al suo interno non solo le esplicazioni di energia fisica direttamente poste in essere sulla persona offesa e dirette a vincere le resistenze opposte dalla stessa, ma anche *“qualsiasi atto o fatto cui consegua la limitazione della libertà del soggetto passivo, così costretto a subire atti sessuali contro la sua volontà”*.

Il reato di violenza sessuale non necessiterebbe di una violenza tale da porre *“il soggetto passivo nell'impossibilità di opporre una resistenza, essendo sufficiente che l'azione si compia in modo insidiosamente rapido, tanto da superare la volontà contraria del soggetto passivo”*.

Ciò posto, secondo la Corte, l'effettivo *discrimen* tra tentativo e consumazione è rappresentato dalla concreta intrusione nella sfera sessuale della vittima, che si ha *“quando l'agente raggiunge le parti intime (zone genitali o comunque erogene) della persona offesa o prova un contatto della vittima con le parti intime proprie”*.

Nello specifico, dalla pronuncia in esame si legge che *“il tentativo del reato di violenza sessuale è configurabile non solo nel caso in cui gli atti idonei diretti in modo non equivoco a porre in essere un abuso sessuale non si siano estrinsecati in un contatto corporeo, ma anche quando il contatto sia stato superficiale o fugace e non abbia attinto una zona erogena o considerata tale dal reo per la reazione della vittima o per altri fattori indipendenti dalla volontà dell'agente, mentre per la consumazione del reato è sufficiente che il colpevole raggiunga le parti intime della persona offesa (zone genitali o comunque erogene), essendo indifferente che il contatto corporeo sia di breve durata, che la vittima sia riuscita a sottrarsi all'azione dell'aggressore o che quest'ultimo consegua la soddisfazione erotica”*¹⁰⁹.

8. Problematiche recenti in materia di circostanze aggravanti

Alla luce di alcune recenti pronunce di legittimità è opportuno soffermarsi sulla disciplina riguardante l'applicazione di alcune circostanze aggravanti del delitto di violenza sessuale e in particolare dell'aggravante comune di cui all'art. 61 n. 11

¹⁰⁹ Cass. pen., sez. III, sent. 15 febbraio 2017, n. 7154.

quinqües c.p. e di quella speciale di cui all'art. 609 ter comma 1 n. 2 c.p., entrambe oggetto di recente modifica legislativa (legge 69 del 2019).

8.1 La neo-introdotta aggravante comune di cui all'art. 61 n. 11 quinqües c.p.

Il legislatore, con la legge 119 del 2013, ha aggiunto al novero delle circostanze aggravanti comuni di cui all'art. 61 c.p. una nuova previsione, al numero 11 quinqües, con l'obiettivo di dare espressa rilevanza al c.d. fenomeno della violenza assistita dal minore. La nuova circostanza, prima della modifica apportata dal d.l. "Codice Rosso", trovava applicazione quando il minore fosse stato "costretto" ad assistere a delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale, contro la libertà personale, nonché al delitto di cui all'art. 572 c.p., in quanto il fatto fosse stato commesso in sua presenza. La medesima disposizione contemplava, inoltre, l'aggravamento del trattamento sanzionatorio per i reati ivi indicati qualora essi fossero stati posti in essere in danno di una persona in stato di gravidanza. Attualmente l'ambito applicativo della succitata aggravante è stato ridimensionato, con l'espulsione dal novero dei reati destinatari di tale previsione, del delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi. In realtà una simile scelta ha determinato un mutamento sotto un profilo formale piuttosto che sostanziale: il legislatore della riforma ha infatti, al contempo, inserito nel testo dell'art. 572 c.p. un nuovo secondo comma dal seguente tenore: "la pena è aumentata fino alla metà se il fatto è commesso in presenza o in danno di persona minore, di donna in stato di gravidanza o di persona con disabilità come definita ai sensi dell'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992 n. 104, ovvero se il fatto è commesso con armi". Ove, quindi, il fatto commesso in presenza o in danno di minore o di donna in stato di gravidanza integri il reato di maltrattamenti in famiglia sarà previsto un trattamento sanzionatorio peggiore (aumento della pena sino alla metà) rispetto al caso in cui le stesse circostanze si riscontrino in relazione ai reati contro la libertà personale. Con riferimento specifico al caso in cui l'aggravante si applichi al reato di violenza sessuale, è opportuno soffermarsi sull'evenienza in cui il fatto sia posto in essere in presenza di minore. Se può, infatti, ritenersi di immediata percezione il maggior disvalore che assume il reato di violenza sessuale qualora sia compiuto in danno di minore o di persona in stato di gravidanza, più complessa è la *ratio* sottesa all'aggravamento della pena qualora il fatto sia posto in essere "solo" in presenza di

minore, ma non in suo danno. La questione si rende ancor più problematica se si pone mente a una sentenza della Suprema Corte del 2016¹¹⁰, in occasione della quale i giudici di legittimità hanno affermato la legittimazione di un minore, che ha assistito alla violenza sessuale commessa nei confronti della madre, a impugnare la sentenza di proscioglimento emessa dal G.U.P. per mancanza di elementi probatori sufficienti a carico dell'imputato. A questa conclusione i giudici di legittimità sono pervenuti proprio applicando l'aggravante di cui all'art. 61 n. 11-quinquies c.p. al reato di violenza sessuale commesso.

La pronuncia richiamata induce a compiere due ordini di considerazioni: una prima riguardante la *ratio* propria dell'aggravante in questione, la seconda relativa agli effetti che dalla sua applicazione derivano.

Con riferimento al primo profilo può innanzitutto evidenziarsi che la particolare posizione del minore che assiste alla violenza è stata più volte sottolineata dalla Cassazione - in riferimento al reato di maltrattamenti in famiglia – sia prima dell'introduzione della nuova aggravante¹¹¹, sia in una più recente pronuncia¹¹² nella quale - all'esito di un ricorso avanzato in sede cautelare dal P.M. del Tribunale di Roma contro l'ordinanza del Tribunale del riesame di Roma, che aveva escluso che dagli atti di indagine emergesse che i minori erano stati “dolosamente coinvolti dal genitore in dinamiche violente, aggressive o prevaricazione, tanto da gettare gli stessi in una condizione di prostrazione e sofferenza psicologica per il clima di violenza e sopraffazione direttamente vissuto in casa” – si è affermato che “può essere ricompresa nel novero dell'offensività, tipica della norma, anche la posizione passiva dei figli minori laddove questi siano sistematici spettatori obbligati delle manifestazioni di violenza, anche psicologica (nella specie del padre nei confronti della madre)”.

Al medesimo fine possono, inoltre, richiamarsi le motivazioni che la Procura del Tribunale di Roma aveva addotto a sostegno del ricorso¹¹³ e cioè che “la prova di tali

¹¹⁰ Cass. pen., sez. III, sent. 45403 del 17.5.2016 ud. (dep 27.10.2016) – Presidente: Rosi E., Estensore: Liberati G.

¹¹¹ Cass. pen., sez. V, 22 ottobre 2010 n. 41142 e Cass. pen., sez. VI, 21 dicembre 2009 n. 8592.

¹¹² Cass. pen., sez. VI, 29 gennaio 2015 n. 4332.

¹¹³ Il caso sottoposto ai giudici di legittimità originava da una pronuncia di non doversi procedere emessa dal G.u.p del Tribunale di Latina il 31.03.2015, nei confronti di S. K. in ordine al reato di cui agli artt. 609 ter n.5, 61 n. 11 *quinquies* e 609 bis c.p. Al suddetto venivano contestati, come da capo di imputazione, oltre al reato di violenza sessuale pluri-aggravata, il reato di lesioni personali, anch'esse aggravate, e quello di maltrattamenti. Solo in relazione a questi ultimi due il G.u.p aveva ritenuto di

sofferenze è dato notorio emergente dalle discipline che studiano il bambino, non essendo controvertibile l'insorgenza di tale disagio e di tale dolore nelle comunità familiari caratterizzate da violenza domestica di un genitore nei confronti dell'altro" e che "diversamente opinando, non si comprenderebbe perché il legislatore abbia considerato necessario introdurre una aggravante di carattere generale, applicabile non solo al delitto abituale ma anche ai delitti contro la vita e l'incolumità individuale, caratterizzati da condotte uni sussistenti, tenuto comunque conto che ciò che la norma sanziona è il pregiudizio, cagionato al minore (esposto a violenza commessa in danno di terzi): conclusione questa particolarmente valida quando il destinatario delle violenze è la madre, per la considerazione della intensità e gravità delle sofferenze che tale condotta arreca al minore figlio". A ciò si può aggiungere come la scienza psicopedagogica abbia dimostrato che il fatto che il minore assista alla violenza commessa nei confronti di una figura di riferimento, quale la madre, può causare nella sua psiche effetti distorti, tali da fargli rielaborare nella propria interiorità l'episodio come se lo avesse vissuto in prima persona.

Al fine di delimitare l'ambito di applicazione di tale aggravante, è fondamentale comprendere l'interpretazione che i giudici di legittimità hanno dato al requisito della "presenza" del minore al fatto commesso, contemplato nell'articolo oggetto di indagine. A tal fine, può utilmente richiamarsi il motivo che ha indotto il legislatore italiano a dare espresso rilievo a questa forma particolare di violenza (indiretta), adeguandosi a quanto richiesto dall'art. 46 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti della donna e la violenza domestica (c.d. Convenzione di Istanbul): l'esigenza di sancire il disvalore di quel "complesso di ricadute di tipo comportamentale, psicologico, fisico, sociale e cognitivo, nel breve e lungo termine, sui minori costretti ad assistere ad episodi di violenza e, soprattutto, a quelli di cui è vittima la madre". Si ritiene, per tale motivo, che non possa darsi rilievo, ai fini dell'applicazione dell'aggravante menzionata, alla

disporre il rinvio a giudizio, ritenendo che, quanto alla responsabilità dell'imputato in ordine alla violenza sessuale, non fossero stati raccolti sufficienti elementi probatori a suo carico. Avverso la sentenza di proscioglimento emessa dal G.u.p., proponeva ricorso per Cassazione la parte civile, nella persona del tutore del minore, lamentando erronea applicazione di legge in relazione al giudizio di inidoneità degli elementi probatori raccolti e conseguente vizio di motivazione.

mera presenza del minore al momento della realizzazione di uno di quei fatti di reato elencati nella disposizione, a prescindere da un suo coinvolgimento affettivo con una o più delle persone offese: il minore che, ad esempio, si trovi ad assistere casualmente ad una rissa tra persone a lui sconosciute non può considerarsi persona offesa del reato di cui all'art. 588 c.p. La nuova aggravante potrà infatti ritenersi sussistente solo a condizione che l'aver assistito alla commissione del reato sia stata in grado di produrre nel minore uno stato di sofferenza e prostrazione, in ragione della relazione intercorrente tra quest'ultimo e la vittima del reato e del contesto in cui quest'ultimo si è verificato. In questa direzione si sono del resto orientati gli stessi giudici di legittimità in un'altra recente pronuncia, relativa a un caso nel quale il minore aveva assistito all'omicidio della madre commesso dal padre¹¹⁴: nel riconoscere l'aggravante in questione la Cassazione ha escluso che sia necessario che la condotta sia posta in essere “al cospetto e dunque davanti agli occhi del minore”, essendo invece decisivo il fatto che il minore abbia “percepito” il reato (perché ad esempio presente in un locale adiacente a quello nel quale si svolgevano i fatti e quindi in grado di rendersi conto di quello che stava accadendo) sì da risultarne indirettamente coinvolto in prima persona, con tutte quelle conseguenze sul suo sviluppo comportamentale, psicologico, fisico, sociale e cognitivo per le quali l'aumento della pena è stato previsto dal legislatore. Ciò premesso, in relazione alla portata della neo introdotta previsione aggravatrice, vanno svolte alcune considerazioni con riguardo ai suoi effetti, in quanto sollecitate proprio dalle argomentazioni addotte dai giudici di legittimità in accoglimento del ricorso. In motivazione la Corte ha affermato che ogniqualvolta l'aggravante in esame sia riconosciuta sussistente, in riferimento a uno o più dei reati indicati nel capo di imputazione, deve ritenersi che il minore “riveste la qualifica di persona offesa e, come tale, è legittimato alla costituzione di parte civile e all'impugnazione”. Ciò che immediatamente rileva è il fatto che al minore venga riconosciuta la qualifica di persona offesa dal reato: solo a quest'ultima spetta infatti la facoltà di ricorrere contro la sentenza di non luogo a procedere¹¹⁵. Ora, le implicazioni che un tale

¹¹⁴ Cass. pen., sez. I, sent. 2 marzo 2017 n. 12328.

¹¹⁵ Diversa è infatti la posizione del (mero) danneggiato dal reato perché, secondo costante giurisprudenza, “la persona danneggiata, pur costituita parte civile, che non sia anche persona offesa, non è legittimata a proporre ricorso per cassazione avverso la sentenza di non luogo a procedere, essendo tale impugnazione destinata alla tutela esclusiva degli interessi penalistici della persona offesa” (Cass.

riconoscimento può avere non sono di poco conto. Se infatti ben si comprende la volontà del legislatore di dare una tutela rafforzata al minore¹¹⁶, più difficile è giustificare in capo al minore, non vittima della violenza sessuale diretta, la posizione di persona offesa dal reato, per il fatto di avervi assistito. Va peraltro segnalato che, in relazione al delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi, il d.l. “Codice Rosso” ha recentemente previsto, inserendo un nuovo ultimo comma all’interno dell’art. 572 c.p., che “il minore di anni diciotto che assiste ai maltrattamenti [...] si considera persona offesa dal reato”. Una simile modifica potrebbe aprire le porte a nuove interpretazioni giurisprudenziali anche con riferimento al delitto di cui all’art. 609 bis c.p. D’altro canto appare evidente la *ratio* giustificatrice della differenziazione: il delitto di maltrattamenti contempla infatti, tra i soggetti passivi del reato “una persona della famiglia o comunque convivente”. Il “minore di anni diciotto che assiste ai maltrattamenti” è quindi già, di per sé, vittima della condotta incriminata, in quanto si ritiene che il solo fatto di assistere a maltrattamenti subiti dai familiari integri un maltrattamento a suo danno.

Riconoscere al minore che assiste alla violenza sessuale commessa in danno dei genitori la qualifica di persona offesa del reato, implicherebbe la necessità di attribuirgli i poteri spettanti *ex lege* alla persona offesa dal reato, *in primis* quello di proporre querela, ove si tratti di reato così procedibile.

Occupandosi del caso oggetto d’esame la Cassazione non ha, peraltro, affrontato la questione in quanto in quella circostanza il reato di violenza sessuale concorreva con quelli di lesioni personali e di maltrattamenti, procedibili d’ufficio. Si osserva, peraltro, che il problema si pone solo in relazione al reato di cui all’art. 609 bis c.p., dal momento che la quasi totalità delle fattispecie di reato richiamate nell’art. 61 n. 11-quinquies c.p. è perseguibile d’ufficio (fanno eccezione le ipotesi di reato di minor disvalore di cui agli artt. 581, 582 secondo comma, c.p.). Per quanto, a rigor di logica, la titolarità della posizione di persona offesa dovrebbe implicare anche quella del potere di sporgere querela, tuttavia, a escludere che la volontà del minore possa influire

pen., sez. II, sent. 3 novembre 2017 n. 52537; nello stesso senso, Cass. pen., sez. III, sent. 14 novembre 2013 n. 50929; Cass. pen., sez. II, sent. 19 febbraio 2010 n. 12028. In senso contrario, Cass. pen., sez. V, sent. 22 febbraio 2008 n. 1292).

¹¹⁶ Logica, peraltro, in parte sottesa alla previsione di cui all’art. 609 quinquies c.p. che punisce il reato di corruzione di minorenni.

sulla procedibilità del reato di violenza sessuale cui lo stesso ha assistito si perviene considerando la *ratio* che giustifica la particolare disciplina dettata in proposito dal legislatore per questa ipotesi di reato: quella di garantire la libertà di autodeterminazione della donna in relazione ad una scelta – quella di procedere penalmente contro l’aggressore – che ha proprio nei suoi confronti risvolti particolarmente penosi e non sempre facili da sopportare. Si osserva, quindi, che sarebbe del tutto irragionevole (oltrech  nei fatti spesso impraticabile) che il minore potesse sostituirsi alla donna (e in particolare a sua madre) nell’esercizio di tale facolt .

8.2 Il discusso ambito applicativo dell’aggravante speciale prevista dal n. 2 dell’art. 609 ter comma 1 c.p.

Ulteriore fattispecie aggravante, questa volta speciale, del reato di violenza sessuale, che   stata oggetto di una ancora pi  recente vicenda giurisprudenziale¹¹⁷,   quella di cui all’art. 609 ter c.p. comma 1 n. 2 c.p., limitatamente alla parte in cui prevede un aggravamento del trattamento sanzionatorio per il caso in cui il reato di cui all’art. 609 bis c.p. sia commesso “con l’uso di sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti”.

All’esame dei problemi applicativi che tale aggravante pone, si ritiene opportuno anticipare alcune considerazioni generali che coinvolgono la totalit  delle fattispecie aggravanti previste dal menzionato articolo.

Si fa riferimento, nello specifico, all’*excursus* normativo che ha generato dubbi in ordine alla loro natura giuridica, in particolare come circostanze c.d. autonome o indipendenti. Prima della riforma dell’art. 63, comma 3, c.p. ad opera dell’art. 5 legge n. 400/1984, tale distinzione avveniva a seconda che la variazione di pena determinata dalla circostanza fosse dipendente dalla pena ordinaria del reato (fosse cio  frazionaria rispetto alla pena del reato semplice), oppure di specie diversa (circostanze c.d. autonome) o fosse comunque, se della stessa specie, determinata dalla legge in misura indipendente dalla pena del reato semplice (circostanze c.d. indipendenti).

La base legale della distinzione in esame era l’art. 63, comma 3, c.p. che, nella precedente formulazione, fissava la seguente disciplina: “*Quando per una circostanza*

¹¹⁷ Cass. pen., sez. III, sent. 19.1.2018, n. 32462.

la legge stabilisce una pena di specie diversa, o ne determina la misura in modo indipendente dalla pena ordinaria del reato, l'aumento o la diminuzione per le altre circostanze non si opera sulla pena ordinaria, ma sulla pena stabilita sulla circostanza anzidetta".

Era però dubbio se dovessero rientrare nella categoria in esame, recependone la speciale disciplina, quelle circostanze che importano una variazione frazionaria superiore al limite ordinario: ad esempio, una variazione o una diminuzione non fino a un terzo, come nel caso normale di circostanza ad effetto comune, bensì fino alla metà della pena prevista per il reato base. Il legislatore del 1984, mosso dall'intento processuale di alleggerire il carico di lavoro dei tribunali, ha ampliato la competenza per materia del pretore fissando il principio per cui quest'ultima va determinata tenendo conto degli aumenti indotti soltanto dalle circostanze ad effetto speciale. A tal fine, l'art. 5 della legge n. 400/1984, ha riformulato l'art. 63 comma 3 c.p., non solo introducendo espressamente la denominazione "circostanze ad effetto speciale", ma anche fornendone una esplicita definizione. A seguito di questa novella legislativa, la disposizione è stata riformulata nel modo seguente: *"Quando per una circostanza la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato o si tratta di circostanze ad effetto speciale, l'aumento o la diminuzione non opera sulla pena ordinaria del reato, ma sulla pena stabilita per la circostanza suddetta. Sono circostanze ad effetto speciale quelle che importano un aumento o una diminuzione della pena superiore a un terzo"*.

Tale modifica legislativa, se da un lato ha risolto il dubbio interpretativo, contemplando espressamente nell'alveo applicativo della norma le circostanze ad effetto speciale, definite positivamente come quelle che *"importano un aumento e una diminuzione della pena superiore ad un terzo"*, dall'altro ha posto una nuova questione interpretativa nel momento in cui ha omissso qualsivoglia riferimento alle circostanze indipendenti.

Stabilire se una circostanza sia o meno ad effetto speciale ha significative conseguenze pratiche: anzitutto, ai fini della quantificazione dei termini di prescrizione del reato. Il nuovo art. 157 c.p. (come riscritto dalla legge n. 251 del 2005), nell'affermare la regola secondo cui per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo al reato consumato o tentato, senza tener conto della diminuzione per le circostanze attenuanti

e dell'aumento per le aggravanti, introduce un'importante deroga per le aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria e per quelle ad effetto speciale (in presenza di simili circostanze si tiene conto dell'aumento massimo di pena previsto per l'aggravante). Altre conseguenze si hanno sul terreno processuale, al fine di determinare la pena per la competenza (ex art. 4 c.p.p.) e per l'applicazione delle misure cautelari personali (ex art. 278 c.p.p.).

La giurisprudenza ha risolto agevolmente il problema rispetto alle circostanze indipendenti che determinano un aumento di pena in misura superiore a un terzo (rapportando in termini frazionari la nuova cornice edittale a quella previsto per il reato base). Un contrasto interpretativo è, invece, sorto per le circostanze indipendenti che determinano un aumento di pena in misura inferiore a un terzo (sempre rapportando la nuova cornice edittale a quella prevista per il reato base).

Il problema si è concretamente posto per le circostanze aggravanti della violenza sessuale (art. 609 ter c.p.) che prevedono una variazione indipendente rispetto alla pena del reato base, la cui misura, espressa in termini frazionari, è inferiore a un terzo. La presenza delle circostanze aggravanti di cui all'art. 609 ter c.p. determina, infatti, una nuova cornice edittale (da sei a dodici anni), che, confrontata con la pena prevista per la violenza sessuale base dall'art. 609 bis c.p. (da cinque a dieci anni) evidenzia un incremento di un quinto. Proprio rispetto a tali aggravanti (che costituiscono uno dei rari esempi di circostanze indipendenti con aumento inferiore a un terzo) sono sorti due orientamenti interpretativi.

Un primo orientamento, maggioritario, ritiene che la fattispecie di cui all'art. 609 ter c.p. sia una circostanza indipendente, ma, ai sensi dell'art. 63, comma 3, ad effetto comune, in quanto l'aumento - sia pur determinato in maniera indipendente mediante la previsione di innalzamento di entrambi i margini edittali - non è superiore ad un terzo rispetto alla pena ordinaria. L'autonomia della determinazione della pena per l'aggravante in esame non assume, dunque, rilevanza ai fini del tempo necessario a prescrivere, in quanto l'art. 157 comma 2 c.p., fa riferimento esclusivamente alla pena prevista per le circostanze "ad effetto speciale", oltre che per quelle "autonome", per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa.

Un secondo orientamento, di contro, ritiene che la circostanza aggravante di cui all'art. 609 ter c.p., quale circostanza c.d. "indipendente", integri per ciò solo una circostanza

ad effetto speciale, che assume rilevanza ai fini della determinazione del termine a prescrivere. L'assunto si fonda sulla considerazione che le ipotesi aggravate di cui all'art. 609 ter comma 1 c.p., stabilendo la pena in misura indipendente da quella ordinaria prevista per l'art. 609 bis c.p. partecipano alla stessa disciplina delle circostanze ad effetto speciale, pur se l'operazione aritmetica della trasformazione della "pena indipendente" in quella a "variazione frazionaria" non realizza un aumento della pena in misura superiore ad un terzo (nel massimo, se aggravanti, nel minimo, se attenuanti).

Il contrasto interpretativo è stato risolto dalle Sezioni Unite, con la sentenza 9 giugno 2017, n. 28953.

Proprio esaminando la questione ai fini dell'incidenza sul termine di prescrizione, le Sezioni Unite hanno escluso dalla classificazione quali "circostanze ad effetto speciale", e dai conseguenti effetti sul computo del termine massimo di prescrizione, tutte le "circostanze indipendenti" che comportano un aumento di pena non superiore ad un terzo¹¹⁸. A tale soluzione le Sezioni Unite sono giunte in ragione della riconosciuta più fedele aderenza al dettato normativo. A fronte dell'espressa previsione legislativa in forza della quale, con la riforma del 1984, le "circostanze ad effetto speciale" sono state definite come quelle «che importano un aumento o una diminuzione della pena, superiore ad un terzo», si è ritenuto che il combinato disposto degli artt. 157 e 63 c.p. assuma «un significato chiaro ed univoco, tanto nella parte in cui individua circostanze rilevanti o irrilevanti ai fini del calcolo temporale della prescrizione, quanto nella parte in cui inserisce nel computo le sole circostanze aggravanti autonome e le circostanze aggravanti ad effetto speciale sulla base dell'aumento di pena (superiore ad un terzo) che comportano». Secondo le Sezioni Unite, pertanto, ogni diversa soluzione classificatoria, volta a ricomprendere in quest'ultima categoria di circostanze anche quelle c.d. indipendenti che, come nel caso all'art. 609 ter, comma 1, c.p., comportano un aumento inferiore ad un terzo, porterebbe ad una dilatazione "analogica" in diretto contrasto con il principio di legalità.

¹¹⁸ Il quesito sottoposto alla Suprema Corte era così formulato: "se ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere, le circostanze c.d. indipendenti che comportano un aumento di pena non superiore a un terzo rientrano nella categoria delle circostanze ad effetto speciale".

Con legge 69 del 2019 il legislatore sembra proprio aver codificato tale principio giurisprudenziale, modificando il dettato normativo dell'art. 609 ter c.p. con la previsione dell'aumento di un terzo secco sulla pena base, dunque escludendo espressamente che si tratti di circostanza aggravante indipendente.

In relazione al caso oggetto di nostro interesse¹¹⁹ (stupro commesso da due cinquantenni ai danni di una giovane donna in stato di ubriachezza), la Suprema Corte ha condannato gli imputati non riconoscendo la sussistenza dell'aggravante prevista dal n. 2 dell'art. 609 ter comma 1 c.p. Tale decisione, proprio per tal ragione, ha suscitato l'indignazione di gran parte dell'opinione pubblica. Le critiche mosse, oltre ad essere del tutto infondate, insabbianno il merito di una pronuncia che, lungi dall'essere stata emessa a sfavore della vittima, in realtà si esprime "favorevolmente" nei suoi confronti. L'ambito di applicazione dell'aggravante, correttamente non contestata dai giudici di legittimità, è infatti limitato al caso in cui sia il soggetto agente a porre in stato di incapacità la vittima. Con riguardo alla vicenda oggetto d'esame, dalle risultanze probatorie nonché dalle dichiarazioni della parte offesa, era emerso che la stessa aveva "iniziato a bere volontariamente durante la cena, e poi continuato tale assunzione volontariamente". Su questa circostanza di fatto la Cassazione ha basato la sua motivazione in merito all'esclusione dell'aggravante, affermando che "ragioni letterali, ovvero l'utilizzo della locuzione <con l'uso>, e sistematiche, essendo previste uguali circostanze soltanto in relazione ad altre fattispecie di reato che contemplano tra i loro elementi costitutivi la violenza o minaccia (artt. 339, 395, 393, 629 e 585 c.p.), impongono, infatti, di ritenere che il mezzo descritto debba essere imposto contro la volontà della persona offesa e, dunque, che la sostanza deve essere assunta a seguito di un comportamento violento o minaccioso dell'agente. Non integra, quindi, gli estremi dell'aggravante l'assunzione volontaria di sostanze alcoliche da parte della vittima". In altre parole, secondo i giudici di legittimità, l'uso delle sostanze alcoliche deve essere strumentale alla violenza sessuale posta in essere, per cui deve essere il soggetto attivo che somministra l'alcool alla vittima. Diversamente, la circostanza in cui l'agente abusi dello stato di ubriachezza della persona offesa, ai fini della commissione del reato, integra la fattispecie semplice di cui all'art. 609 bis comma 2 n. 1 c.p., dovendosi ritenere assente il consenso della vittima.

¹¹⁹ Cass. pen., sez. III, sent. 19.1.2018, n. 32462.

Lo scalpore suscitato dalla pronuncia nell'opinione pubblica è stato proprio legato al fatto che la Corte non avesse riconosciuto sussistente l'aggravante "dell'uso di sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti". Una volta esclusa, per le ragioni sopra esposte, la fondatezza di tale doglianza si ritiene, invece, che la pronuncia *de qua* sia da valorizzare con riguardo al punto in cui i giudici affermano la responsabilità degli agenti per il reato appena menzionato. Infatti essi ben sottolineano che l'assunzione volontaria di alcool, pur non incidendo ai fini della sussistenza dell'aggravante, "incide sulla valutazione del valido consenso". E ciò assume notevole rilevanza, anche alla luce di quanto prima affermato, in relazione al primo comma dell'art. 609 bis c.p., in merito all'importanza di costruire una fattispecie di violenza sessuale che sia incentrata sulla mancanza del consenso della vittima e non sulle modalità con cui il reo ha posto in essere la condotta.

Alla luce delle considerazioni esposte, si può, però, riflettere su un ulteriore profilo, inerente all'opportunità di introdurre un'aggravante *ad hoc* per il caso in cui non vi sia piena volontarietà della vittima nell'assunzione delle sostanze alcoliche e stupefacenti in quanto questa sia stata indotta dall'agente. Infatti, una corretta analisi del dato normativo porta a considerare che la fattispecie semplice descritta all'interno del secondo comma dell'art. 609 bis c.p. riguarda il solo caso in cui l'agente approfitti delle condizioni di inferiorità psichica o fisica della vittima, le quali, però, non siano state da lui create. All'opposto, l'aggravante di cui all'art. 609 ter comma 1 n. 2 c.p. considera il caso in cui l'agente abbia somministrato le sostanze contro la volontà della vittima o, comunque a sua insaputa.

Per tale ragione, nell'ottica di dar rilievo al maggior disvalore che caratterizza l'ipotesi in cui il soggetto induca la vittima all'assunzione di sostanze, per poi abusarne, rispetto a quella in cui lo stesso abusi della persona offesa che già volontariamente ne abbia assunte, può ipotizzarsi una modifica del dato legislativo prevedendo che l'aggravante di cui all'art. 609 ter comma 1 n. 2 c.p. si applichi anche qualora il reo induca la vittima ad assumere sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti allo scopo di commettere i reati di cui agli artt. 609 bis e 609 octies c.p.

9. La violenza sessuale di gruppo: problemi applicativi

Il delitto di violenza sessuale di gruppo è previsto dal legislatore all'art. 609 octies c.p. La tecnica di formulazione adottata consiste in un rinvio, *per relationem*, alla fattispecie monosoggettiva di cui all'art. 609 bis c.p.

Tale rinvio ha posto non pochi problemi in giurisprudenza soprattutto con riferimento alla qualificazione da dare all'ipotesi descritta nell'art. 609 octies c.p.: ci si è chiesti infatti se essa integrasse una circostanza aggravante o una fattispecie autonoma di reato.

Il dubbio sorgeva dal fatto che i giudici di legittimità a Sezioni Unite, nella celebre sentenza Fedi del 2002¹²⁰, avevano sancito la prevalenza del criterio c.d. strutturale, per individuare il *discrimen* tra circostanze ed elementi costitutivi del reato. Secondo la Corte, in particolare, la fattispecie andrebbe qualificata come circostanza quando la sua descrizione avviene *per relationem* rispetto al reato base; viceversa, se è autonomamente descritta *ex novo*, allora integrerebbe un autonomo reato.

Tale criterio è stato in realtà rinnegato dalla stessa giurisprudenza appena un anno dopo, proprio quando i giudici di legittimità sono stati chiamati a pronunciarsi sulla natura giuridica della fattispecie del delitto di violenza sessuale di gruppo¹²¹. In quella occasione la Corte è pervenuta alla conclusione secondo cui “il delitto di cui all'art. 609 octies c.p. costituisce una fattispecie autonoma di reato”, utilizzando come criterio discrezionale, anziché quello della “modalità di descrizione della fattispecie” che avrebbe condotto a risultati opposti (essendo, come già sottolineato, tale figura delittuosa redatta *per relationem* con la figura base di violenza sessuale di cui all'art. 609 bis c.p.), quello teleologico dell'offesa al bene giuridico.

A tal proposito va, in senso critico, evidenziato che tale criterio sembra esser stato adottato in maniera impropria: la natura autonoma di questa fattispecie è stata dedotta, infatti, non motivando in relazione alla diversità dell'interesse giuridico tutelato, bensì con riferimento alla diversa entità dell'offesa.

In un passo di tale pronuncia si legge testualmente che “*la previsione di un trattamento sanzionatorio più grave si connette al riconoscimento di un peculiare disvalore alla partecipazione simultanea di più persone, in quanto una tale condotta partecipativa*

¹²⁰ Cass. pen., sez. III, sent. 26 giugno 2002, n. 26351.

¹²¹ Cass. pen. sez. III, sent. 13 novembre 2003, n. 3348.

imprime al fatto un grado di lesività più intenso sia rispetto alla maggiore capacità di intimidazione del soggetto passivo ed al pericolo della reiterazione di atti sessuali violenti (anche attraverso lo sviluppo e l'incremento di capacità criminali singole) sia rispetto ad una più odiosa violazione della libertà sessuale della vittima nella sua ineliminabile essenza di autodeterminazione. La contemporanea presenza di più di un aggressore è idonea a produrre, infatti, effetti fisici e psicologici particolari nella parte lesa, eliminandone o riducendone la forza di reazione”.

Si ritiene, dunque, che a dettare questo *revirement* giurisprudenziale siano state contingenti valutazioni di opportunità politico criminale svolte dai giudici di legittimità in merito alla necessità di sottrarre una figura criminosa così “delicata” al duplice rischio, da un lato, di esser attratta nel giudizio di bilanciamento con eventuali circostanze attenuanti e, dall'altro lato, di esser sottoposta a criteri di imputazione soggettiva meno rigorosi, quali quelli dettati dall'art. 59 c.p.

Diversamente, si vanificherebbe la ratio sottesa all'introduzione stessa della previsione di cui all'art 609 octies c.p.

Anche in dottrina si è valorizzato il fatto che le motivazioni politico criminali sottese all'introduzione della fattispecie risiedono nella maggior lesività che caratterizza la circostanza in cui l'offesa sia perpetrata da più soggetti contestualmente. In tal caso, infatti, oltre alla lesione alla libertà sessuale, si verifica anche “la degradazione personale della vittima, provocando [...] una sua maggiore esposizione a pericolo anche a causa della possibilità di subire atti di violenza in forma reiterata”¹²².

Tale constatazione unanimemente condivisa determina, peraltro, risvolti significativi anche con riferimento all'accertamento del superamento del dissenso della persona offesa, al fine dell'integrazione della fattispecie. Proprio in considerazione del particolare biasimo connesso a tale fattispecie, si avverte in giurisprudenza la tendenza a rintracciare in maniera meno rigorosa la prova del dissenso della persona offesa. Da un lato l'esperienza insegna che il reato di violenza sessuale di gruppo è nella quasi totalità delle ipotesi posto in essere con modalità violente o costrittive, che di per sé bastano ad integrare la soglia del penalmente rilevante (desumendosi da esse il dissenso della persona offesa). Dall'altro la giurisprudenza ha evidenziato che, in ogni caso, “la violenza sessuale di gruppo esula da qualsivoglia profilo di analogia con gli

¹²² G. FIANDACA, voce “Violenza sessuale”, in *Enciclopedia del diritto*, agg. IV, Giuffrè, Milano, 2000.

schemi ordinari di una relazione intersoggettiva, sia pure viziata dal dissenso del partner, in quanto opera una sorta di annullamento della personalità del soggetto passivo, il quale viene privato anche della individualità ed identità specifica come soggetto prescelto per soddisfare il desiderio sessuale e ridotto a mero strumento occasionalmente e fungibilmente utilizzato per dare collettivamente sfogo ad un atteggiamento aggressivo, in quanto tale, qualitativamente diverso da quello corrispondente all'esplicazione della condotta individuale di violenza sessuale"¹²³.

Ciò posto, essendo ormai pacifico che la fattispecie di cui all'art. 609 octies c.p. integra un'autonoma figura di reato, residuano problemi connessi alla struttura della sua formulazione.

A tal proposito ci si è chiesti in dottrina se la violenza sessuale di gruppo non sia altro che una forma di concorso di persone nel reato, eccezionalmente tipizzata e sanzionata come fattispecie autonoma¹²⁴, oppure corrisponda ad un modello di un reato necessariamente plurisoggettivo¹²⁵.

Deporrebbe a favore della prima soluzione la sussistenza dell'aggravante contenuta nel comma 4 dell'art. 609 octies c.p., che prevede una diminuzione di pena in favore del partecipante "la cui opera abbia avuto una minima importanza nella preparazione o nella esecuzione del reato". Essa, infatti, ricalcando il modello dell'attenuante generale prevista dall'art. 114 comma 1 c.p., parrebbe ritenere la violenza di gruppo come una forma di concorso nel reato di cui all'art. 609 bis c.p.

I giudici di legittimità, tuttavia, esprimendosi già nei primi anni successivi all'introduzione della novella legislativa, hanno ritenuto che l'art. 609 octies c.p. non sia una mera tipizzazione della possibilità di commissione del reato in forma concorsuale.

A tal proposito non pare ad oggi smentita l'affermazione per cui *"il reato di cui all'art. 609 octies c.p. si configura come fattispecie autonoma di reato, a carattere necessariamente plurisoggettivo proprio, e richiede per la sua integrazione, oltre all'accordo delle volontà dei compartecipi al delitto, anche la simultanea effettiva*

¹²³ Cass. pen. sez. III, sent. n. 11541 del 03.06.1999.

¹²⁴ G. DE FRANCESCO in *L. 15.2.1996 n. 66, sub art. 9*, 472 ss.

¹²⁵ T. PADOVANI in *Art. 1, in Commentario delle norme contro la violenza sessuale (Legge 15 febbraio n. 66): con un'appendice sull'iter della riforma*, AA. VV. (coordinati da A. CADOPPI), Cedam, Padova, 1996, pag. 14.

*presenza di costoro nel luogo e nel momento di consumazione dell'illecito, in un rapporto causale inequivocabile, senza che, peraltro, ciò comporti anche la necessità che ciascun compartecipe ponga in essere un'attività tipica di violenza sessuale. Queste connotazioni distinguono la violenza sessuale di gruppo dall'ordinario concorso di persone nel reato di cui all'art. 609 bis c.p. e cioè nel reato di violenza sessuale*¹²⁶.

Dunque, requisiti indefettibili per l'integrazione del delitto di cui all'art. 609 octies c.p. sono l'accordo delle volontà dei compartecipi al delitto (il c.d. dolo di partecipazione), nonché la loro simultanea effettiva presenza nel luogo e nel momento di consumazione dell'illecito, in un rapporto causale inequivocabile. In ciò risiede il *discrimen* rispetto al caso di concorso di persone nel reato di cui all'art. 609 bis c.p. Per integrare l'ipotesi di cui all'art. 609 octies c.p. non è sufficiente l'accordo delle volontà dei compartecipi al delitto, ma è necessaria la simultanea ed effettiva presenza dei correi nel luogo e nel momento della consumazione del reato. Questo, peraltro, non comporta la necessità che ciascun compartecipe ponga in essere un'attività tipica di violenza sessuale, né che realizzi l'intera fattispecie in concorso con l'altro o gli altri correi, potendo il singolo realizzare solo una frazione del fatto tipico ed essendo sufficiente che la violenza o la minaccia provenga anche da uno solo degli agenti.

La dottrina si è, inoltre, interrogata, sulla qualificazione da dare al caso in cui gli atti di violenza sessuale siano più di uno, compiuti ognuno da ciascuno dei complici. A tal proposito vi è chi ritiene che siano tutte fattispecie singolarmente tipiche, con la conseguenza che sarebbe integrato il reato di violenza sessuale di gruppo per ogni autore che compie individualmente l'atto sessuale. Nello specifico è stato in tal senso distinto tra “i casi di progressione (quasi) necessaria tra atti di minore significato e atti a cui i primi sono diretti, oppure tra inevitabile – e perciò tipica – pluralità degli atti che compongono una stessa, unica, attività conclusiva di congiunzione carnale” e “gli atti di pari grado, i quali mantengono una loro autonomia con riferimento alle modalità offensive del bene protetto, in quanto costituiscono una distinta aggressione alla libertà sessuale”¹²⁷. Nel primo caso il reato configurabile sarebbe unico, nel secondo, invece,

¹²⁶ Cass. pen. sez. III, sent. 3.6.1999, n. 11541.

¹²⁷ M. DONINI, *Commento all'art. 9 l. 15 febbraio 1996, n. 66 [art. 609-octies c.p. (violenza sessuale di gruppo)]*, in AA.VV., *Commentario delle norme sulla violenza sessuale*, a cura di A. CADOPPI, Cedam, Padova, 1996, pagg. 311 ss.

si integrerebbe una pluralità di reati. Diversamente opinando, peraltro, si finirebbe per determinare il paradosso per cui, dopo il compimento del primo atto, tutti gli altri non sarebbero puniti.

L'attività del compartecipe potrebbe peraltro esaurirsi in un mero rafforzamento della volontà criminosa dell'autore materiale dei comportamenti tipici di cui all'art. 609 bis c.p.

In tal senso anche la semplice presenza sul luogo dell'esecuzione del reato può essere sufficiente ad integrare gli estremi della partecipazione criminosa quando, palesando chiara adesione alla condotta dell'autore del fatto, sia servita a fornirgli stimolo all'azione e un maggior senso di sicurezza.

Ciò posto, nulla osta a che si possa configurare un concorso eventuale nel reato di violenza sessuale (ex artt. 110 e 609 bis c.p.) nel caso in cui alcuni concorrenti, pur non presenti al momento del compimento della costrizione a compiere o subire l'atto sessuale, abbiano comunque dato, sotto il profilo morale o materiale, un contributo causalmente rilevante all'ideazione o all'esecuzione del reato.

Resta da chiarire l'ambito di operatività dell'attenuante prescritta nella prima parte dell'ultimo comma dell'art. 609 octies c.p., nonché l'assenza di una previsione analoga a quella di cui all'art. 609 bis comma 3 c.p.

La scelta di considerare unitariamente questi due aspetti è connessa al fatto che l'individuazione della *ratio* sottesa alla prima permette di escludere la configurabilità della seconda. Quest'ultima constatazione pone, peraltro, secondo alcuni, dubbi di costituzionalità¹²⁸.

In relazione alla prima si evidenzia che essa, per quanto appaia ricalcare, come anzi detto, l'ipotesi descritta dall'art. 114 comma 1 c.p., in realtà se ne discosta sotto il profilo applicativo. In quest'ultimo caso, infatti, la diminuzione di pena è facoltativa, ossia a discrezione del giudice, e non obbligatoria come nell'ipotesi prevista in materia di violenza sessuale di gruppo.

Ciò espone la previsione *de qua* ad ovvie critiche: in particolare si è opposto come non si spieghi “perché mai un concorrente esterno in una violenza sessuale di gruppo

¹²⁸ M. DONINI, *Commento all'art. 9 l. 15 febbraio 1996, n. 66 [art. 609-octies c.p. (violenza sessuale di gruppo)]*, in AA.VV., *Commentario delle norme sulla violenza sessuale*, a cura di A. CADOPPI, Cedam, Padova, 1996, pagg. 235 - 254.

dovrebbe beneficiare di un trattamento sanzionatorio più favorevole rispetto al corrispondente concorrente esterno nella realizzazione collettiva di qualsiasi altro tipo di reato”¹²⁹.

Dalla lettura dei lavori preparatori emerge che la scelta dell’introduzione dell’attenuante di cui al comma 4 dell’art. 609 octies c.p. sia stata mossa dall’esigenza di prendere in considerazione casi in cui vi sia un’evidente posizione di supremazia psicologica da parte di alcuni componenti del gruppo rispetto ad altri. In particolare si legge che *“non è infrequente, nel caso di violenza sessuale di gruppo, che essa sia il frutto della ideazione ed esecuzione materiale di un leader negativo, che trascini con sé nella scellerata bravata ragazzi molto più giovani, da lui influenzati e domani, che null’altro ruolo talora svolgono se non quello di ammirati passivi spettatori”*¹³⁰. Ed ancora che l’attenuante in questione *“tende a salvaguardare la possibilità di applicare delle attenuanti alle persone che per le loro condizioni di debolezza possa dirsi siano state in qualche modo trascinate a commettere il reato”*¹³¹.

Ciò che, quindi, il legislatore ha inteso valorizzare con la circostanza in esame non è la graduabilità del contributo oggettivamente prestato, ma quella del livello di partecipazione psichica.

A sostegno di una tale soluzione può inoltre argomentarsi che il legislatore non ha esteso alla violenza sessuale di gruppo l’attenuante dei casi di minore gravità prevista con riferimento alla violenza sessuale commessa in forma monosoggettiva. Ciò che è graduabile, quindi, mediante il ricorso all’attenuante di cui all’ultimo comma dell’art. 609 octies c.p. non è l’obiettivo gravità della violenza in sé considerata, ma il contributo psicologico del singolo agente.

¹²⁹ G. FIANDACA, voce “Violenza sessuale”, in Enciclopedia del diritto, agg. IV, Giuffrè, Milano, 2000, pag. 12.

¹³⁰ Intervento del relatore Belloni, seduta del 22 novembre 1995, in Documentazione e ricerche (Servizio Studi della Camera dei deputati), n. 112, pt. II, Roma, 1995, 427.

¹³¹ Intervento della senatrice D’Alessandro Prisco, seduta del 13 dicembre 1995, in Documentazione e ricerche (Servizio Studi della Camera dei deputati), n. 112, pt. II, Roma, 1995, 499.

CAPITOLO II

IL REATO DI VIOLENZA SESSUALE NELLA GIURISPRUDENZA DI MERITO
DEL TRIBUNALE DI MILANO

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. - 2. L'esito dei procedimenti. - 3. L'identikit dell'autore e della vittima del reato. - 3.1 Il genere. - 3.2 La nazionalità. - 3.3 L'età al momento del fatto. - 3.4 La relazione intercorrente tra autore e vittima al momento del fatto. - 4. Il concorso con altri reati. - 5. Il tentativo di violenza sessuale. - 6. I casi di minore gravità. - 7. Le modalità della condotta penalmente rilevante.

1. Considerazioni introduttive

I profili problematici del delitto di violenza sessuale (commesso sia in forma monosoggettiva che plurisoggettiva), esposti nel capitolo precedente, si riscontrano in maniera ancora più evidente nella giurisprudenza.

A tal proposito, si è condotta un'indagine avente ad oggetto le sentenze (sia di condanna che di assoluzione) emesse all'esito di procedimenti svoltisi dinanzi alla sezione GIP/GUP¹³² del Tribunale di Milano e definiti nel corso del triennio 2015 – 2017.

Va tenuto presente il fatto che tali procedimenti non risentono delle modifiche apportate dalla legge 69 del 2019 (nota come “Codice Rosso”), in quanto antecedenti alla sua entrata in vigore. Dal momento che, come si è detto, tale riforma ha operato mutamenti soprattutto sotto il profilo del trattamento sanzionatorio, si ritiene che, ad oggi, una simile indagine potrebbe condurre a risultati differenti con riguardo alla pena irrogata, nonché alla concedibilità di svariati benefici di legge, *in primis* quello della sospensione condizionale della pena ai sensi dell'art. 163 c.p.

Con riferimento alla tipologia dei reati esaminati sono stati selezionati unicamente i procedimenti aventi come capo di imputazione i delitti di cui agli artt. 609 bis e 609 octies c.p., sia singolarmente sia in concorso con altre fattispecie.

Il numero complessivo di sentenze analizzate è pari a 164, così ripartite: 62 dell'anno 2015, 54 dell'anno 2016 e 48 dell'anno 2017.

¹³² Tale circostanza implica il caso che esse non siano state decise dalle Sezioni Specializzate del Tribunale di Milano, espressamente istituite per occuparsi di reati in danno di soggetti deboli, tra i quali vi rientrano le vittime dei delitti di violenza sessuale.

Lo studio realizzato, oltre a fornire alcuni dati statisticamente rilevanti sotto il profilo quantitativo e criminologico, ha consentito di far emergere le modalità della condotta impiegata dall'agente per la realizzazione del reato. Quest'ultimo aspetto assume particolare rilievo se, *de iure condendo*, si ipotizza una nuova tipizzazione dei requisiti oggettivi del delitto di violenza sessuale.

In quest'ottica, infatti, le sentenze sono state suddivise a seconda della tipologia di violenza sessuale commessa, ossia a seconda che i giudici l'abbiano ricondotta alla c.d. violenza sessuale per costrizione (che, a sua volta, al suo interno contrappone il caso in cui il comportamento sia stato realizzato con minaccia, con violenza o con abuso di autorità) oppure a quella per induzione (a sua volta distinguibile a seconda che sia avvenuta con approfittamento delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa oppure con l'inganno operato mediante sostituzione di persona). In relazione ai dati prettamente numerici, si è proceduto innanzitutto alla suddivisione delle pronunce suddette in sentenze di condanna e di proscioglimento.

Con riferimento a profili di interesse criminologico, rilevanti paiono alcune considerazioni in relazione al genere degli autori e delle vittime del reato, alla loro nazionalità, alla loro età al momento del fatto, nonché al rapporto tra essi sussistente all'epoca degli eventi.

A tale proposito è opportuno sottolineare che l'alto numero di casi che vede come vittima un minore di anni diciotto non è necessariamente indicativo del fatto che essi siano, per così dire, le "vittime privilegiate" di questa tipologia di reati. Riveste, infatti, notevole incidenza il fatto che, ai sensi di quanto previsto dall'art. 609 septies c.p., la procedibilità in questi casi non è a querela della persona offesa, ma d'ufficio (ex art. 609 septies co. 4 n. 1 c.p.).

Quanto all'aspetto di tipo più squisitamente qualitativo dell'indagine l'obiettivo era quello di comprendere, alla luce di quanto esposto nel capitolo precedente con riferimento alla prassi della c.d. spiritualizzazione del concetto di violenza, quanto fossero frequenti i casi in cui si prescinde quasi del tutto dall'accertamento della sussistenza della condotta "propriamente violenta" ai fini dell'integrazione del reato; nonché, in tali circostanze, quali siano gli indici fattuali dai quali l'interprete tragga gli elementi necessari per ritenere provato il delitto di violenza sessuale.

Dall'analisi del campione emerge quanto già prospettato sotto il profilo teorico con riferimento alla bipartizione operata da autorevole dottrina¹³³ su violenza c.d. fine e violenza c.d. mezzo: nella prassi tali due aspetti finiscono spesso per coincidere. Lo studio delle sentenze conferma come sia l'atto sessuale ad essere considerato di per sé violento, non potendosi isolare una condotta violenta ulteriore adoperata al fine di "costringere a compiere o subire atti sessuali" (come formalmente richiede il dettato dell'art. 609 bis c.p.).

Invero, in un numero significativo di casi l'atto sessuale viene ritenuto compiuto "in modo insidioso e repentino", così da impedire un'adeguata reazione difensiva da parte della vittima. Non vi è chi non noti che tale c.d. repentinità non coincida con il "tipo" di violenza astrattamente immaginabile; ciononostante i giudici di merito, con un'operazione sostanzialmente ortopedica, ed al fine di non sottrarre tali comportamenti dal novero di quelli punibili ex artt. 609 bis o 609 octies c.p., finiscono per ravvisare il carattere violento delle condotte proprio nel fatto che non sia stato dato alla vittima il tempo per opporvisi.

Dal campione emerge un ulteriore profilo di particolare interesse: in alcune ipotesi non solo non emerge una condotta "violenta" propriamente detta, ma la ricercata violenza non si identifica nemmeno nella repentinità dell'azione che viene posta in essere. Si fa, a tal proposito, riferimento a tutti i casi in cui l'atto di violenza sessuale sia compiuto su un soggetto che, paralizzato dalla paura, non opponga alcuna resistenza e lasci che l'azione venga condotta "liberamente" dall'autore del reato; nonché alla circostanza in cui la vittima sia addormentata.

Posticipando per il momento le considerazioni relative a questo peculiare aspetto, che saranno oggetto dell'ultima parte del presente lavoro, si anticipa in questa sede quanto di maggior interesse: si ritiene che siano proprio queste le situazioni che più entrano in collisione con la formulazione della fattispecie e, di conseguenza, con il divieto di analogia *in malam partem* sancito in materia penale. Proprio per tal ragione, è dall'analisi di casi di questo tipo che sorgono le più insistenti sollecitazioni per un ripensamento del dettato normativo.

¹³³ F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, vol. I, *L'offesa mediante violenza*, Giuffrè, Milano, 2002.

Si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi in cui i toccamenti ed i palpeggiamenti di parti intime del corpo della vittima vengano posti in essere in danno di persona dormiente, che si renda conto dell'accaduto solo al momento del risveglio. In tal caso ciò che in realtà rileva per l'integrazione della fattispecie è il fatto che il comportamento criminoso sia stato posto in essere "senza il consenso" della persona offesa e non tanto superandone il dissenso oppure vincendo la sua resistenza.

È proprio questa la logica che, come vedremo, ha guidato la riforma legislativa intervenuta nello Stato della California, nota come "*Yes means yes*"; nonché l'analoga novella dello Stato di New York, denominata "*Enough is enough*".

Altri profili interessanti, emersi nel corso dell'indagine, ineriscono al rapporto tra il reato di violenza sessuale e quello di maltrattamenti contro familiari e conviventi ex art. 572 c.p., ove i due reati si trovino a concorrere.

È stata poi indirizzata l'analisi sulle fattispecie di violenza sessuale realizzata in forma tentata, alla luce delle considerazioni svolte nel capitolo precedente¹³⁴ in merito alla difficoltà di individuare la soglia oltre la quale possa ritenersi consumato il reato. Fermo restando le indicazioni fornite dalla giurisprudenza di legittimità sul punto, l'obiettivo era quello di vagliare, tramite l'analisi dei casi concreti, quali fossero gli elementi valorizzati dall'interprete per escludere l'integrazione del reato nella forma consumata e ritenere che la condotta del soggetto attivo si fosse arrestata allo stadio del tentativo.

Ampio spazio è stato infine dedicato allo studio dei procedimenti in cui l'autore del reato abbia beneficiato dell'applicazione dell'aggravante di cui al terzo comma dell'art. 609 bis c.p. La loro consistenza numerica sarà, come vedremo, motivo per soffermarsi sull'opportunità della creazione di una fattispecie delittuosa *ad hoc*, così da conferire veste autonoma a tali condotte e da sottrarle dall'ambito di operatività del giudizio di bilanciamento.

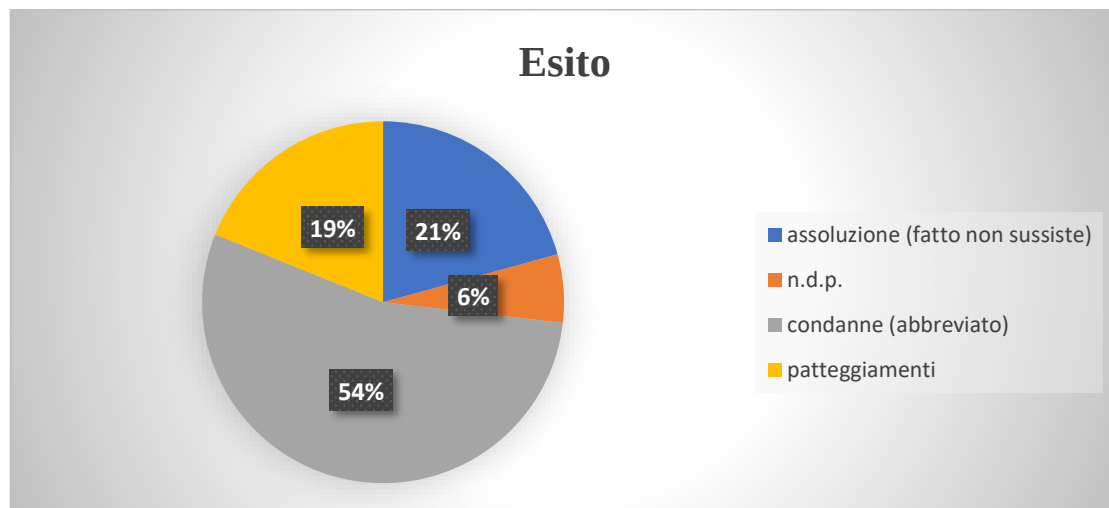
¹³⁴ Cfr. parte I, capitolo I, par. 7.

2. L'esito dei procedimenti

Come mostra il grafico, su un totale di 164 procedimenti, la maggior parte (il 73 %, pari a 120) si è conclusa con una sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti, i restanti 44 con un proscioglimento.

In relazione ai primi, può affermarsi che in 46 casi, ossia in più di 1/3 dei procedimenti sul totale di quelli conclusi con un'affermazione della responsabilità penale dell'imputato, è stata disposta la sospensione condizionale della pena (art. 163 c.p.), risultando la pena finale inflitta dal giudice inferiore a due anni ed essendovi elementi sintomatici del ravvedimento dell'imputato.

Il dato è rilevante se viene letto alla luce della modifica recentemente introdotta con la legge 69 del 2019, in relazione alla cornice edittale della pena prevista per il reato di violenza sessuale. In particolare, si ritiene che l'innalzamento del minimo edittale a 6 anni sortirà l'effetto di determinare una diminuzione dei casi in cui potrà essere concesso il beneficio, pur nell'ipotesi di applicazione dell'attenuante del terzo comma dell'art. 609 bis c.p. o di altre circostanze attenuanti, incluse le generiche.



Procedendo in ordine cronologico decrescente, dunque muovendo dall'analisi delle sentenze pronunciate nel corso dell'anno 2017, si evidenziano i seguenti dati.

Su 62 procedimenti totali, 45 si sono conclusi con una pronuncia di affermazione della responsabilità dell'imputato ai sensi degli artt. 609 bis o 609 octies c.p. e 17 con una sentenza di proscioglimento.

Nello specifico, con riferimento ai primi 45, in 12 casi la sentenza è stata emessa all'esito di un patteggiamento; nei restanti 33 all'esito di un giudizio abbreviato.

Quanto alle pronunce di proscioglimento si segnala che in un caso è stata emessa sentenza di non luogo a procedere per mancanza di una condizione di procedibilità (nel caso di specie la vittima non aveva sporto denuncia - querela), in tre casi il proscioglimento è seguito all'accertamento della non imputabilità dell'autore del reato e nei restanti tredici casi il Tribunale ha pronunciato sentenza di assoluzione per insussistenza del fatto.

Con riguardo all'anno 2016, dei 54 procedimenti totali, 44 si sono conclusi con una condanna (per la precisione in 10 casi è stata applicata la pena su richiesta delle parti) e 10 con un proscioglimento (in due di essi per mancanza di imputabilità dell'autore del reato e in uno per mancanza di querela).

Da ultimo, in relazione all'anno 2015, su 48 casi totali, in 31 è stata affermata la responsabilità dell'imputato (in nove di questi all'esito di una sentenza di patteggiamento). Dei 17 restanti, in due casi l'imputato è stato prosciolto per mancanza di imputabilità e in uno per l'assenza della querela della persona offesa.

Dal 2015 al 2017 si registra un lieve incremento del numero di procedimenti pendenti per tale reato. Se un simile dato, a primo impatto, potrebbe apparire poco significativo, non essendovi un divario numerico consistente in termini percentuali, tuttavia può notarsi che al crescere del numero complessivo dei procedimenti annualmente considerati non aumenta, ed anzi diminuisce significativamente per l'anno 2016, il numero dei giudizi conclusi con un'assoluzione. Ciò potrebbe condurre a ritenere che, all'accentuarsi dell'emergenza sociale legata alla frequenza con cui si verificano gli episodi di violenza sessuale, si accompagni una maggior sensibilità dell'organo giudicante nell'accertamento della sussistenza degli elementi costitutivi del reato in questione.

Con riguardo alle sentenze di proscioglimento pronunciate per mancanza di imputabilità dell'autore del reato, è opportuno precisare che non tutte sono sentenze di assoluzione ex art. 530 c.p.p. Nello specifico si osserva che in tre casi su 7 il proscioglimento è seguito all'accertamento, ai sensi dell'art. 425 c.p.p., del fatto che l'imputato fosse persona incapace di partecipare coscientemente al processo "per infermità mentale sopravvenuta al fatto" (ex art. 70 co. 1 c.p.p.) e che tale incapacità

fosse irreversibile. La *ratio* del proscioglimento, in tali circostanze, ben differisce da quella sottesa all'assoluzione pronunciata in ragione del fatto che l'imputato fosse, al momento della commissione del reato, in stato di incapacità di intendere e di volere. Il primo comma dell'art. 70 c.p.p. subordina, infatti, la perizia per gli accertamenti sulla capacità dell'imputato all'impossibilità di pronunciare sentenza di proscioglimento ai sensi degli artt. 129 e 530 c.p.p. Ove, a seguito degli accertamenti, risulti che lo stato mentale del soggetto sia tale da impedirne la cosciente partecipazione al procedimento, vi è l'obbligo per il giudice di disporre la sospensione del procedimento, con ordinanza revocabile, nel caso in cui ritenga che lo stato di incapacità sia reversibile (ex art. 71 c.p.); diversamente, nel caso in cui si accerti l'irreversibilità dell'incapacità e la non pericolosità del soggetto (ai sensi dell'art. 72 bis c.p.p.) deve esser pronunciata sentenza di non luogo a procedere o sentenza di non doversi procedere.

In tal senso la giurisprudenza afferma che “il provvedimento di sospensione del procedimento va revocato laddove vi siano le condizioni per emettere nei confronti dell'imputato una sentenza a lui favorevole: situazioni nelle quali, prevalendo il principio del *favor rei*, la possibilità di una definizione del processo con una decisione vantaggiosa per l'imputato, ne giustifica la prosecuzione sulla base di una sorta di *fictio* di capacità processuale dell'imputato che si trova in una situazione di impedita autodifesa, al cui apporto difensivo è possibile, perciò, in via del tutto eccezionale, ragionevolmente rinunciare”¹³⁵.

Può, quindi, affermarsi che solo in 4 dei 7 casi in questione il proscioglimento sia derivato da un'accertata non imputabilità al momento del fatto. Nella totalità di essi l'assoluzione è seguita all'accertamento di disturbi clinicamente provati di cui l'autore del reato soffriva e che ne hanno determinato l'incapacità di intendere e di volere. Non si tratta, dunque, di assoluzioni derivate dall'intossicazione cronica dovuta all'assunzione di bevande alcoliche o sostanze psicotrope (ai sensi dell'art. 95 c.p.), nonché dall'ubriachezza od assuefazione dovuta a caso fortuito o forza maggiore (ai sensi degli artt. 91 e 93 c.p.).

In 3 procedimenti su 4 è stata, inoltre, applicata una misura di sicurezza: due volte quella della libertà vigilata e in un caso il ricovero presso un ospedale psichiatrico giudiziario (da eseguirsi in una R.E.M.S.).

¹³⁵ Cass. pen. sez. VI, sent. n. 34575 del 4 luglio 2013.

Interessante è anche l'analisi dei tre casi in cui è stata emessa sentenza di proscioglimento per mancanza di querela. Come noto, il reato di cui all'art. 609 bis c.p., che pur richiede la querela come condizione di procedibilità, è tuttavia procedibile d'ufficio qualora sia connesso con altro reato procedibile d'ufficio, secondo quanto previsto dall'art. 609 septies comma 4 n. 4 c.p.

Nel primo caso, il capo di imputazione è formulato in relazione alla commissione dei reati di cui all'art. 646 c.p. e 609 bis c.p., entrambi procedibili a querela di parte. Pur essendosi la persona offesa rivolta ai Carabinieri per denunciare i fatti subiti, ritiene il Giudice che "l'atto formalizzato presso la Stazione de Carabinieri [...], rubricato quale <verbale di denuncia orale> consiste in una puntuale esposizione dei fatti occorsi [...] ma in alcun punto della narrazione contiene una chiara enunciazione della *voluntas puniendi* della persona offesa". A suffragio di tale affermazione viene addotta anche l'assenza di costituzione di parte civile della persona offesa, nonché la sua scelta di non presentarsi all'udienza.

Nel secondo caso l'imputato era chiamato a rispondere, oltre che di violenza sessuale, anche del reato di atti osceni (art. 527 c.p.), nonché di resistenza a pubblico ufficiale (art. 337 c.p.). Le ragioni che conducono alla dichiarazione di non doversi procedere in relazione al delitto di violenza sessuale si riassumono nel fatto che non venga ravvisato un caso di connessione, come richiesto dall'art. 609 septies co. 4 n. 4 c.p., tra la violenza sessuale e la resistenza a pubblico ufficiale.

Nel terzo caso il reato di violenza sessuale è contestato all'imputato in concorso con il reato di interferenze illecite nella vita privata (art. 615 bis c.p.). La sentenza di non doversi procedere inerisce ad entrambi i capi di imputazione, ravvisandosi per il reato di violenza sessuale la tardività della querela sporta ed essendo sopravvenuta, per il delitto di interferenze illecite nella vita privata, la remissione della querela da parte della persona offesa.

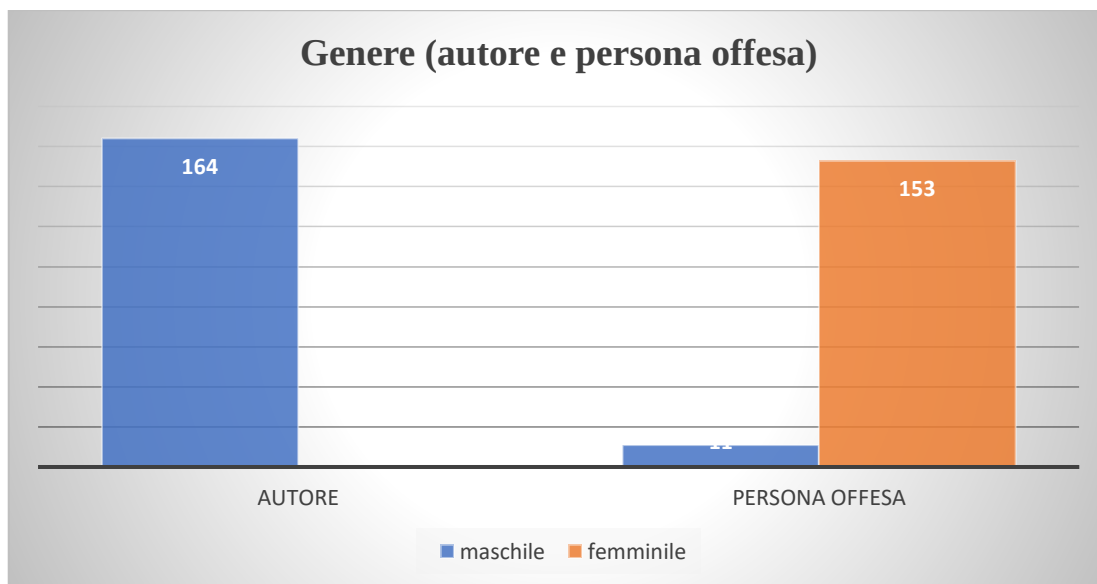
3. L'identikit dell'autore e della vittima del reato

3.1 Il genere.

In nessuno dei 164 procedimenti l'autore (o gli autori) sono di genere femminile.

All'opposto le vittime sono quasi sempre donne¹³⁶, ad eccezione del caso in cui siano minorenni (in tale circostanza si registra un numero significativo di vittime di sesso maschile).

Ed infatti ove le persone offese abbiano un'età inferiore agli anni 18 (ossia in 47 procedimenti) risultano esservi vittime di sesso maschile in 10 casi, come mostra il seguente grafico.



Con riguardo ai procedimenti che vedono come vittima un minore, è opportuno precisare, infatti, che la minore età non esclude di per sé la configurabilità del reato di cui all'art. 609 bis c.p., in favore di quello di cui all'art. 609 quater c.p. Significativa in tal senso è la clausola di riserva dettata dal legislatore in apertura dell'art. 609 quater c.p.

La configurabilità del delitto di atti sessuali con minorenni è subordinata al fatto che le modalità della condotta esulino da quelle tipizzate all'interno della previsione di cui all'art. 609 bis c.p.

La fattispecie descritta dall'art. 609 quater c.p. è, infatti, volta a incriminare l'atto sessuale c.d. "consensuale" compiuto con soggetto minore di anni quattordici (ex art. 609 quater co. 1 n. 1 c.p.) o di anni sedici "quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per

¹³⁶ Si registra un unico caso in cui la vittima, maggiorenne, sia di sesso maschile.

ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato o che abbia, con quest'ultimo, una relazione di convivenza" (ex art. 609 quater co. 1 n. 2 c.p.).

Ai sensi del secondo comma della disposizione in esame, inoltre, quando non si rientri nei casi descritti dall'art. 609 bis c.p. i soggetti elencati al n. 2 del primo comma dell'art. 609 quater c.p. sono puniti "con la reclusione da tre a sei anni" qualora l'atto sessuale sia compiuto con "persona minore che ha compiuto gli anni sedici".

Appurata, dunque, la netta distinzione sussistente tra l'ambito di operatività degli artt. 609 bis e 609 quater c.p., risulta chiara l'autonoma sussistenza di delitti di violenza sessuale (ai sensi degli artt. 609 bis c.p., nonché 609 *octies* c.p.) in danno di minori.

In altre parole, nell'eventualità che le modalità della condotta impiegate dall'autore possano ricondursi ad una di quelle descritte dal dettato dell'art. 609 bis c.p., dovrà certamente configurarsi tale fattispecie di reato.

Va, peraltro, rilevato che, ove le vittime siano minori di età, il reato di cui all'art. 609 bis c.p. viene frequentemente qualificato come compiuto "abusando delle condizioni di inferiorità fisica e psichica della persona offesa al momento del fatto", per l'appunto minorenni.

Richiamando le considerazioni svolte nel capitolo precedente con riferimento al *discrimen* tra la violenza sessuale commessa "per costrizione" (ex art. 609 bis co. 1 c.p.) e quella realizzata "mediante induzione" (ex art. 609 bis co. 2 c.p.), si ritiene che il soggetto minore di età possa ben ricondursi all'ipotesi di colui che si trovi in condizioni di inferiorità fisica o psichica: il suo rappresenta, in effetti, uno stato di incapacità, seppure transitorio, che, senza risolversi in un'infermità totale o parziale, lo priva in tutto o in parte della capacità di esprimere un valido consenso.

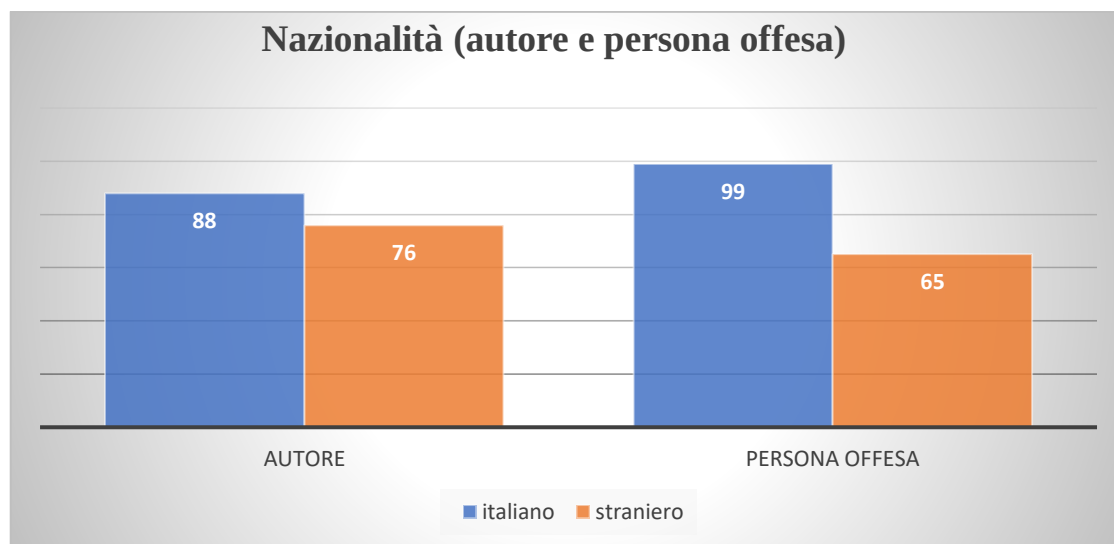
Dai dati ricavati dall'indagine condotta emerge che in 12 casi sui 47, che rappresentano quelli in cui il reato è posto in essere in danno di minori, il reato è stato commesso "per induzione", ricollegandosi la condizione di inferiorità fisica e psichica alla minore età della persona offesa.

3.2 La nazionalità

Con riferimento alla nazionalità dell'autore e della vittima del reato si evidenzia quanto segue.

In poco più del 50% dei casi l'autore del reato è di nazionalità italiana (nello specifico tale circostanza emerge in 88 procedimenti su 164).

Similmente, quanto alla nazionalità delle vittime, in più del 60% dei casi (pari a 99 procedimenti) esse sono italiane.



Pur tenendo conto del numero oscuro inerente a tale tipologia di reati, non si ritiene, dunque, che il delitto di violenza sessuale possa considerarsi come un delitto commesso soprattutto dalla popolazione straniera.

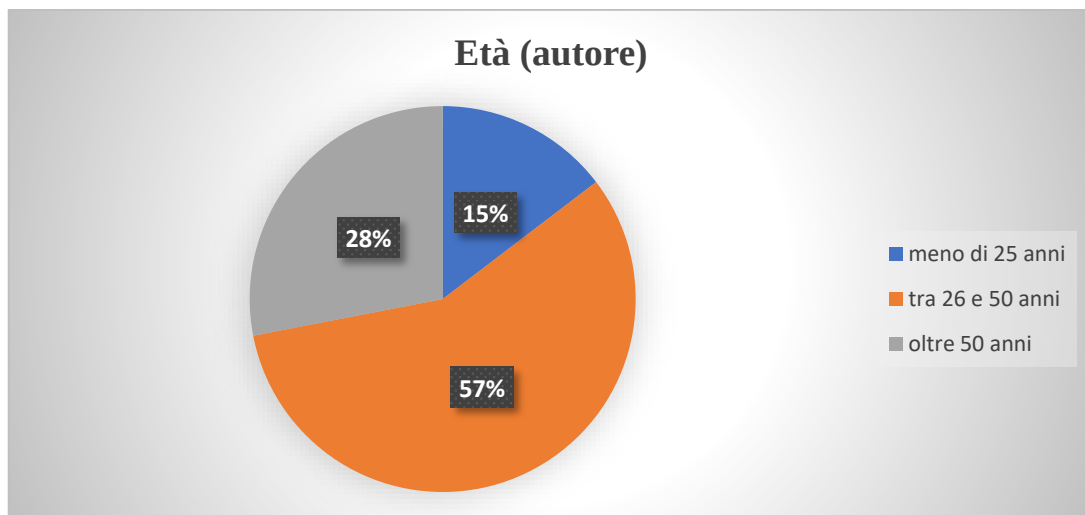
Peraltro, se si esaminano i procedimenti che vedono nell'autore di reato un soggetto di nazionalità straniera si evince che, in più del 50% di essi (nello specifico in 40 su 76), la vittima è anch'essa straniera.

Si è al cospetto, in sostanza, di una tipologia di delitti che prescindono dalla nazionalità della persona offesa o dell'autore.

3.3 Età al momento del fatto

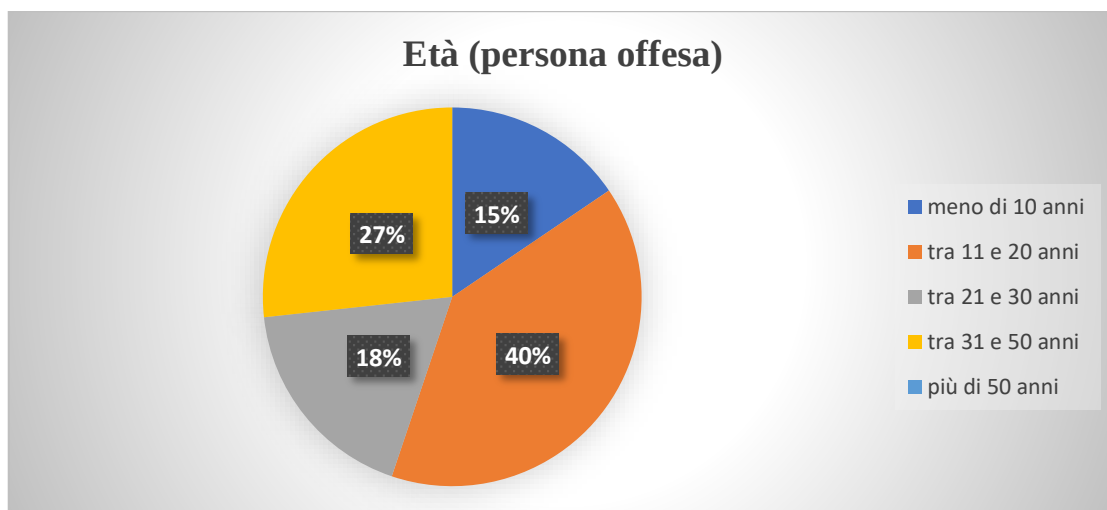
Questa difficoltà a costruire un "identikit" dell'aggressore sessuale tipo, facendo ricorso ad elementi di tipo soggettivo, trova conferma anche nell'eterogeneità connessa al dato inerente all'età dell'autore del reato al momento del fatto.

In particolare, raggruppando in tre classi di età gli autori del reato, emerge che in 24 casi l'aggressore ha meno di 25 anni, in 94 casi ha tra i 25 e i 50 anni, nei restanti 46 ha oltre 50 anni.



Con riferimento all'età delle vittime, dai dati rilevati emerge che: in 18 casi la persona offesa aveva meno di 10 anni, in 46 casi tra gli 11 e i 20 anni (53 sono le vittime infradiciottenni), in 21 casi tra i 21 e i 30 anni, in 31 casi tra i 31 e i 50 anni e nei restanti 5 casi più di 50 anni¹³⁷.

Picco significativo è quello che si registra con riferimento alla fascia di età relativa agli infraventenni. Come ben emerge dal grafico che segue il numero di persone offese con un'età al di sotto dei 20 anni supera la metà del totale.



¹³⁷ La non coincidenza tra la sommatoria delle diverse voci con il totale dei procedimenti è dettato dal fatto che in più di un caso non è stato possibile ricavare dal contenuto della sentenza l'età della vittima, nonché dalla circostanza per cui, in alcuni casi, la vittima risultava non identificata.

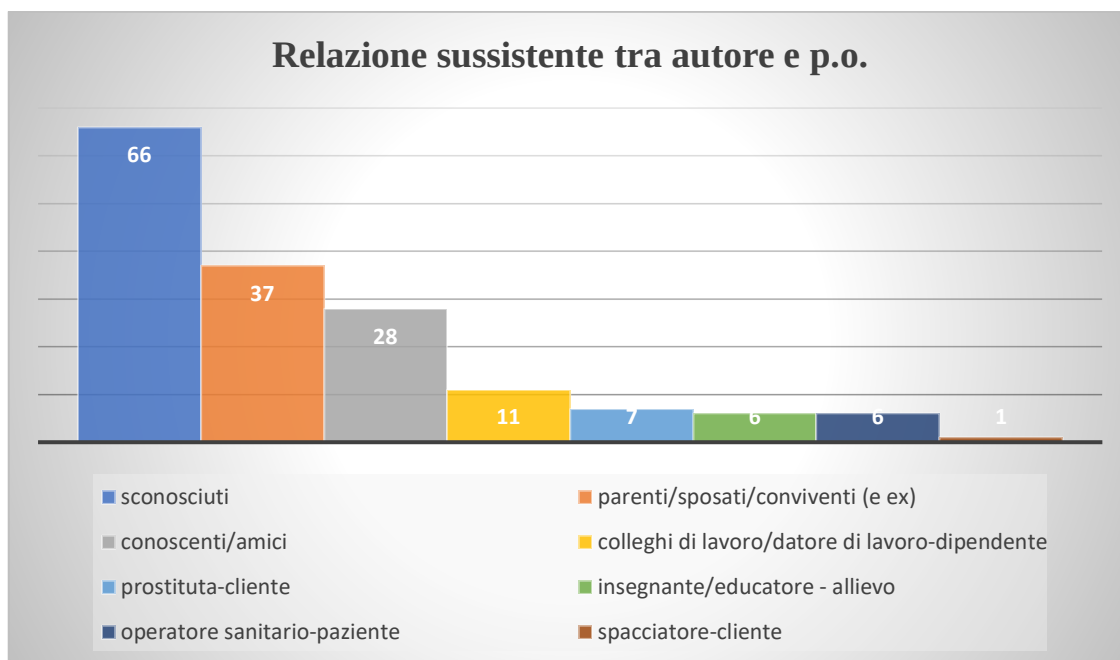
3.4 La relazione intercorrente tra autore e vittima al momento del fatto di reato

Un altro aspetto interessante è quello concernente il rapporto sussistente tra l'aggressore e la persona offesa al momento del fatto, anche al fine di sondare quali siano gli ambiti ove tale tipo di reato maggiormente viene commesso e se si possono registrare dei picchi statisticamente significativi.

Come si può vedere dalla tabella che segue, in 66 procedimenti su 164 il reato è realizzato dall'autore del reato in danno di una vittima a lui sconosciuta; mentre in 65 procedimenti sono coinvolti soggetti che hanno un legame di parentela o di amicizia. Ciò porta ad affermare che il reato in esame non abbia quale profilo caratteristico quello di esser commesso tra soggetti legati da una pregressa o attuale relazione. Appare, comunque, interessante rilevare che, ove la condotta sia perpetrata in danno di una vittima sconosciuta dall'autore del reato, essa si esaurisce, nella maggior parte dei casi, in palpeggiamenti delle parti intime o sfregamenti. Infatti, solo in quattro casi su 66 viene consumato un rapporto sessuale con penetrazione e in altri due casi la violenza è solo tentata.

Esaminando la totalità dei procedimenti, le altre circostanze che vengono in rilievo possono essere così elencate: in 11 casi su 164 l'autore del reato e la persona offesa erano colleghi di lavoro, in 7 casi lei si prostituiva e lui era il cliente, in 6 casi vi era un rapporto di affidamento dettato dal fatto che lui ricoprisse il ruolo di insegnante/educatore e la vittima fosse l'allieva, in altri 6 casi l'affidamento era ingenerato dal fatto che la persona offesa fosse ricoverata come paziente nel reparto ospedaliero ove l'autore come medico o, genericamente, operatore sanitario, lavorava. Da ultimo, in un singolo caso, la relazione sussistente tra i due era quella tra spacciatore di sostanza stupefacente e cliente.

Con specifico riguardo alla circostanza in cui la persona offesa sia un minore degli anni 18, si segnala che in più della metà dei casi la vittima conosceva il suo aggressore (32 casi su 53 totali). Nello specifico, in 11 casi l'autore del reato è il padre, il nonno o lo zio del minorenne, in 5 casi l'educatore (in ambito sportivo o scolastico) e in 16 caso è un amico di famiglia.



4. Il concorso con altri reati

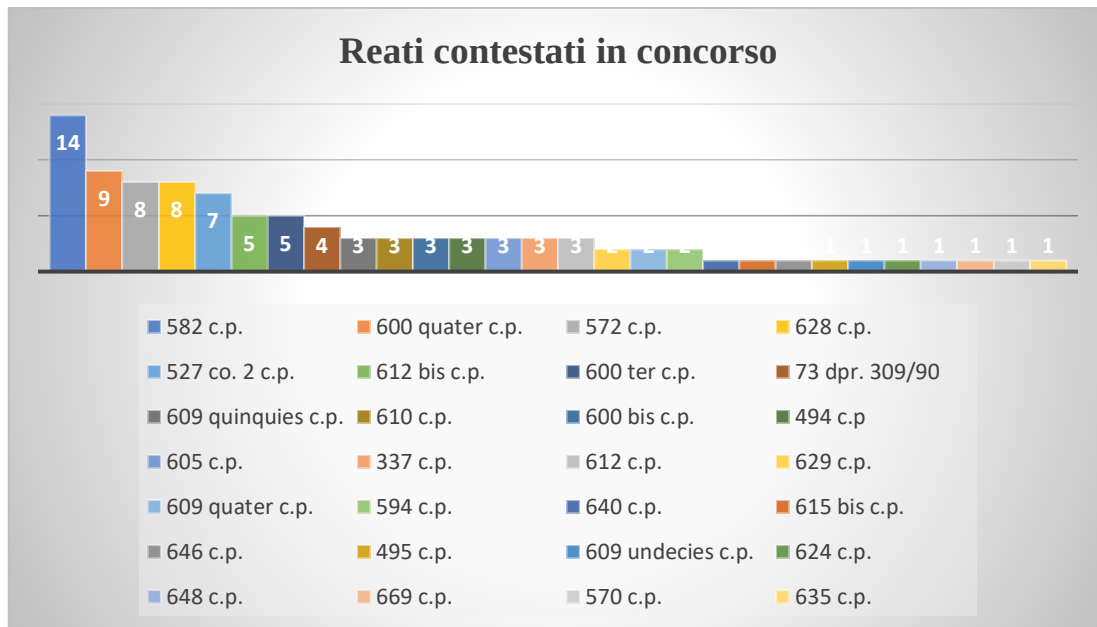
Dall'indagine effettuata si rileva che frequentemente vengono posti in essere comportamenti idonei ad integrare ulteriori fattispecie incriminatrici, in concorso con i reati di cui agli artt. 609 bis c.p. e 609 octies c.p.

Da qui deriva la molteplicità dei capi di imputazione contestati ad un medesimo autore. Nella maggior parte dei casi si tratta di reati contro la persona, ma non sono esclusi i procedimenti in cui oggetto di contestazione siano delitti contro il patrimonio o lesivi di altri beni giuridici.

Prima di esaminare *funditus* la casistica offertaci dal campione di sentenze esaminato, va premesso che in 94 casi su 164 l'unico reato oggetto di contestazione è quello di violenza sessuale. Nei restanti 70, invece, i capi di imputazione sono complessi.

A concorrere con il reato di cui all'art. 609 bis c.p. (anche nella sua forma plurisoggettiva) sono, nella maggioranza dei casi, e senza considerare le aggravanti di volta in volta contestate, i reati di cui agli artt. 582 c.p. (lesioni personali), 600 quater c.p. (atti sessuali con minorenne), 628 c.p. (rapina), 527 co. 2 c.p. (atti osceni, nella forma aggravata), 572 c.p. (maltrattamenti contro familiari e conviventi).

Il grafico di seguito riportato fornisce il quadro complessivo delle imputazioni contestate in concorso con la violenza sessuale agli autori di quest'ultima.



Di particolare interesse è la fattispecie di cui all'art. 572 c.p. che concorre in otto casi con il reato di violenza sessuale.

In dottrina ed in giurisprudenza la qualificazione del rapporto tra il reato di maltrattamenti contro familiari e conviventi e quello di violenza sessuale ha da sempre destato forti perplessità¹³⁸. La soluzione attualmente dominante ritiene che ci si trovi

¹³⁸ Il dibattito si è originato dalla necessità di comprendere se, qualora all'interno di una protratta sequenza di condotte maltrattanti se ne inserisse anche una (o più) di violenza sessuale, esse dovessero ritenersi assorbite in questa oppure avessero autonoma rilevanza.

A tal proposito, differenti sono gli orientamenti giurisprudenziali che si sono susseguiti nel corso degli anni: ad avviso di un primo rigoroso indirizzo, radicatosi già in epoca antecedente alla riforma del 1996, andava del tutto esclusa la possibilità di ricorrere al fenomeno dell'assorbimento del reato di violenza sessuale all'interno di quello di maltrattamenti.

A suffragio di tale tesi si riteneva inizialmente che a differenziare la fattispecie di cui all'art. 572 c.p. da quella di cui all'art. 609 bis c.p. fosse l'elemento soggettivo (ossia il dolo c.d. unitario richiesto solo per l'integrazione del reato di maltrattamenti e non per il reato di violenza sessuale).

Anche successivamente alla riforma si mantenne una rigida separazione tra i due delitti in esame, motivando sia in relazione all'elemento oggettivo che a quello soggettivo: per quanto riguarda il primo si affermava che le due fattispecie giuridiche fossero poste a tutela di beni giuridici differenti, dunque non si sarebbe potuta sostenere l'applicabilità del principio di assorbimento, ma andava con certezza prediletta l'ipotesi del concorso; in riferimento all'elemento soggettivo, a far propendere per il concorso era la differenza tra il dolo tipico dei maltrattamenti e quello della violenza sessuale: se nel primo si ravvisava l'intento proprio di infliggere sofferenze fisiche e morali, il secondo consisteva nella coscienza e volontà di compiere atti sessuali.

A tali considerazioni potrebbe opporsi che se si ritenesse sufficiente il riferimento alla differenza dei beni giuridici per sostenere l'inapplicabilità del principio di specialità di cui all'art. 15 c.p., allora dovrebbe propendersi per il concorso in tutti quei casi in cui le disposizioni normative tutelano interessi differenti, ma ciò non corrisponde alle prassi giurisprudenziali quasi omogenee in materia.

dinnanzi ad un concorso apparente di norme qualora vi sia totale coincidenza obiettiva tra le due condotte, nel senso che “il delitto di maltrattamenti sia stato ravvisato per la mera reiterazione degli atti sessuali”¹³⁹ e quando gli atti lesivi siano finalizzati esclusivamente alla realizzazione della violenza sessuale e siano strumentali alla stessa. In questo caso deve, infatti, propendersi per l’assorbimento¹⁴⁰.

Prevale, invece, la tesi del concorso formale eterogeneo nel novero restante di casi, cioè quando si possa ravvisare autonomia, anche parziale, tra le due condotte, determinandosi ad esempio il soggetto attivo a compiere anche ripetuti atti di percosse e ingiurie che eccedano l’ambito della violenza o minaccia strumentale alla realizzazione della violenza sessuale¹⁴¹.

Le sentenze conclusive degli 8 procedimenti oggetto di analisi ove la contestazione contenuta nel capo di imputazione riporta sia il reato di violenza sessuale, che quello di maltrattamenti contro familiari e conviventi, rispecchiano le soluzioni cui è pervenuta la giurisprudenza.

Inoltre va detto che l’inconciliabilità tra il dolo dei maltrattamenti e quello della violenza sessuale, è avversata da una parte della giurisprudenza, la quale, seppur minoritaria, facendo leva sulla possibilità di sovrapporre la condotta tipica dei due reati e sull’intentio del soggetto attivo, ha finito per sostenere l’applicabilità del fenomeno dell’assorbimento del reato di cui all’art. 609 bis c.p. in quello di cui all’art. 572 c.p.

¹³⁹ Cass. pen., sez. III, sent. 23 marzo 2005, in *Cass. pen.* 2006, pag. 4079.

¹⁴⁰ In tal senso si era già espressa la Cassazione in occasione della pronuncia Bilardi del 24 giugno 2004 (*Cass. pen.*, sez. III, 24 giugno 2004, Bilardi, in *Cass. pen.*, 2006, pag. 965), con la quale ha statuito che “il principio di specialità di cui all’art. 15 c.p. esclude il concorso formale di reati apparentemente integrati da una stessa fattispecie materiale, quando un reato è tipicamente configurato come speciale rispetto all’altro. Nel caso di cui trattasi non v’è dubbio che il delitto di violenza sessuale continuata, sotto questo riguardo, è speciale rispetto al generico delitto di maltrattamenti. Opinare diversamente significherebbe violare il principio del c.d. ne bis in idem sostanziale, che impedisce di applicare diverse sanzioni penali per lo stesso fatto materiale [...] Infatti, nella presente fattispecie, il delitto di maltrattamenti concorre apparentemente con il delitto di violenza sessuale continuata, sicchè anche questo secondo reato è caratterizzato da un dolo unitario e programmatico. In altri termini, sotto ogni profilo, si tratta della stessa situazione di fatto, che è il presupposto per l’applicazione dell’art. 15 c.p. Neppure può condividersi la tesi secondo cui il concorso formale tra i due reati sarebbe giustificato dalla diversa obiettività giuridica, giacchè questo criterio è estraneo alla configurazione codicistica del principio di specialità (art. 15 c.p.) e – se accettato – porterebbe all’assurda conseguenza di far concorrere il delitto di violenza sessuale con quello di minaccia o di violenza privata, posto che oggetto giuridico del primo è la libertà personale in materia sessuale, mentre oggetto dei secondi è la libertà morale”.

¹⁴¹ M. GAMBARDELLA, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in S. PREZIONI (a cura di), *Trattato di Diritto penale parte speciale. Delitti contro la famiglia*, Edizioni scientifiche italiane, Roma, 2011, pagg. 522 – 523.

In particolare, ove si ravvisi autonomia tra la condotta di violenza sessuale e l'ulteriore sequenza di comportamenti idonei ad integrare il reato di cui all'art. 572 c.p., non si prospetta la possibilità di assorbimento tra i due reati ma vi è concorso materiale.

Nel dettaglio, in quattro casi il procedimento si è concluso con una sentenza di condanna per entrambi i capi; in due con una sentenza di proscioglimento (nello specifico, in uno di essi è stata pronunciata, in relazione al reato di violenza sessuale, sentenza di non luogo a procedere per mancanza di querela); nei restanti due è stato ritenuto integrato uno solo dei due reati. I giudici hanno infatti ritenuto che in un caso non sussistesse il reato di maltrattamenti per mancanza di abitudine della condotta, nell'altro hanno pronunciato assoluzione in relazione al reato di violenza sessuale (contestato in forma tentata) in quanto non si è ritenuto integrato il requisito dell'univocità necessario ai fini della sussistenza del tentativo.

5. Il tentativo di violenza sessuale

A seguito delle problematiche esposte nel capitolo precedente, in relazione all'ambito di configurabilità del tentativo di violenza sessuale, si è ritenuto di analizzare, all'interno del campione esaminato, i casi in cui l'imputazione per violenza sessuale sia stata contestata in forma tentata.

Nella maggior parte degli episodi oggetto di contestazione, l'imputato non raggiunge le parti intime della vittima. Da ciò discende che la qualificazione del reato come tentata violenza sessuale è giustificata in ragione del fatto che non si sia verificata quell'intrusione nella sfera sessuale della persona offesa richiesta al fine dell'integrazione del reato nella sua forma consumata.

Nello specifico, i procedimenti in cui è stato contestato il tentativo di violenza sessuale sono venti.

Di essi, poi, solo poco più della metà (undici) si sono conclusi con una sentenza di condanna, non essendovi, nei restanti casi, prova del fatto che i comportamenti criminali fossero univocamente diretti alla realizzazione dell'atto sessuale (quattro casi), o essendo ritenuto del tutto insussistente il fatto come contestato – per contraddittorietà della prova - (tre casi), oppure, ancora, venendo pronunciata sentenza di proscioglimento per mancanza di imputabilità dell'imputato (due casi).

A titolo esemplificativo in uno dei casi esaminati l'interprete motiva l'assoluzione con le seguenti ragioni: *“si ritiene che il fatto così descritto non integri, sotto il profilo oggettivo, il reato di cui al capo A). Le dichiarazioni della persona offesa, per quanto puntuali, coerenti e precise, non consentono di affermare che gli atti dell'imputato fossero univocamente diretti a costringerla a subire atti sessuali. [...] L'abbassamento dei pantaloni sembra essersi verificato accidentalmente in ragione del fatto che l'imputato trattiene la donna per le gambe nel tentativo di non farla uscire dall'esercizio commerciale: l'atto in sé non dimostra, quindi, che vi fosse da parte dell'imputato la volontà di soddisfare un proprio impulso sessuale, tanto più che egli alla fine dirige la sua azione sulla borsa, così consentendo di ritenere che la violenza fisica fosse finalizzata esclusivamente alla sottrazione del bene, garantendosi al tempo che le grida della donna, una volta trattenuta all'interno del negozio, non attirassero l'attenzione dei passanti”*.

Allo stesso modo in un'altra sentenza si legge che *“per quanto concerne il reato di violenza sessuale deve ritenersi che la condotta ivi descritta – ossia il tentativo di trattenere la donna e di darle un bacio (senza ulteriori condotte finalizzate a realizzare un desiderio sessuale, quali potrebbero essere palpeggiamenti o tentativi di toccare le parti intime) – rientri nelle condotte moleste tipiche dello stalking e soprattutto nell'atteggiamento di prevaricazione connesso al reato di cui all'art. 612 bis c.p.”*.

Ancora, la motivazione di un'altra pronuncia riporta che *“quanto invece al reato di cui all'art. 609 bis c.p. deve rimarcarsi – concordemente con i rilievi svolti già dal G.I.P. in fase di convalida dell'arresto e applicazione di misura cautelare – che gli elementi accusatori in atto risultano insufficienti. Lo stesso racconto reso dalla persona offesa nell'immediatezza dei fatti – secondo cui il compagno, in stato di alterazione, le aveva chiesto di fare sesso ed al rifiuto di lei aveva iniziato a rivolgerle parole incomprensibili e le aveva poi sferrato un pugno – non consente di desumere, al di là di ogni ragionevole dubbio, che tale violenza fosse diretta a costringere la donna al rapporto sessuale, anziché costituire mera rabbiosa ritorsione (comunque vieppiù significativa della costante sopraffazione agita sulla compagna, di cui si è appena detto) per il rifiuto e, comunque, per la più generale condotta tenuta nel frangente dalla donna e percepita quale mancata comprensione e mancata messa a disposizione delle esigenze anche emotive del prevenuto (che, si ribadisce, nel cuore della notte ed*

incurante delle esigenze di sonno della compagna – oltre che dei bambini – ne pretendeva comunque le attenzioni)”.

Similmente, in un’ulteriore sentenza, si legge che *“la condotta tenuta dall’imputato non è riconducibile, neanche nella forma tentata, al delitto di violenza sessuale. La semplice richiesta di un bacio non è un atto idoneo a ledere la libertà sessuale potendo una richiesta del genere, in assenza di qualsivoglia altro atto afferente alla sfera sessuale, essere manifestazione di affetto o di tenerezza verso un’altra persona, compreso un bambino”*.

Sempre con riferimento ai procedimenti in cui il delitto di violenza sessuale venga contestato in forma tentata, è opportuno interrogarsi sulla possibilità per cui possa trovare altresì applicazione, ove il procedimento si concluda con una condanna, la circostanza attenuante di cui all’art. 609 bis comma 3 c.p.

Rimandando al paragrafo successivo le considerazioni ad essa relative, appare in questa sede doveroso chiedersi se si tratti, a tal proposito, di un delitto tentato circostanziato, oppure di un tentativo di delitto circostanziato.

Il problema sorge in quanto si ritiene in giurisprudenza difficilmente configurabile il tentativo di delitto circostanziato.

Le criticità connesse all’applicazione delle circostanze del reato, qualora esso non sia giunto a consumazione, attengono alla necessità di compiere una prognosi riguardante l’eventualità che, qualora non si fosse interrotto, sarebbe stato di “minore gravità”.

Infatti la figura del tentativo di delitto circostanziato ricorre nei casi in cui le circostanze non si siano ancora compiutamente verificate, ma se il delitto fosse giunto a consumazione sarebbe stato qualificato dalla loro presenza. In questa evenienza viene in rilievo non solo un illecito tentato ma anche un tentativo di circostanza.

Diverso da quest’ultimo è il delitto tentato circostanziato. Ivi la parziale realizzazione della fattispecie criminosa già integra del tutto l’elemento circostanziale.

La minore gravità si rinviene, in altre parole, nelle modalità esecutive della condotta tentata.

In particolare, stante l’autonomia della fattispecie tentata, è pacificamente ammesso che ove la condotta parziale del reo accenti in sé un maggior disvalore o viceversa risulti meno offensiva, in virtù della presenza dell’elemento circostanziale, sia

opportuno valorizzarne la portata adeguando correlativamente il trattamento sanzionatorio.

Il principio di offensività, cui fa da corollario quello di proporzionalità della pena, impone che quest'ultima debba essere commisurata nel suo preciso ammontare alla gravità del fatto commesso, da valutarsi, tra l'altro, anche tenendo conto degli elementi accidentali del delitto.

Peraltro, il meccanismo estensivo delineato dall'art. 56 c.p. opera senza deroghe anche rispetto a fattispecie di delitto circostanziato, con la conseguenza di considerare applicabili non solo le circostanze comuni delineate per tutti i delitti, dagli artt. 61 e 62 c.p., ma anche quelle speciali, purché non ontologicamente incompatibili con una fattispecie non giunta a consumazione.

Si ritiene che l'applicazione dell'attenuante di cui all'art. 609 bis ultimo comma c.p. al reato di violenza sessuale determini una fattispecie di delitto tentato circostanziato. Ed infatti, sono già di per sé le modalità esecutive del tentativo a determinare nell'interprete una valutazione in ordine al fatto che esso sia di minor gravità.

Analizzando i dati ricavati dall'indagine si evince che, degli undici casi conclusi con una condanna per violenza sessuale in forma tentata, in quattro è stata ritenuta sussistente l'attenuante del "fatto di minor gravità".

Dalla lettura delle motivazioni addotte si comprende che il giudizio di minor gravità involge la condotta parzialmente posta in essere dall'imputato e non coincide con una valutazione prognostica in ordine al reato consumato potenzialmente verificabile.

In particolare, in un caso la condotta realizzata era consistita *"nel cingere in modo insidioso e repentino la donna ai fianchi e nel tirarla verso sé, nonostante i rifiuti e la resistenza che gli venivano opposti"*. I giudici hanno ritenuto *"il fatto sussumibile nella ipotesi di cui al comma 3 dell'art. 609 bis c.p., attesa la sua scarsa gravità"*.

Nella motivazione della sentenza gli interpreti hanno ritenuto che *"la valutazione globale del fatto induce a ritenere che si versi in un caso di minore gravità, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 609 bis c.p.: invero non può trascurarsi come la libertà sessuale della persona offesa sia stata compressa in maniera non grave, così come contenuto si palesi il danno arrecato alla vittima anche in termini psichici."* Nello specifico, la condotta contestata coincideva con la seguente: *"con più atti esecutivi del medesimo disegno criminoso, con violenza e con abuso di autorità in quanto pubblico"*

ufficiale [...] compiva atti osceni e comunque idonei e diretti in modo non equivoco a costringere la collega a subire atti sessuali [...]. In particolare, dopo averla invitata a parlare nel proprio ufficio, chiudeva la porta e repentinamente la afferrava per le spalle e la spingeva contro un armadio cercando di baciarla sulla bocca”.

Similmente, dalla descrizione del fatto di reato relativo ad un differente procedimento si comprende la scelta operata dagli interpreti di sussumerlo al di sotto dell'ipotesi attenuata di cui all'art. 609 bis ult. co. c.p.

Per quanto nel corpo della sentenza non venga data puntuale motivazione in ordine all'applicazione dell'attenuante *de qua*, le modalità esecutive della condotta sono così compendiate nel capo di imputazione (e poi accertate nel corso del processo): *“posizionandosi alle spalle della persona offesa, che si trovava seduta sulla scrivania, cercava di abbracciarla da dietro [...] la raggiungeva di nuovo, con un gesto improvviso la afferrava per le braccia, attirandola a sé, tentando di baciarla sulla bocca”.*

Da ultimo, nel testo di un'ulteriore pronuncia, l'ipotesi attenuata di cui all'art. 609 bis ult. co. c.p. si ritiene positivamente applicabile al delitto di violenza sessuale posto in essere in forma tentata *“avuto riguardo alle modalità dell'azione (ha tentato di baciarla afferrandola per i pantaloni)”.*

6. I casi di minore gravità

Su 120 procedimenti conclusi con una pronuncia di affermazione della responsabilità dell'imputato (condanna o patteggiamento), l'attenuante prevista dall'art. 609 bis ultimo comma c.p. viene ritenuta sussistente in 53 casi.

Elemento comune ad essi, nonostante la diversità delle circostanze in cui il comportamento è stato posto in essere, si rinviene nel fatto che quest'ultimo non sia di tipo penetrativo ma si sia concretizzato in palpeggiamenti e/o tocamenti delle zone erogene.

Può, inoltre, segnalarsi che in 13 casi su 53, la fattispecie ritenuta di minor gravità è stata realizzata a bordo di un mezzo di trasporto (sulla metropolitana, sul treno o sull'autobus) o comunque sulle banchine o pensiline riservate alla loro attesa. In tale frangente il comportamento criminoso si esteriorizza in uno struscio, in un

toccamiento o in un palpeggiamento insidioso e fugace che non concede alla vittima di poter reagire e la coglie di sorpresa.

In quattro casi le condotte delittuose si sono verificate in ambiente universitario, ai danni di giovani studentesse. In tre procedimenti su quattro soggetto attivo era un insegnante, in uno un compagno di corso. Con riferimento alla prima eventualità si osserva che l'elemento comune alle tre situazioni è identificabile nella particolare posizione di soggezione occupata dalla persona offesa, intimorita dall'autorità del suo "aggressore".

L'incapacità di reagire, seppur per motivi differenti, è anche il tratto distintivo di altri due procedimenti, ove la vittima, ricoverata in ospedale, si trova a dover subire, inconsapevolmente, i tocamenti compiuti dall'autore del reato.

Merita poi un approfondimento il caso in cui il reato, riconosciuto integrato nella fattispecie attenuata, sia stato commesso sul luogo di lavoro. A tal proposito si segnala che sul totale dei procedimenti esaminati (164), sono 11 quelli in cui gli atti sessuali non voluti siano stati compiuti da parte del datore di lavoro, o di un dipendente (che spesso si trova in una posizione gerarchicamente sovraordinata), in danno di un altro dipendente. Di questi 11, sette si sono conclusi con una sentenza di affermazione della responsabilità ai sensi dell'art. 609 bis ult. comma c.p.

7. Le modalità della condotta penalmente rilevante

Come emerge dai procedimenti esaminati, i casi di violenza sessuale commessa per costrizione (art. 609 bis comma 1 c.p.) sono numericamente molto più consistenti rispetto a quelli realizzati per induzione (art. 609 bis comma 2 c.p.).

Si segnala peraltro che, di frequente, l'autore del reato abbia adoperato, per realizzare il reato, ambedue le modalità penalmente rilevanti, ossia quelle coercitive e quelle induttive.

In particolare, sono 25 procedimenti su 164 quelli in cui sono stati contestati all'imputato più comportamenti criminosi, avvinti dal vincolo della continuazione (ex art. 81 cpv c.p.).

Più nel dettaglio in 13 casi allo stesso autore è stato contestato sia il fatto di aver commesso il reato con violenza (implicita in 10 casi, espressa in 3 casi), sia di averlo commesso con abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona

offesa. In otto casi il delitto di violenza sessuale realizzato in forma continuata viene integrato al contempo mediante minaccia e con violenza (effettiva); in due mediante minaccia e con abuso delle condizioni di inferiorità fisica e psichica della persona offesa e nei restanti due è al contempo integrata la violenza sessuale posta in essere, per l'appunto, con violenza e mediante abuso di autorità.

Osservando la totalità dei procedimenti, come mostra anche la tabella di seguito riportata, si ricava quindi che in 163 casi il delitto di violenza sessuale è stato realizzato mediante costrizione, mentre in 26 casi mediante induzione.

Quanto alla prima tipologia, in 18 casi l'imputato ha fatto ricorso alla minaccia per comprimere la libertà sessuale della persona offesa, in 136 casi ha agito con violenza ed in soli 6 abusando della propria autorità.

Con specifico riferimento alle sole fattispecie di reato commesse mediante violenza, è doveroso specificare che in appena poco più della metà del totale (70 casi su 136) l'imputato ha effettivamente operato con modalità violente o aggressive. Nei restanti 69 casi il comportamento posto in essere non riveste tale connotazione, ma la violenza viene individuata nel fatto che, per via della repentinità dell'azione o della sua insidiosità, l'autore del reato sia stato in grado di soverchiare la libertà di autodeterminazione della vittima, impedendole di prestare un valido consenso.

In relazione al caso in cui il reato sia stato portato a compimento con modalità c.d. induttive, si osserva che in tutti i 26 casi, sia stata contestata all'imputato la condotta di abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa, ossia quella descritta dal numero 1 del secondo comma dell'art. 609 bis c.p.

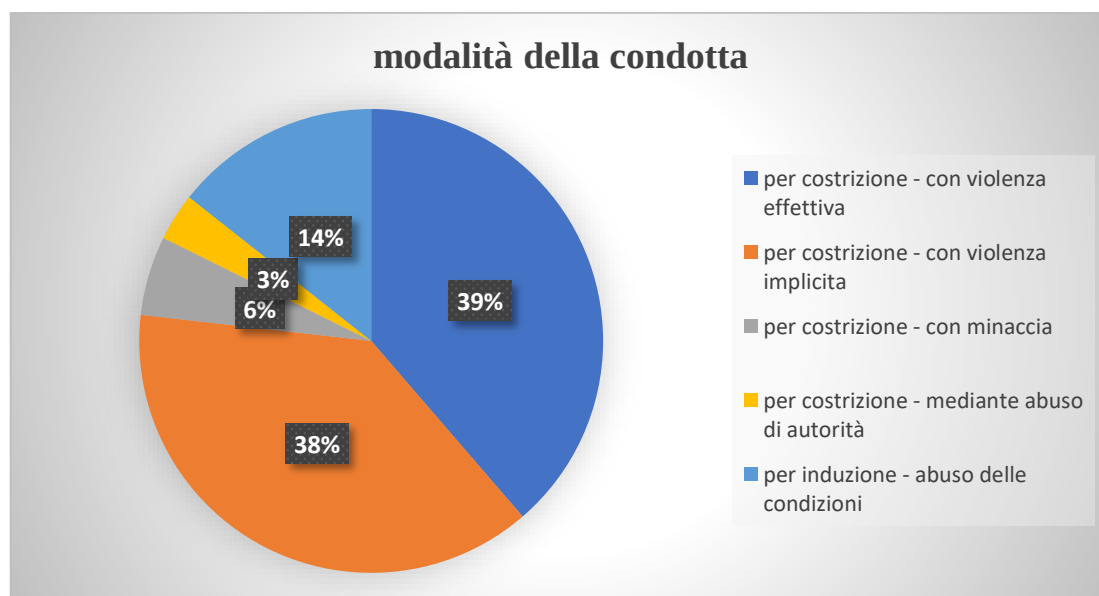
La tabella che segue mostra i dati come sopra riportati.

Violenza sessuale per costrizione				Violenza sessuale per induzione	
“Con violenza”		“Con minaccia”	“Mediante abuso di autorità”	“Abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto”	“Traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona”
Effettiva	Implicita				
70 procedimenti	69 procedimenti	10 procedimenti	6 procedimenti	26 procedimenti	0 Procedimenti

Dal quadro delineato si evince che nella maggior parte dei procedimenti avviati per violenza sessuale (138 sul totale), il reato viene qualificato come integrato con violenza.

Si veda, a tal proposito, che sostanzialmente nella metà dei casi menzionati la violenza si manifesta in forma implicita, facendosi con essa riferimento ad atti che non sono di per sé connotati da violenza effettiva ma ne sono espressione in quanto idonei a sopraffare la persona offesa.

Il seguente diagramma circolare fotografa quanto espresso.



PARTE II

IL SISTEMA STATUNITENSE. FOCUS SULLA DISCIPLINA DELLO STATO DELLA CALIFORNIA IN MATERIA DI REATI SESSUALI

PREMESSA

L'analisi della cornice normativa offerta dal codice penale italiano in tema di violenza sessuale e, dunque, della disciplina applicabile in contrasto al fenomeno, nonché i risultati offerti dall'indagine empirica effettuata sulla giurisprudenza del Tribunale di Milano (anni 2015 -2017) mostrano che molti sono i profili critici e nodi irrisolti, motivo per il quale un'opera di rivisitazione della materia pare, come si è detto, necessaria.

In tale ottica, assumono un ruolo fondamentale, in primo luogo, il confronto con altri ordinamenti per comprendere se da questi possano mutuari elementi idonei ad apportare modifiche significative al nostro e, correlativamente, la scelta di quali sistemi prendere a modello.

Si può affermare che negli ultimi anni si è manifestata una sorta di ipersensibilità al tema, che emerge dalle importanti modifiche apportate da sistemi anche affini al nostro alle norme che disciplinano il reato di violenza sessuale. Può menzionarsi, a titolo esemplificativo, l'esperienza tedesca¹⁴² che ha visto nel 2016 un'importante riforma

¹⁴² Il codice tedesco del 1871 collocava i reati sessuali nel titolo XIII tra i delitti contro la morale pubblica, intendendo con i primi ogni rapporto sessuale non consumato nella monogamica e istituzionalizzata comunione di vita tra un uomo e una donna e non contrassegnato da finalità riproduttiva. Sotto il profilo strutturale le due principali ipotesi incriminatrici erano la “violenza carnale” (par. 177.1 RStGB) e gli “atti lussuriosi” (par. 176 nr.1 RStGB). I requisiti di fattispecie idonei ad integrare le aggressioni sessuali erano la violenza o la minaccia grave. Con legge 4 del 1973 il Titolo XIII, intitolato ai “reati contro la morale pubblica”, è stato rinominato “reati contro la libertà di autodeterminazione sessuale”; la riforma è altresì intervenuta sulle locuzioni deputate ad individuare le interrelazioni sessuali penalmente rilevanti: da “atti lussuriosi” a “atti sessuali” e da “violenza carnale” a “stupro”. È rimasta, d'altro canto, immutata la necessità dei mezzi costringenti della violenza e della minaccia grave per l'integrazione delle fattispecie, la non punibilità delle aggressioni sessuali tra coniugi e la limitazione dello stupro ai soli casi di penetrazione dell'organo maschile nella vagina. Un ulteriore mutamento risale al biennio 1997-1998, con leggi n. 3 e 6; poi seguite dalla legge n. 35 del 2003. In tali occasioni sono stati unificati i reati di “stupro” e di “costrizione sessuale” nel nuovo par. 177 StGB, è stata estesa la portata applicativa dello stupro oltre i limiti della penetrazione dell'organo maschile nella vagina ed è stata introdotta una nuova modalità costringitiva – oltre alla violenza e alla minaccia grave - consistente nell'appropriarsi da parte del soggetto attivo di “una situazione nella quale la vittima si trova indifesa alla mercé dell'agente”.

dei reati sessuali e il modello svedese, che, recentemente, nel 2018, ha introdotto una nuova fattispecie di violenza sessuale imperniata sul requisito della mancanza di consenso.

Più dettagliatamente, la riforma tedesca si mostra interessante sotto diversi profili. Innanzitutto il legislatore, modificando il § 177/1 StGB, ha previsto la punibilità degli atti sessuali “meramente dissensuali”, cioè commessi “contro la volontà riconoscibile” della vittima, senza necessità di violenza, minaccia o abuso di autorità; secondariamente vanno segnalate le due nuove introdotte disposizioni inerenti l’una gli atti sessuali commessi “a sorpresa”, l’altra le molestie sessuali. La *ratio* della legislazione di nuovo conio risponde ad un’esigenza per lo più general-preventiva avendo l’obiettivo di impedire il ripetersi di fatti simili a quelli accaduti a Colonia, Amburgo, Stoccarda e altre città tedesche nella notte tra il 31 dicembre 2015 e il 1 gennaio del 2016¹⁴³. In risposta a tali eventi, è stato inoltre introdotto un peculiare delitto “accessorio” (§ 184j StGB), che sanziona la mera partecipazione ad un gruppo, qualora quest’ultimo induca uno dei membri a commettere un reato sessuale, senza che sia richiesto alcun tipo di contributo di compartecipazione (morale o materiale, ai sensi dei §§ 25-27 StGB) nella condotta altrui. Quanto alla riforma svedese, il 23 maggio 2018 il Parlamento della Svezia ha introdotto una nuova legge, entrata in vigore il 1° luglio 2018, che prende le distanze dalla precedente in materia, la quale richiedeva l’accertamento di una violenza fisica, una minaccia di violenza o una forma di sfruttamento di una persona in uno stato vulnerabile, perché si potesse parlare di stupro. Sulla base della nuova legislazione, la passività della vittima non può più essere considerata quale forma di partecipazione volontaria all’atto sessuale, che deve essere oggetto di esplicito consenso.

Tali mutamenti sono significativi in quanto sono i primi intervenuti in ordinamenti di *civil law*. Precursori di tale tendenza sono stati infatti i paesi di *common law* ed, in

¹⁴³ Dal Rapporto della Polizia Federale pubblicato il 10 luglio 2016 sul quotidiano *Süddeutsche Zeitung* emerge che, secondo i rilievi svolti dalle forze dell’ordine erano 1200 le donne vittime di aggressioni di natura sessuale durante la notte del 31 dicembre 2015 per un totale di 650 reati commessi a Colonia, oltre 400 ad Amburgo, ma le aggressioni risultavano essersi verificate anche a Stoccarda e in altre città tedesche. Si contavano circa 2000 uomini coinvolti, ma solo 120 persone identificate e iscritte nel registro degli indagati. Le condanne finali sono state solo 4, due a Colonia, una Duesseldorf e una a Nuertingen. L’altissimo tasso di assoluzioni era stato determinato soprattutto dal mancato utilizzo di violenza o minaccia da parte degli autori, i quali invece si erano avvalsi delle condizioni di affollamento e confusione.

particolare, quelli d'oltreoceano, con specifico riferimento agli Stati Uniti di America. Istanze riformistiche in tali legislazioni sono state avanzate con forza a partire dal primo decennio dell'anno duemila, improntandosi proprio sulla necessità di individuare un modello per il reato di violenza sessuale imperniato sulla mancanza del consenso della vittima e non tanto sulle modalità costrittive impiegate dall'autore del reato. Tali modifiche, peraltro, operavano su un terreno, quello della legislazione in materia di reati sessuali, già molto differente dal nostro e, in generale, da quello proprio dei paesi di *civil law*, caratterizzato, per lo più, da una significativa tipizzazione delle fattispecie incriminatrici in tale ambito (dunque dalla presenza, accanto al tradizionale reato di stupro, dei c.d. reati sessuali minori e dalla fattispecie delle molestie sessuali). Il primo Stato degli USA ad aver proposto una modifica volta a passare da una prospettiva reo-centrica (focalizzata sull'accertamento delle modalità della condotta) ad una prospettiva vittimo-centrica (interessata ad un'indagine sul consenso della persona offesa) è quello della California. Nel settembre del 2014, infatti, il Parlamento di Sacramento ha approvato una nuova legge (c.d. “*Yes means yes*”), modificativa della sezione 67386 del Codice dell'Educazione, la quale ha introdotto un nuovo standard di consenso, c.d. consenso affermativo, in base al quale determinare se, in un'attività sessuale, il consenso sia stato prestato da entrambe le parti. A seguire l'esempio dello Stato della California è stato lo Stato di New York, il cui Parlamento, il 7 luglio del 2015, ha introdotto una legge analoga, dal titolo “*Enough is Enough*”, mediante la quale è stato richiesto ai *colleges* statali di adottare un sistema di procedure repressive degli abusi sessuali nei campus universitari, tra le quali doveva assumere importanza rilevante l'introduzione di un nuovo standard di consenso, ancora una volta definito “affermativo”.

Il fatto che le due modifiche appena citate abbiano riguardato i codici dell'educazione e non i codici penali non deve far dubitare dell'impatto significativo di tale nuova impostazione anche nell'ottica della repressione dei reati sessuali sul fronte penalistico. Infatti, in qualsivoglia ordinamento, le tecniche repressive dovrebbero porsi come sussidiarie rispetto alle preventive ed operare, dunque, ove queste ultime non abbiano avuto efficacia. La costruzione di un saldo sistema volto alla prevenzione di tali reati è certamente il rimedio migliore per contrastarli. In tal senso l'adozione di un nuovo standard muta le modalità con le quali le parti si avvicinano all'atto

sessuale, imponendo, in primo luogo alle Università, ma, tramite esse, a tutti i settori, di creare incontri rivolti agli studenti, che trasmettano la convinzione per cui il consenso espressamente manifestato debba essere un presupposto essenziale di ogni atto sessuale.

È dunque all'ordinamento statunitense che rivolgiamo l'attenzione, con una precisazione preliminare: due sono i livelli normativi attorno ai quali è imperniato il sistema complessivo: quello occupato dalla disciplina federale e quello occupato dalla disciplina statale.

In ambito penalistico, tuttavia, tale doppio livello non crea particolari problemi di adeguamento in quanto ogni Stato ha la propria autonomia, non essendovi legislazione federale vincolante di riferimento, pur non potendosi tacere l'importanza che, a maggior ragione per tale motivo, riveste il c.d. *Model Penal Code*, che detta una normazione "ideale" cui i vari Stati possono uniformarsi.

Diversamente, avuto riguardo alla materia disciplinata dal codice dell'educazione, la disciplina federale di riferimento è quella di cui al Titolo IX del *Civil Rights Act* del 1963, in conformità con il *Clery Act*, firmato nel 1990, da ultimo riformato dal *Campus Sexual Violence Elimination Act* (c.d. *Campus Save Act*) del 2014.

CAPITOLO I

I REATI SESSUALI NELL'ORDINAMENTO STATUNITENSE

SOMMARIO: 1. La diffusione del fenomeno. – 2. L'individuazione del cuore del problema attraverso l'approccio casistico. – 2.1 *Commonwealth of Pennsylvania v. Berkowitz* (1994). – 2.2 *State in the interest of M.T.S. – Supreme Court of New Jersey* (1992). – 2.3 *In re John Z. – Supreme Court of California* (2003). – 3. Il tentativo di uniformazione legislativa. – 3.1 Il modello offerto dal *Model Penal Code*.

1. La diffusione del fenomeno

L'elevata incidenza del fenomeno dei reati sessuali negli Stati Uniti d'America non è certamente un dato nuovo, tuttavia, nonostante la sua diffusività, esso è, sotto alcuni punti di vista, poco compreso nella sua complessità.

Alla luce dell'eterogeneità normativa caratterizzante gli ordinamenti dei diversi Stati e della difficoltà di coordinamento, anche nella prassi, è difficile disporre di statistiche sempre aggiornate. Ad oggi quella più recente risale agli anni 2014/2015.

Dall'analisi dei dati emerge innanzitutto come la gran parte delle vittime dei reati sessuali siano donne, essendo la componente maschile vittima del fenomeno un'assoluta minoranza. In particolare, secondo un'indagine¹⁴⁴ del 2010, condotta dal *Center for Disease Control and Prevention (C.D.C.)*, circa 1 donna su 5 e 1 uomo su 71 negli Stati Uniti risultano essere stati vittime di stupro almeno una volta nella vita (dovendosi considerare quale stupro, anche il mero tentativo)¹⁴⁵. Un ulteriore studio¹⁴⁶ concluso nell'anno 2009, e pubblicato nell'ottobre del 2010, inerente al tasso di vittimizzazione nell'ambito di reati violenti, condotto dal *Bureau of Justice Statistics* degli USA (BJS), riporta che l'84,3% delle vittime di reati sessuali sono donne e il 15,7% sono uomini.

¹⁴⁴ NATIONAL CENTER FOR INJURY PREVENTION AND CONTROL CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (directed by M. C. BLACK - K. C. BASILE - M. J. BREIDING - S. G. SMITH - M. L. WALTERS - M. T. MERRICK - J. CHEN - M. R. STEVENS), *The National Intimate Partner and Sexual Violence Survey, 2010 Summary Report*, Novembre 2011, Atlanta, Georgia.

¹⁴⁵ A tale dato va aggiunta la quota di cifra oscura, che per tali reati è estremamente significativa.

¹⁴⁶ J. L. TRUMAN - M. R. RAND (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE OFFICE OF JUSTICE PROGRAMS BUREAU OF JUSTICE STATISTICS), *Criminal Victimization - The annual estimates of rates and levels of violent crime (rape or sexual assault, robbery, aggravated assault, and simple assault), property crime (burglary, motor vehicle theft, and property theft), and personal theft (pocket picking and purse snatching)*, 2009, 13 ottobre 2010.

Avuto riguardo alla diffusione del fenomeno tra i gruppi etnici all'interno della popolazione, può evidenziarsi che il tasso di vittimizzazione tra i neri è pari al triplo rispetto a quello registrato tra i bianchi (nello specifico è pari a 1,2 su 1000, in confronto allo 0.4 su 1000).

Quanto all'età della vittima, il picco massimo di vittimizzazione si registra tra soggetti che hanno dai 12 ai 34 anni, diminuendo drasticamente oltre quella soglia.

Avuto riguardo agli autori di tali condotte, la maggior parte di essi sono persone conosciute dalla vittima: in particolare il 21% delle donne descrivono l'aggressore come uno straniero mentre il 79% come una persona conosciuta. In relazione a quest'ultimo dato, si dà atto del fatto che più della metà (52.5%) delle donne vittime di stupro violento, consumato o tentato identificano l'aggressore nel proprio compagno o marito, il 14.8 % in un membro della famiglia, il 2,4% in una persona alla cui autorità sono sottoposte e il 33% in un conoscente.

Si segnala anche che la maggioranza delle aggressioni sessuali sono commesse senza il ricorso ad un'arma: in particolare questo avviene nell'85 % dei casi mentre nel 10% l'autore ha fatto uso di arma da fuoco e nell'8% dei casi di un coltello.

Le ricerche hanno anche fatto luce su un altro aspetto importante, quello relativo al sommerso dietro a tali reati: gli studi dimostrano che solo il 16% (di cui il 67% riguardano violenze perpetrate in danno di minori) dei reati sessuali vengono a conoscenza della polizia per vie non coincidenti con la denuncia della vittima e che, comunque, più della metà (58%) delle vittime non denunciano¹⁴⁷ (deve comunque darsi atto del fatto che i dati statistici mostrano un incremento significativo delle denunce dalla fine del secolo scorso all'inizio del nuovo secolo¹⁴⁸). Tra le ragioni sottese a tale riluttanza a denunciare vi è, in primo luogo, la convinzione che l'accaduto

¹⁴⁷ C. M. RENNISON (BUREAU OF JUSTICE STATISTICS), *Rape and Sexual Assault: Reporting to Police and Medical Attention, 1992-2000*, Agosto 2002; L. LANGTON ET AL. (BUREAU OF JUSTICE STATISTICS) *Victimizations not reported to the police, 2006-2010*, Agosto 2012. Dagli studi appena citati emerge che dal 2006 al 2010 il 65% degli stupri non sono stati denunciati alle forze dell'ordine, sebbene il 34% di essi siano stati portati a conoscenza da parte della vittima ad un'altra autorità quali una guardia, il datore di lavoro o un membro del direttivo scolastico. Per rendersi conto di quanto sia sconcertante il dato basti pensare che solo i furti negli appartamenti hanno un tasso di sommerso maggiore (pari al 67%).

¹⁴⁸ E. P. BAUMER (NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE), *Temporal Variation in the Likelihood of Police Notification by Victims of Rape, 1973-2000*, 12 aprile 2004. I dati riferiti provengono dal *National Crime Victimization Survey* (1992-2000) e dal *National Crime Survey* (1973-1991) e registrano sia il tasso di denunce sporte dalle vittime che quello di denunce sporte da terzi.

sia un qualcosa di personale, che non debba oltrepassare la soglia della sfera privata, e, secondariamente, il timore di subire ripercussioni. Altre motivazioni riguardano la paura di essere oggetto di biasimo sociale o il desiderio di proteggere l'aggressore.

Tra i dati resi noti, interessante è anche quello riguardante il numero di false accuse di stupro: uno studio¹⁴⁹ effettuato in merito riferisce che la percentuale in questi casi si attesta addirittura al 41%. Va tenuto presente, però, che in essi ricomprese anche le ritrattazioni ad opera della stessa persona offesa: queste ultime, nella maggior parte delle ipotesi, non sono in realtà indice della falsità dell'accusa precedentemente mossa, ma unicamente della volontà della vittima di uscire dal circuito penale. Espunte queste dall'indagine, pare che la reale percentuale di riferimento si aggirerebbe tra il 2% e il 10.9%¹⁵⁰.

2. L'individuazione del cuore del problema attraverso l'approccio casistico

Prima di affrontare l'esame delle principali questioni giuridiche, pare opportuno soffermarsi su alcuni casi giurisprudenziali.

La scelta di anticipare alla trattazione delle tematiche in ottica tecnico-giuridica la presentazione di tre casi effettivamente sottoposti al vaglio delle corti giudicanti è dettata dalla constatazione del fatto che dalla loro lettura emerge quali siano le problematiche più significative in materia di accertamento della responsabilità per reati sessuali.

In particolare, si vedrà come il profilo di maggior interesse ruota intorno all'alternativa se sia più importante che il legislatore ponga al centro della fattispecie l'accusato, valorizzando le modalità della condotta dallo stesso posta in essere, nello specifico il fatto che l'aggressore si sia servito della forza e della violenza ai fini della commissione del reato, o se sia preferibile incentrarsi sul requisito della mancanza del consenso della vittima, valorizzando la sua intima volontà, espressa o non espressa.

¹⁴⁹E. J. KANIN, *False Rape Allegations*, 23(1) Archives of Sexual Behavior, 1994.

¹⁵⁰ D. LISAK – L. GARDINIER - S. C. NICKSA - A. M. COTE, *False allegations of sexual assault: an analysis of ten years of reported cases*, 2010.

2.1 *Commonwealth of Pennsylvania v. Berkowitz* (1994)

[...] *“la vittima, studentessa universitaria, lasciava la sua classe, e si recava nella stanza dove beveva un Martini in attesa di un ragazzo con cui avrebbe dovuto incontrarsi. Non vedendo arrivare nessuno, si dirigeva verso un'altra stanza del dormitorio per incontrare un altro amico: E.H. Una volta arrivata, bussava alla porta della camera ma nessuno rispondeva. Tuttavia, trovando la porta aperta, decideva di entrare nella stanza. All'interno trovava un ragazzo addormentato sul letto. Inizialmente credeva che fosse E.H. e solo dopo si rendeva conto che, invece, era il suo compagno di stanza A. Lui le chiedeva di fermarsi per un momento e lei acconsentiva. Le proponeva di farle un massaggio alla schiena e lei rifiutava, declinando in seguito anche il suo invito di sedersi sul letto accanto a lui, sedendosi invece sul pavimento. A. si spostava per sedersi accanto a lei, le alzava la maglietta e, sollevandole il reggiseno, le toccava il seno. Dopo aver chiuso la porta, la faceva sedere sul letto ove intratteneva con lei un rapporto sessuale completo. Al termine del rapporto, alla sua affermazione “wow, ora penso che dovremmo andare”, la ragazza rispondeva: “no, non dobbiamo andare...tu devi andare”[...]*¹⁵¹.

Il codice penale della Pennsylvania, all'art. 3121, punisce per il reato di stupro¹⁵² colui che compie un rapporto sessuale con altra persona con cui non sia sposato, se la condotta è posta in essere con modalità violente o costrittive (*by forcible compulsion*), con minaccia (*by threat of forcible compulsion that would prevent resistance by a person of a reasonable resolution*), contro una persona incosciente (*who is incoscious*) o contro taluno che sia mentalmente incapace di prestare idoneo consenso (*who is so mentally deranged or deficient that such person is incapable of consent*).

Quanto alla vicenda richiamata nel corso del processo, la stessa persona offesa aveva dichiarato di non aver opposto resistenza quando A. le aveva tolto il reggiseno e la maglietta, e aveva ammesso di non essere stata spinta sul letto con violenza ma di esser

¹⁵¹ 537 Pa. 143 (1994), 641 A.2d 1161 - *Commonwealth of Pennsylvania, Appellant, v. Robert A. Berkowitz, Appellee* - *Supreme Court of Pennsylvania*.

¹⁵² Nella legislazione statunitense i reati sessuali sono qualificabili come c.d. “*felonies*”. Appartengono a tale categoria i crimini considerati più riprovevoli dalla coscienza sociale. Solitamente essi si caratterizzano per essere puniti con pene detentive superiori a un anno. Differiscono da questi i c.d. “ *misdemeanors*”, normalmente punibili fino a un anno di carcere. La distinzione è equiparabile sostanzialmente alla bipartizione delitti-contravvenzioni del codice penale italiano.

stata fatta sedere. Aveva, inoltre, riferito che nessuna minaccia era uscita dalla bocca di A e che le mani di quest'ultimo non l'avevano mai stretta con forza durante l'atto, essendo l'unica forza applicata pari al peso del corpo di lui sopra di lei. Ciononostante ribadiva di aver chiaramente detto di no durante il rapporto sessuale manifestando la sua non volontà di compierlo.

I giudici della Suprema Corte, all'esito della valutazione delle risultanze probatorie emerse nel corso del processo, affermarono che, se da un lato è vero che il parametro per accertare il dissenso della persona offesa non deve coincidere con l'accertamento dell'intensità di forza fisica posta in essere dall'agente o con l'identificazione di modalità costrittive da lui adoperate, potendo queste ultime essere solo eventuali, tuttavia la dichiarazione di non volersi sottomettere a un rapporto sessuale, verbalmente manifestata dalla vittima, deve essere accompagnata necessariamente da un atto di resistenza fisica. Nel caso di specie, dunque, i giudici ritennero che la circostanza per cui il soggetto attivo non si fosse servito di forza fisica o coercizione psicologica¹⁵³, unita a quella della mancanza di resistenza all'atto da parte della ragazza, fossero elementi sufficienti per escludere l'integrazione del reato¹⁵⁴. In mancanza di tali elementi, in altre parole, non vi sono i requisiti necessari per dichiarare commesso il reato, quantunque la vittima abbia manifestato il dissenso all'atto compiuto.

2.2 *State in the Interest of M.T.S. – Supreme court of New Jersey (1992)*

Secondo la legge del New Jersey è punibile a titolo di stupro¹⁵⁵ una persona che compie un atto di penetrazione sessuale usando la forza fisica o la costrizione.

¹⁵³ “neither psychological coercion were found to have been proven” (537 Pa. 143 (1994), 641 A.2d 1161 - *Commonwealth of Pennsylvania, Appellant, v. Robert A. Berkowitz, Appellee - Supreme Court of Pennsylvania*)

¹⁵⁴ “where there is a lack of consent but not showing of either physical force, a threat of physical force, or psychological coercion, the forcible compulsion requirement is not met” (537 Pa. 143 (1994), 641 A.2d 1161 - *Commonwealth of Pennsylvania, Appellant, v. Robert A. Berkowitz, Appellee - Supreme Court of Pennsylvania*)

¹⁵⁵ Nel codice penale del New Jersey i reati sessuali sono qualificabili come “felonies”, ossia reati di maggior gravità. A loro volta, sono suddivisi in “first degree sexual assault” e “second degree sexual assault”. Nei primi vi rientrano i reati sessuali aggravati e la pena è quella della detenzione sino a venti anni, tra i secondi vi sono i c.d. reati sessuali semplici, punibili con la detenzione sino a 10 anni.

Non essendovi di tali requisiti alcuna definizione normativa, ci si è chiesti se la forza fisica possa ritenersi integrata semplicemente da un atto di penetrazione non consensuale che non consistesse in nulla di più che nella forza minima necessaria per raggiungere il risultato.

La vicenda oggetto della pronuncia in esame¹⁵⁶ ha riguardato un ragazzo di 17 anni, che dopo atteggiamenti affettuosi scambiati con una ragazza di 15 anni, aveva intrattenuto con lei un rapporto sessuale completo contro la sua volontà. Non c'era tuttavia prova che il ragazzo avesse usato una forza insolita o si fosse servito di minacce per compiere l'atto sessuale. Il tutto si era verificato a casa della ragazza, dove il ragazzo era ospite da qualche giorno. Al termine di una festa ognuno si era recato nella propria stanza per dormire e dopo poco tempo lui l'aveva raggiunta in camera sua. Durante il processo entrambi erano stati sentiti e avevano riferito la loro versione dei fatti. La ragazza aveva ammesso che nei giorni precedenti il giovane le aveva detto più volte "ti farò una sorpresa, venendoti a trovare nella tua stanza". Aveva, inoltre, riferito che, in più occasioni, lui aveva provato a baciarla e aveva anche provato a abbassarle i pantaloni, ma lei aveva rifiutato tutte le sue *avances*. Quanto alla sera in questione, la ragazza aveva raccontato di essersi svegliata in piena notte per andare in bagno e di aver visto, non appena uscita dal letto, M.T.S. vestito di fronte alla porta di ingresso della stanza. Lui, guardandola, le aveva detto "sono venuto per darti un po' fastidio". Lei aveva fatto finta di nulla, si era incamminata verso la porta, era andata in bagno ed era poi tornata nella stanza, ove era crollata immediatamente in un sonno profondo. La mattina dopo si era svegliata con il ragazzo sopra di lei, senza pantaloni e con le mutande abbassate. I segni dai quali desumere che si fosse consumato un rapporto sessuale erano evidenti. La ragazza, resasi conto di quello che era successo, gli aveva tirato uno schiaffo e gli aveva chiesto di allontanarsi. Non aveva urlato e non aveva pianto. Aveva riferito di non essere in grado di descrivere per quanto tempo M.T.S. fosse stato dentro di lei prima che lei si fosse svegliata. Aveva aggiunto che, quando M.T.S. se ne era andato dalla stanza, lei era scoppiata a piangere, tuttavia non si era recata immediatamente dalla madre perché era scioccata dall'accaduto. La mattina dopo aveva riferito alla mamma gli avvenimenti della notte, la mamma aveva

¹⁵⁶ 129 N.J. 422 (1992), 609 A.2d 126 - *State of New Jersey in the interest of M.T.S., The Supreme Court of New Jersey*.

cacciato immediatamente da casa M.T.S. e, insieme alla figlia, si era recata a sporgere denuncia. Secondo le dichiarazioni di M.T.S. lui e C.G. erano buoni amici da tanto tempo e la loro relazione stava crescendo sempre di più. Lui era ospite da lei da circa 5 giorni precedenti alla sera della festa e aveva riferito che già nei giorni precedenti loro due si erano baciati e avevano discusso della possibilità di avere un rapporto sessuale. M.T.S., con specifico riferimento a quanto accaduto quella notte, aveva raccontato che, quando C.G. era tornata dal bagno, i due avevano iniziato a baciarsi e alla fine si erano spostati sul letto. Una volta sul letto si erano spogliati reciprocamente e avevano continuato a baciarsi per diversi minuti. Aveva quindi aggiunto di aver provato tre volte ad avere un rapporto con lei senza riuscirci, e che, alla quarta volta, avvenuta la penetrazione, lei lo aveva respinto e lui subito si era allontanato. Dopo circa un minuto le aveva chiesto cosa non andasse e lei, in risposta, gli aveva tirato uno schiaffo chiedendogli come avesse potuto farle quello. A seguito di tale reazione, M.T.S. si era rivestito e aveva cercato di calmarla. Tuttavia, C.G. lo aveva implorato di andarsene e aveva iniziato a piangere. Prima di allontanarsi dalla stanza M.T.S. aveva pronunciato le seguenti parole: “me ne vado, vado dalla mia vera ragazza, non parlarmi, non voglio più avere a che fare con te, stai fuori dalla mia vita”.

In primo grado M.T.S. fu condannato: la Corte, pur ritenendo che non si fosse raggiunta la prova in merito alla circostanza che C.G. stesse dormendo, aveva valorizzato il mancato consenso all’atto sessuale. In appello i giudici avevano affermato che, nel caso in cui la forza posta in essere dal presunto colpevole, non fosse stato superiore alla normale “forza” che viene normalmente posta in essere nella fase della penetrazione, non poteva addivenirsi ad una condanna. Per tale motivo il giovane fu assolto.

L’orientamento seguito dallo Stato del New Jersey è quindi quello di richiedere che alla mancanza di consenso della vittima si accompagni anche un comportamento intrinsecamente violento dell’aggressore, caratterizzato da un *quantum* di forza superiore a quello necessario e sufficiente per il mero atto penetrativo¹⁵⁷.

¹⁵⁷ “Under traditional rape law in order to prove that a rape had occurred the state had to show both that force had been used and that the penetration had been against woman’s will [...] thus the perpetrator’s use of force became criminal only if the victim’s state of mind met the statutory requirement. The perpetrator could use all the force imaginable and no crime would be committed if

La Suprema Corte esplicitò che, per dimostrare che la vittima non avesse consentito al rapporto sessuale e al contempo che fosse stata usata una forza tale da integrare il reato di stupro, lo Stato avrebbe dovuto dimostrare la resistenza opposta dalla vittima. In relazione al *quantum* di forza fisica richiesta per integrare lo stupro, essa coincide con quella sufficiente a superare la resistenza posta in essere dalla vittima. È dunque onere di quest'ultima allontanare l'aggressore in quanto l'entità della forza fisica da lui adoperata va parametrata a quella che ha usato la vittima per resistere. Solo se la vittima resiste, costringendo l'aggressore a usare più forza di quella richiesta per l'atto penetrativo, può esser pronunciata una sentenza di condanna per stupro.

2.3 *In re John Z. - Supreme Court of California* (2003)

È interessante l'analisi del presente caso¹⁵⁸ in quanto in tale circostanza la Corte Suprema della California si è pronunciata al fine di risolvere il conflitto generatosi all'interno della Corte d'Appello sulla questione se il reato di stupro possa dirsi integrato qualora la negazione del consenso sopraggiunga dopo il consenso inizialmente prestato.

La vittima, ragazza di 17 anni, era stata invitata da J.G., ragazzo che aveva conosciuto circa due settimane prima, ad una festa a casa di un amico organizzata per la sera stessa. La ragazza, inizialmente titubante, aveva poi acconsentito, avendo precisato, però, che si sarebbe fermata solo per poco più di un'ora. Durante la serata lei e J.G. erano entrati nella stanza del proprietario di casa e in quel luogo J.G. le aveva chiesto di intrattenere con lui un rapporto sessuale. Lei si era rifiutata, motivo per cui lui si era infastidito ed era uscito dalla stanza. Nel corso della serata il proprietario di casa ed un altro ragazzo presente le si erano quindi avvicinati per chiederle come mai non avesse avuto un rapporto sessuale con J.G. La ragazza aveva ribadito anche a loro che non se l'era sentita perché non era pronta. Verso l'orario in cui la ragazza sarebbe dovuta andare a casa, il proprietario di casa le aveva chiesto di recarsi nella sua stanza perché le avrebbe dovuto parlare. Lei lo aveva seguito e, una volta entrati nella stanza, li aveva raggiunti J.G. A quel punto i due ragazzi avevano iniziato a chiederle se avesse mai

the state could not prove additionally that the victim did not consent" (129 N.J. 422 (1992), 609 A.2d 126, *State of New Jersey in the interest of M.T.S., The Supreme Court of New Jersey*).

¹⁵⁸ *In re John Z.* (2003) 223 Cal.App.4th 1046, 1058, 167 Cal.Rptr.3d 811.

desiderato avere un rapporto sessuale con due uomini contemporaneamente. Nonostante lei avesse risposto di no, i due avevano iniziato a baciarla e a palpeggiarla. Verso tali atti la stessa non aveva opposto resistenza, anzi aveva manifestato di provare piacere. Quando però J.G. aveva tirato fuori dalla tasca un preservativo e se lo era infilato, la ragazza si era irrigidita e aveva nuovamente manifestato una volontà contraria. Non curante, il ragazzo si era sdraiato sopra di lei, che aveva tentato di opporre resistenza, ma senza successo. L'aveva forzata ad avere un rapporto sessuale, che veniva interrotto solo nel momento in cui il preservativo si era rotto per i continui tentativi della giovane di svincolarsi. Mentre quest'ultima, nel buio della stanza, aveva tentato di raccogliere i suoi vestiti per allontanarsi, l'altro ragazzo, che nel frattempo non si trovava all'interno della stanza, era ritornato, l'aveva spinta nuovamente sul letto, e aveva abusando di lei, vincendo la sua resistenza.

Dalle testimonianze dei due imputati era emerso che essi avevano iniziato a baciare e a toccare la vittima con il suo consenso, e consensuali erano stati anche i rapporti sessuali almeno sino a che la vittima non aveva opposto resistenza. A partire da quel momento si erano interrotti.

I contrasti in seno alla Corte di Appello si erano generati sulla scia di una pronuncia precedente¹⁵⁹, ove si era espresso il principio per cui, quando la vittima acconsente al rapporto al momento della penetrazione ma poi ritira il consenso, qualsiasi utilizzo della forza posto in essere successivamente non integra lo stupro. Secondo i sostenitori di tale orientamento, infatti, la presenza o l'assenza del consenso al momento della penetrazione iniziale è l'elemento in base al quale accertare la sussistenza o meno del reato di *rape*¹⁶⁰. A sostegno di tale logica veniva offerta la seguente argomentazione: l'essenza del reato di stupro coincide con l'oltraggio alla persona risultante dalla violazione del suo essere donna; non si concretizza, quindi, nessun oltraggio qualora la donna abbia inizialmente acconsentito all'atto sessuale. Concordemente con la pronuncia riportata, la difesa dei due imputati aveva sostenuto che nel caso in esame era stato prestato un consenso iniziale, motivo per cui, dal momento in cui la vittima aveva ritirato tale consenso, avrebbe dovuto essere concesso un ragionevole lasso di

¹⁵⁹ *Peolpe v. Vela* 172 Cal. App. 3d 237 218 Cal Rptr.

¹⁶⁰ “*presence or absence of consent at the moment of the initial penetration appears to be the crucial point in the crime of rape*” (In re John Z. (2003) 223 Cal.App.4th 1046, 1058, 167 Cal.Rptr.3d 811.)

tempo ai due per tirarsi indietro dall'atto, non potendo esigersi tale condotta come immediata¹⁶¹. Disattendendo tale argomentazione, la Corte sottolineò che essa non ha alcun fondamento legislativo, in particolare in nessuna parte della sezione 261 sub (a)(2) del Codice Penale della California¹⁶², e nessuna pronuncia giurisprudenziale fa intendere che l'accusato abbia il diritto di persistere nel rapporto contro il consenso della vittima. In sentenza i giudici affermarono chiaramente il diritto della donna di dichiarare venuto meno il consenso inizialmente prestato, semplicemente esplicitando la volontà negativa sopraggiunta¹⁶³. Interessante comunque dar conto del fatto che la decisione non fu presa all'unanimità, ma con la *dissenting opinion* del giudice Brown J. Secondo quest'ultimo il silenzio e i movimenti equivoci della ragazza avrebbero potuto facilmente essere mal interpretati, motivo per il quale non si sarebbe potuta affermare la responsabilità dell'imputato. Inoltre, quando alla ragazza era stato chiesto se avesse chiaramente esplicitato di non voler avere rapporti sessuali, la stessa aveva riferito di non ricordarselo e in ogni caso, anche qualora lo avesse fatto, di non ricordarsi esattamente le parole usate. Ugualmente, quando JG le aveva chiesto perché voleva andare a casa lei aveva risposto che aveva detto a sua madre che sarebbe rientrata per la notte. Da ultimo, secondo l'opinione dissenziente, quand'anche si assumesse che le affermazioni della giovane fossero state chiaramente volte a esprimere il ritiro del consenso, questo comunque non sarebbe bastato per affermare per affermare che sia stato integrato lo stupro: l'atto sessuale non muta in stupro per il sol fatto che la donna cambia idea durante l'atto stesso; al contrario, questo avviene quando alla sopravvenuta manifestazione del dissenso espresso dalla vittima, si

¹⁶¹ *"it is therefore unreasonable for a female and the law to expect a male to cease having sexual intercourse immediately upon her withdrawal of consent. It's only natural, fair and just that a male be given a reasonable amount of time in which to quell his primal urge"* (In re John Z. (2003) 223 Cal.App.4th 1046, 1058, 167 Cal.Rptr.3d 811.)

¹⁶² California Penal Code, 261(a): "Rape is an act of sexual intercourse accomplished with a person not the spouse of the perpetrator, under any of the following circumstances: [...] (2) Where it is accomplished against a person's will by means of force, violence, duress, menace, or fear of immediate and unlawful bodily injury on the person or another."

¹⁶³ *"a woman has an absolute right to say no to an act of sexual intercourse. After intercourse has commenced, she has the absolute right to call a halt and say no more and if she is compelled to continue, a forcible rape is committed"* (In re John Z. (2003) 223 Cal.App.4th 1046, 1058, 167 Cal.Rptr.3d 811).

accompagna il proseguimento dell'atto posto in essere con modalità violente tali da vincere la resistenza della vittima¹⁶⁴.

Dai casi presentati emerge che alcuni Stati richiedono sia la prova della mancanza del consenso che l'utilizzo da parte dell'aggressore di modalità violente e costrittive, al fine del positivo accertamento del reato di violenza sessuale.

La ricorrenza dei due elementi appena menzionati è richiesta, ad esempio, in *Commonwealth of Pennsylvania v. Berkowitz*. Diversamente, nel caso *State in the Interest of M.T.S.* (Supreme Court of New Jersey), emerge la necessità della sola prova dell'entità della forza fisica posta in essere dall'imputato, sostanzialmente non rilevando il dissenso di quest'ultima.

Il rischio di preferire un'impostazione rispetto all'altra è, secondo alcuni, quello di determinare uno sbilanciamento alle volte a sfavore della vittima, alle altre a sfavore dell'accusato. Tra coloro che si soffermano su quest'ultima oscillazione del pendolo, dominante è la voce di chi sostiene che incentrare l'accertamento probatorio sull'esistenza del dissenso della vittima comporta il rischio di ritenere colpevole l'imputato per non aver correttamente compreso le intenzioni della donna in merito alla volontà di intraprendere un rapporto sessuale, finendosi per determinarsi una sorta di responsabilità oggettiva.

Recentemente, tuttavia, pare che quest'ultimo orientamento stia riscontrando diffusi consensi. Significative in tal senso sono le nuove legislazioni, cui si è prima accennato nell'introduzione, dello Stato della California e di quello di New York.

Come già anticipato, peraltro, nel sistema statunitense, pur disponendo ogni Stato di una quasi completa autonomia legislativa nel settore penalistico, significativa è l'opera di omogeneizzazione svolta dal *Model Penal Code*. Talché, in un'analisi che abbia come obiettivo quello di indagare quali siano state le scelte effettuate in materia di contrasto ai reati sessuali e come sia disciplinato il fenomeno, non può prescindere dall'analisi di quello che i redattori di tale "codice unico" hanno inteso essere il modello ideale cui le legislazioni dovrebbero ispirarsi.

¹⁶⁴ "In other words, an act of sexual intercourse becomes rape under these circumstances if all the elements of rape are present. Under the fact of this case it is not clear that Laura was forcibly compelled to continue" (*In re John Z.* (2003) 223 Cal.App.4th 1046, 1058, 167 Cal.Rptr.3d 811).

3. Il tentativo di uniformazione legislativa

Nell'ambito del complesso sistema statunitense federale, ove legge suprema è la Costituzione adottata nel 1789, a cui devono uniformarsi la legge federale (USC) e le leggi statali per le materie non disciplinate dalla legge federale, la materia penale è una di quelle che è rimessa all'autonomia legislativa dei singoli Stati, i quali hanno sostanzialmente piena discrezionalità sulla disciplina dei singoli reati e sull'esercizio della potestà punitiva statale, nel rispetto dei principi dettati dalla costituzione e dall'USC. Si parla a tal proposito di *statutory criminal law*.

Tale sistema permette una combinazione di soluzioni alle volte molto differenti tra di loro che sono spesso riconducibili a filoni di pensiero proposti da modelli differenti.

Nell'ambito del diritto penale un importante tentativo di uniformità legislativa è quello compiuto dai redattori del *Model Penal Code* che, seppur non vincolante in quanto non prodotto del Congresso federale, teorizza un codice penale "ideale" per i vari stati della federazione. Dall'analisi che seguirà emerge l'orientamento perseguito dai commentatori del *Model Penal Code*, che, in materia di reati sessuali, costruiscono un modello di tutela ad oggi seguito da molti Stati. Esso teorizza una disciplina dei reati sessuali caratterizzata sostanzialmente da due scelte legislative emblematiche: quella di porre al centro del sistema di tutela la fattispecie dello stupro, che richiede si verifichi la penetrazione dell'organo sessuale maschile nell'organo sessuale femminile e da cui sono ben distinte le fattispecie in cui la condotta non riveste tali caratteri; e quella di concentrare l'attenzione sulla vittima e sull'accertamento dell'esistenza o della mancanza del consenso all'atto sessuale.

Benché non di fonte sovrastatale, dunque di portata applicativa differente, è comunque importante, come modello per un'impostazione sostanzialmente opposta e speculare, la legislazione penale del Michigan, che, ricostruendo la materia dei reati sessuali da un angolo prospettico diverso e dunque facendo da contraltare alla visione offerta dal *Model Penal Code*, si è posta come punto di riferimento per legislazioni che hanno realizzato uno schema di tutela imperniato su caratteristiche differenti. Le due linee direttrici del *Michigan Criminal Sexual Conduct Statute* sono infatti costituite dalla scelta di eliminare la fattispecie singola di *rape*, per prediligere invece un'unica fattispecie di *sexual conduct* o *sexual assault*, comprensiva non solo

degli atti sessuali penetrativi ma anche delle fattispecie che si risolvono in un mero tocco delle zone erogene della persona offesa e dalla costruzione della struttura dei reati sessuali imperniati sulla condotta dell'autore del reato, che si estrinsechi con modalità violente e costringitive. La critica più frequente che è stata mossa a coloro che hanno aderito al modello proposto dal *Michigan Statute* è quello di offrire un sistema ambivalente: se da un lato la scelta di evitare di strutturare la tutela mediante numerose fattispecie incriminatrici permette alla norma denominata *sexual conduct* di avere maglie più larghe sfuggendo al rigoroso meccanismo della tipizzazione, dall'altra il ricorso ai requisiti della forza e della violenza, necessariamente richiesti ai fini dell'integrazione della fattispecie, conduce all'effetto contrario di escludere dalla fattispecie del penalmente rilevante la punibilità dei casi in cui l'aggressione sessuale si verifichi a prescindere dall'estrinsecazione di modalità violente e costringitive da parte del soggetto attivo. Ciò che il *Michigan Statute* non considera sono le molteplici situazioni in cui una donna intrattiene un rapporto sessuale senza che vi siano né il consenso, né, tanto meno, l'esercizio di una violenza posta in essere dal soggetto attivo.

3.1 Il modello offerto dal *Model Penal Code*

Quanto al *Model Penal Code*, esso fu elaborato nel 1962 dall'*American Law Institute* (ALI), e tuttora è sottoposto ad una continua opera di rivisitazione e aggiornamento da parte dell'ALI stesso. Per quanto di nostro interesse si segnala una revisione nel 2012, relativa alla disciplina dei reati sessuali. Il progetto di riforma in materia, gestito dai reporters *Stephen J. Schulhofer* e *Erin E. Murphy*, entrambi dalla Facoltà di giurisprudenza dell'Università di New York, fu una prima volta discusso nel 2013 al *meeting* di aggiornamento del codice e successivamente in occasione di ogni *meeting* annuale. Nel 2016 fu approvata una nuova definizione di consenso. La tematica del consenso era già stata all'ordine del giorno nel *meeting* dell'anno precedente. Molti avevano criticato il fatto che la definizione proposta ruotasse attorno al concetto di *affirmative consent* in quanto tale definizione sembrava coprire comportamenti che erano invece da ritenersi penalmente irrilevanti. Sulla scia di quelle critiche nel 2016 si tentò di seguire un altro approccio, fermo restando l'assunto per cui il consenso fungeva da *discrimen* per distinguere le condotte

sessuali lecite da quelle illecite. Fu proposto quindi lo standard del c.d. *contextual consent*, avuto riguardo alla totalità delle circostanze connesse al reato. Questo standard non coincide con quello che è normalmente definito come “*affirmative consent requirements*”, che richiede una specifica espressione positiva verbale (*yes*) o un comportamento di cooperazione che faccia chiaramente comprendere la volontà della parte di intraprendere atti sessuali. Il *contextual consent standard* tiene conto della complessità degli atteggiamenti posti in essere dal presunto autore e dalla presunta vittima del reato e della totalità delle circostanze: invece che prescrivere tassativi elementi che devono sussistere per soddisfare il requisito del consenso, esso richiede che l’interprete esamini il comportamento delle parti alla luce di tutte le circostanze presenti e della situazione complessiva, sia prima che nel corso dell’atto sessuale, per determinare se vi sia stato consenso all’atto e se il presunto autore abbia superato i limiti legali, potendosi riscontrare in capo a quest’ultimo un elemento soggettivo idoneo a integrare il coefficiente di responsabilità. È richiesta, in altre parole, la prova oltre ogni ragionevole dubbio, desunta da tutte le circostanze del caso concreto disponibili, della conoscenza o conoscibilità da parte dell’imputato della mancanza di consenso.

In base alla nuova definizione, dunque, assume rilievo il comportamento di una persona, comprensivo di parole e gesti, sia attivi che omissivi, che esprime la sua volontà di intraprendere un atto sessuale specifico o comunque un’interrelazione sessuale. Esso non è atto di volontà, inteso da un punto di vista soggettivo, ma un comportamento oggettivo da cui la volontà si desume. È l’insieme delle parole e dei comportamenti che, uniti alla complessità delle circostanze, sono espressivi della volontà della persona di compiere un determinato atto sessuale. Al contempo, se da un lato non è richiesta l’esplicitazione del consenso per ritenere che non vi sia reato, dall’altro la sua mancanza non deve necessariamente manifestarsi con una resistenza fisica o verbale all’atto. Mostrando di superare le tesi opposte che patrocinavano soluzioni estreme (l’una che riteneva integrato il reato sulla base della semplice assenza dell’*affirmative consent* e l’altra che esigeva un onere di resistenza fisica o verbale in capo alla vittima), il legislatore, con il nuovo *contextual consent standard* richiede che sia esaminato il comportamento oggettivo delle parti, in qualsiasi modo posto in essere, alla luce di tutte le circostanze esteriori, prima e durante il

compimento dell'atto sessuale, per determinare se le parti abbiano consentito o meno all'atto e se l'accusato abbia ecceduto i limiti per colpa. Gli indici di questa analisi fattuale sono ravvisabili nella natura, nella durata e nella qualità della relazione esistente tra le parti, nella storia della loro vita sessuale, nella consapevolezza da parte dell'accusato di eventuali limiti della capacità altrui di prestare il consenso e, infine, in altre circostanze considerate di volta in volta come rilevanti.

A tale schema base il legislatore aggiunge che il consenso può essere revocato in qualsiasi momento, prima o durante l'atto sessuale, dalla manifestazione di volontà contraria della persona offesa. Un chiaro rifiuto verbale è sufficiente a indicare la mancanza di consenso ed è anche sufficiente a ritirare quello precedentemente prestato, nell'assenza di successivi comportamenti che esprimono la volontà di compiere atti sessuali. In ogni caso il comportamento successivo deve essere tale da esprimere chiaramente il superamento dell'assenza di consenso precedente¹⁶⁵. Si anticipa, in questi termini, un'applicazione del principio del “*no means no*” che avrà molto seguito nei commentatori.

Ricostruita dunque tale concezione del consenso, il suo rilievo operativo è dato dall'introduzione alla sezione 213.2 rubricata “*sexual penetration without consent*”¹⁶⁶ che subordina la responsabilità per tale reato al fatto che l'attore sapesse o potesse sapere che la vittima non aveva consentito all'atto. Il punto centrale

¹⁶⁵ Model Penal Code, Sez. 213.0 “Definitions [...] (3) “consent”

- (a) “consent” means a person’s behavior, including, words and conduct – both action and inaction - that communicates the person’s willingness to engage in a specific act of sexual penetration or sexual contact.
- (b) Notwithstanding subsection (3)(a) of this section, behavior does not constitute consent when it is the result of conduct specifically prohibited by sections [reserved]
- (c) Consent may be express, or it may be inferred from a person’s behavior. Neither verbal nor physical resistance is required to establish the absence of consent; the person’s behavior must be assessed in the context of all the circumstances to determine whether the person has consented.
- (d) Consent may be revoked any time before or during the act of sexual penetration or sexual contact, by behavior communicating that the person is no longer willing. A clear verbal refusal – such as “no”, “stop” or “don’t” – suffices to establish the lack of consent. A clear verbal refusal also suffices to withdraw previously communicated willingness in the absence of subsequent behavior that communicates willingness before the sexual act occurs.”.

¹⁶⁶ Model Penal Code, Sez. 213.2 “Sexual penetration without consent: an actor is guilty of sexual penetration without consent if he or she engages in an act of sexual penetration and knows, or consciously disregards a substantial risk, that the other person has not given consent to that act. Sexual penetration without consent is a felony of the fourth degree.”.

dell'accertamento della responsabilità riguarda appunto il consenso della vittima e se l'accusato abbia o meno lo stato soggettivo richiesto ai fini della colpevolezza. Situazioni problematiche si possono porre quando una parte prende l'iniziativa e l'altra rimane passiva né compiendo gesti di incitazione o istigazione, né di resistenza. A volte il silenzio è espressione della volontà di compiere atti sessuali (si pensi al caso in cui dopo reciproche carezze e baci una parte va oltre e compie un atto sessuale, che l'altra parte, pur non avendovi espressamente consentito, ha tuttavia lasciato intendere di volere), in altri casi è chiaramente manifestazione della volontà opposta: si pensi al caso di due persone che non hanno mai avuto una relazione e che si trovino per necessità a dormire nella stessa stanza; se all'improvviso una delle due cercasse di intrattenere con l'altra un rapporto sessuale e l'altra non resistesse non potrebbe, nella maggior parte dei casi, desumersi da questa mancata resistenza, che alla luce delle circostanze andrebbe più correttamente letta come paralisi per via di un comportamento inaspettato, la prestazione del consenso.

Nel corso del meeting annuale del 2017 furono approvate nuove definizioni di “*sexual penetration*” (sez. 213.0(1)) e “*oral sex*” (sez. 213.0(2)), e furono formulate nuove disposizioni inerenti al reato di “*sexual penetration or oral sex without consent*” (sez. 213.4) [il richiamo è a quella già proposta nel 2016, sempre come *sexual penetration without consent*] e di “*forcible rape*” (sez. 213.1).

Per quanto di nostro interesse, la disposizione di cui alla sez. 213.4 richiama quasi integralmente il contenuto della vecchia formulazione nella prima parte, discostandosene nella seconda parte ove declina diversamente la gradazione della responsabilità¹⁶⁷. Nonostante la sua struttura, la sez. 213.4 descrive un'unica fattispecie di reato che richiede la prova dell'atto sessuale un'intervenuta penetrazione o del sesso orale, l'assenza del consenso della vittima e la colpevolezza dell'agente in relazione a questi elementi. È richiesta la prova oltre ogni ragionevole

¹⁶⁷ *Model Penal Code* – Sez. 213.4: “(1) an actor is guilty of sexual penetration or oral sex without consent if he or she knowingly or recklessly engages in an act of sexual penetration or oral sex without the consent of the other person”

(2) sexual penetration or oral sex without consent is a felony of the fifth degree, except that it is a felony of the fourth degree when the act occurs in disregard of the other person's expressed unwillingness, or is so sudden or unexpected that the other person has no adequate opportunity to express unwillingness before the act occurs.”

dubbio della circostanza che l'accusato conoscesse o potesse essere a conoscenza (“*consciously disregarded a substantial and unjustifiable risk*”) della mancanza di consenso della vittima e, ciononostante, abbia agito. Ciò richiede evidentemente un’ampia e profonda indagine sulle circostanze in presenza delle quali si è verificato il reato. Nell’accertare l’assenza del consenso, e al contempo l’esistenza della colpevolezza in capo all’agente, l’interprete deve valutare tutte le circostanze, compresa la natura, la durata, il tipo di relazione intercorrente tra le parti, eventuali dettagli relativi ai loro rapporti sessuali, la consapevolezza dell’accusato di eventuali limitazioni dell’altra parte ad esprimere il consenso e altri fatti rilevanti (il concetto di consenso è quello già elaborato dai commentatori del 2016). Qualora sia stata raggiunta la prova oltre ogni ragionevole dubbio che la vittima non aveva consentito, l’imputato sarà punito a titolo di “*felony*” del quinto grado¹⁶⁸. Il reato sarà invece classificato come “*felony*” del quarto grado qualora sia provato oltre ogni ragionevole dubbio che l’altra persona abbia espresso riluttanza con parole o azioni o che l’atto di penetrazione o di sesso orale sia stato così improvviso o inaspettato che l’altra persona non abbia avuto l’opportunità di esprimere la riluttanza prima che l’atto si verificasse o, ancora, che l’imputato fosse a conoscenza del rifiuto della vittima o comunque versasse nel dubbio che tale rifiuto vi fosse. Dunque, la condanna sarà più grave nel caso in cui, il dissenso sia stato espresso dalla vittima in maniera manifesta, e ciononostante l’imputato non ne abbia tenuto conto; oppure nel caso in cui la vittima, per via della repentinità dell’azione, non abbia avuto modo di esprimere il dissenso. In ogni caso, non è richiesto che la condotta sia posta in essere dall’agente con modalità violente o coercitive.

Due sono, quindi, le questioni centrali affrontate dai commentatori del *Model Penal Code* e i risultati della loro elaborazione si pongono oggi come modello per gli altri Stati: solo all’esito di una ponderata valutazione di tutte le circostanze del caso concreto può dirsi sussistente o meno il consenso (nozione di consenso contestuale); fondamentale è l’analisi dell’elemento soggettivo dell’autore del reato in relazione alla conoscenza o alla conoscibilità dell’assenza del consenso della persona offesa, secondo le modalità di accertamento stabilite. Dunque, mediante la combinazione

¹⁶⁸ I c.d. *felonies* sono i crimini più riprovevoli (vd *supra*). Il *Model Penal Code* suddivide, a sua volta, il genus in 5 *species* a seconda della gravità.

della nozione di consenso di cui alla sez. 213.0 (3) e della disciplina prevista per il reato di cui alla sez. 213.4 si costruisce il giudizio di responsabilità dell'imputato.

Lo stato dell'arte delle legislazioni è variegato. Molte, pur attribuendo un rilievo significativo al requisito del consenso, non lo definiscono. Altre ne danno una definizione, pur non chiara e esauriente. Alcune lo definiscono in termini di accordo positivo, ma richiedono espressamente la necessità di forza o violenza che provi l'assenza del consenso. Altre lo intendono in maniera differente a seconda di quali siano i reati in relazione ai quali viene in rilievo. Al momento, delle 53 giurisdizioni esistenti (i 50 Stati, il Distretto di Columbia, il governo federale e il sistema di giustizia militare) 21 non definiscono il consenso. Questo approccio genera apprezzabili lacune sia per l'accertamento della responsabilità, sia per i soggetti stessi che faticano a delineare i limiti entro cui una condotta sia penalmente rilevante. Delle 23 giurisdizioni che definiscono il consenso solo sei Stati¹⁶⁹ aderiscono alla visione arcaica per cui il consenso si presume fino a che non intervenga una forza, una resistenza fisica o almeno verbale che lo neghi. Delle restanti giurisdizioni la metà, cioè 13, lo definiscono come un linguaggio che richiede espressione di volontà, individuando differenti espressioni indicative di permesso, accordo o cooperazione¹⁷⁰. Ad esempio, il consenso è definito come *“positive cooperation”* dall'ordinamento penale californiano (sez. 261.6 del codice penale della California), *“cooperation in act or attitude pursuant to an exercise of free will”* dallo Stato del Colorado, *“words or overt actions indicating a freely given agreement”* dallo Stato di Washington, *“intelligent, knowing and voluntary consent”* dallo Stato del Florida, e *“voluntary agreement or concurrence”* dallo Stato delle Hawaii. In quasi tutte queste giurisdizioni l'assenza di consenso, in aggiunta al fatto obiettivo costitutivo del reato, è sufficiente a farlo ritenere tale¹⁷¹. Cinque altre giurisdizioni definiscono il consenso

¹⁶⁹ Alaska, Delaware, Montana, Nevada, Texas, Utah.

¹⁷⁰ Queste 13 sono la California, il D.C. (District of Columbia), la Florida, le Hawaii, il Colorado, l'Illinois, il Kansas, il Minnesota, il New Jersey, il Vermont, lo Stato di Washington, il Wisconsin, e gli U.C.M.J. (Uniform Code of Military Justice).

¹⁷¹ In dieci di queste 13 giurisdizioni l'assenza di consenso, così definito, è sufficiente. Sette di queste positivizzano tale criterio espressamente nella legislazione (Colorado, Washington, Florida, Minnesota, Vermont, Wisconsin, UCMJ), mentre nelle altre tre il requisito si evince dall'interpretazione dei casi

come espressa o implicita acquiescenza¹⁷² e altre 9 come un problema di volontà desumibile dalla condotta della vittima alla luce della totalità delle circostanze.¹⁷³ Le 13 giurisdizioni che adottano il primo approccio spesso chiedono uno standard di consenso più elevato di quello preteso dalla modifica proposta al *Model Penal Code*. Quanto alle fattispecie penalistiche previste dalle diverse legislazioni solo 31 su 53 (ossia il 58%) puniscono la penetrazione sessuale non consensuale, accentrando l'indagine per l'accertamento della responsabilità quasi unicamente sulla mancanza del consenso. Di queste, 7 puniscono la penetrazione senza consenso ma non danno una definizione di quest'ultimo¹⁷⁴ e strutturano le loro fattispecie incriminatrici sulla linea di quanto previsto dalla sez. 213.4 del *Model Penal Code*. Le restanti 24 giurisdizioni (77% delle 31 che puniscono la penetrazione senza il consenso) danno una espressa definizione di consenso e puniscono la penetrazione verificatasi in mancanza di consenso contestuale o di qualsivoglia forma di specifica di assenso o permesso.¹⁷⁵

Appare rilevante, inoltre, il fatto che il *Federal Bureau of Investigation* (noto con la sigla F.B.I.), nel 2012, abbia modificato la definizione di *rape* usata per le sue

giurisprudenziali. Si dà atto che in due giurisdizioni (Illinois e Washington) sono richiesti alcuni elementi ulteriori (come la violenza e la coercizione) in aggiunta all'assenza di consenso.

¹⁷² Alabama, Kentucky, Maine, New York, West Virginia. In tre di questi l'assenza del consenso, così definito, è sufficiente (insieme alla penetrazione, a costituire il reato) (Maine, Kentucky, New York). Nei due restanti (Alabama e West Virginia) sono richiesti elementi ulteriori in assenza di consenso (come l'incapacità, la differenza di età tra autore e vittima e altre condizioni di vulnerabilità).

¹⁷³ Arizona, Iowa, Montana, Missouri, Nevada; North Carolina, Oregon, Pennsylvania, Tennessee. Anche la California può farsi rientrare in questa elencazione per come le circostanze da cui desumere il consenso sono state trattate dalle corti statali.

Si segnala che questa classificazione porta a 27 invece che 26 giurisdizioni in quanto lo Stato del Montana ha due definizioni divergenti a seconda del reato.

¹⁷⁴ Le giurisdizioni che non hanno ancora dato una definizione di consenso, ma che hanno un "*non consent based statute*" sono: Arizona, Georgia, Louisiana, Maryland, Mississippi, South Dakota e Tennessee. Queste giurisdizioni puniscono la penetrazione senza consenso a titolo di *felony* ma non sono tra quelle (Iowa, Nebraska, Washington) che puniscono "*in the absence of at least contextual consent*", in quanto la loro legge richiede per la mancanza di consenso almeno la resistenza verbale.

¹⁷⁵ Quattordici giurisdizioni puniscono tali reati come "*felonies*", 11 sulla base "*degli statutory languages*" e 3 come risultato di decisioni giudiziali. Di queste 14, nove (Florida, Hawaii, New Jersey, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Vermont, Wisconsin e U.C.M.J.) richiedono espressamente un "*affirmative permission, positive agreement, or active cooperation*". Cinque (Maine, Missouri, New Hampshire, Nevada, Utah) stabiliscono che il consenso può essere desunto dalla totalità delle circostanze.

statistiche sulla criminalità nazionale includendo qualsiasi atto di "penetrazione sessuale [...] *senza il consenso* della vittima".

Similmente, la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha osservato, avuto riguardo alla giurisprudenza dei Paesi europei, che, anche laddove la definizione di stupro contiene riferimenti all'uso di violenza o minacce di violenza, in realtà, nella prassi giurisprudenziale è la mancanza di consenso, e non la forza esercitata, l'elemento costitutivo del reato. Emerge quindi chiaramente la tendenza universale a ritenere la mancanza di consenso quale elemento essenziale dello stupro e dell'abuso sessuale in genere.

La scelta di basare la responsabilità sulla mancanza del consenso, come suggerito dalla sez. 213.4 del *Model Penal Code*, è dettata dall'esigenza di proteggere penalmente gli individui contro le violazioni della loro libertà sessuale e non solo contro atti sessuali ottenuti con violenza e coercizione. La decisione di compiere atti sessuali è infatti fondata su una scelta intima¹⁷⁶: una persona che decide di intraprendere un rapporto sessuale con un'altra persona deve prestare attenzione alla libertà di quest'ultima di decidere se intraprendere il rapporto, rifiutarlo o escludere determinati atti sessuali. Dalla lettura combinata delle sezioni 213.4 e 213.0 (4) del *Model Penal Code* si ricava che un rifiuto verbale, senza che altro sia richiesto, è sufficiente per non ritenere sussistente il consenso. Questo approccio non dà rilevanza alle ambiguità che possono venire in essere nella comunicazione. Può avvenire che manifestazioni espresse di dissenso in realtà non siano tali da riflettere un'intima negazione all'atto sessuale; ciononostante permettere di ritenere che espressioni quali "no", "stop", "don't" non esprimano un chiaro dissenso comporta per la persona dissenziente un onere di resistenza fisica al comportamento altrui, legittimando tra l'altro colui che ha preso l'iniziativa a non tenere in adeguata considerazione le volontà della vittima. La sezione 213.0 (4) del *Model Penal Code* esplicita anche che la resistenza verbale, per quanto sufficiente, non è necessaria. Né quella fisica, né quella verbale sono richieste per poter stabilire che la vittima non è consenziente. Il giudice infatti deve accertare la volontà della vittima sulla base di altre, diverse, circostanze (*standard del contextual consent*). L'accertamento della mancanza di consenso può creare problemi quando le parti sono sotto effetto di alcool o stupefacenti. Tali sostanze, infatti, possono determinare

¹⁷⁶ S. J. SCHULHOFER, *Unwanted sex: the culture of intimidation and the failure of law* (1998).

un'alterazione nella percezione della realtà. La disciplina relativa è quella prevista dalla sez. 213.2, che punisce, a titolo di *felony* di secondo grado, colui che compia atti sessuali con una persona che non sia capace di intendere e di volere (essendo sotto effetto di alcool o sostanze stupefacenti) o che di nascosto droghi un'altra persona con il proposito di compiere con la stessa atti sessuali. La sezione 213.3 prevede invece un *felony del third degree* per colui che compia atti sessuali con una persona, sotto effetto di sostanze stupefacenti o alcool, “*who is passing in and out of consciousness*”. Anche ove sia il soggetto attivo a essere sotto effetto di stupefacenti si può giungere all'affermazione della sua responsabilità: infatti quando un soggetto in piene condizioni mentali non mette in conto il rischio che un'altra persona non abbia espresso il consenso, il reato di cui alla sez. 213.4 non è integrato essendo carente l'elemento soggettivo; ma quando un soggetto omette di riconoscere la mancanza di consenso per via dello stato di assuefazione in cui versa, questo - accompagnato dalla prova oltre ogni ragionevole dubbio del fatto che, se l'agente non fosse stato sotto l'effetto di sostanze stupefacenti, si sarebbe accorto del rischio che la vittima non avrebbe prestato il consenso - determina in capo a lui la responsabilità ai sensi della sezione 213.4.

In conclusione, con riferimento alle pene comminate, delle 24 giurisdizioni che puniscono la violenza sessuale applicando uno standard uguale o più rigido di quello delle sezioni 213.4 e 213.0(4), più della metà (14) puniscono l'offesa con almeno 5 anni di pena detentiva. Le giurisdizioni che puniscono il reato a titolo di *misdemeanor* lo fanno perché le loro legislazioni comprendono condotte ritenute meno gravi rispetto a quelle descritte dalla sezione 213.4 nella stessa disposizione. Con riferimento a quest'ultima, essa prevede la pena detentiva fino a 5 anni. Sono previste sanzioni più severe solo se ricorrono circostanze aggravanti.

CAPITOLO II

LA DISCIPLINA DEI REATI SESSUALI NEL CODICE PENALE DELLO STATO DELLA CALIFORNIA

SOMMARIO: 1. Brevi considerazioni introduttive. – 2. La bipartizione tra stupro e crimini sessuali minori. – 2.1 L’oggetto dell’incriminazione. – 2.2 Il ruolo della mancanza del consenso della persona offesa nelle diverse fattispecie. – 2.3 Le modalità della condotta penalmente rilevante. – 2.4 La rilevanza delle condizioni soggettive della vittima. – 2.5 Il coefficiente psicologico in capo all’autore del reato. – 2.6 Trattamento sanzionatorio. Unità e pluralità di reati – 3. La tutela offerta dalle singole fattispecie incriminatrici. – 3.1 I reati di “*rape of spouse*” e “*rape of non spouse*”. – 3.2 I reati sessuali minori. – 3.3 Il reato di “*sexual battery*”.

1. Brevi considerazioni introduttive

Il diritto penale in California è regolato principalmente dal Codice penale adottato nel 1872¹⁷⁷. A una serie di disposizioni preliminari, seguono quattro parti rispettivamente dedicate ai reati e alle pene (la parte sostanziale del diritto penale), al diritto processuale penale, al carcere a vita e alla pena di morte, alla prevenzione dei reati e al trattamento dei criminali.

Va dato atto del fatto che molte fattispecie incriminatrici si trovano disseminate nella legislazione speciale, come, ad esempio, nel “*business and professions code*”, nel “*government code*”, nell’“*health and safety code*”, nel “*vehicle code*” e nel “*welfare and institutions code*”. Vi è inoltre una specifica disciplina relativa al trattamento dei *sex offenders*, all’interno dei c.d. “*sex offenders statutes*”.

Quanto alla disciplina dei reati sessuali, la scelta legislativa è stata quella di frammentarne la regolamentazione con la costruzione di differenti fattispecie *ad hoc*, ognuna dedicata a una specifica condotta penalmente rilevante. A fronte di questa accentuata frammentazione normativa, come poi vedremo, non corrisponde, sotto il profilo sostanziale, un’effettiva differenza di disciplina e trattamento tra le varie fattispecie, le quali, quanto agli effetti e ai requisiti, sono sostanzialmente equivalenti. L’analisi che seguirà vedrà quindi l’elencazione delle fattispecie che concorrono a punire i reati sessuali all’interno del codice penale, lo studio del reato di stupro e delle

¹⁷⁷ A seguito della sua emanazione, nel 1895 il legislatore incaricò una Commissione di compierne una revisione. Nel 1901 la Commissione presentò una proposta di riforma, avendo riguardo in particolare a certe sezioni, che però non fu approvata. In particolare gli *Statutes* 191 ch. 158 p. 433, che presentavano possibili modifiche al codice, furono nullificati dagli *statutes* 1955 chapter 48 p. 491.

ulteriori fattispecie, delle quali si cercherà di metterne in evidenza punti di contatto e di divergenza.

Premessa necessaria concerne la collocazione sistematica delle disposizioni che saranno oggetto di studio. Nel codice penale della California le fattispecie che incriminano le violazioni della libertà sessuale non sono raggruppate in un unico titolo, né i commentatori e i revisori del codice, nel corso degli anni ed attraverso gli emendamenti susseguiti, hanno ritenuto di dover raggruppare le diverse previsioni legislative. Questo tipo di approccio è strettamente connesso all'impronta tipica del *common law*, per cui importanza centrale nella costruzione dell'ordinamento è rivestita dall'elaborazione giurisprudenziale, più che da una puntuale e specifica produzione normativa dalla quale, frequentemente, nella prassi ci si discosta.

Prassi degli ordinamenti penalistici statunitensi è quella di adottare un'unica nozione, omnicomprensiva, che abbracci la totalità delle aggressioni sessuali che si intendono punire. Tale compito è svolto dalla locuzione *sexual assault* che si riferisce a qualsiasi "approccio" sessuale non voluto, dal più grave stupro (*rape*), a ipotesi che noi definiremmo di molestia sessuale. Al fine di non incorrere in errori definitori è importante considerare che il termine "*sexual assault*" non indica un reato specifico, ma è, per così dire, la formula con la quale si ricomprendono da un lato i reati di penetrazione sessuale, raggruppati nel titolo IX della seconda parte del codice¹⁷⁸, e, dall'altro, il reato di *sexual battery*, di cui alla sez. 243.4, compreso nel titolo VIII della seconda parte del codice.

Norma cardine del sistema è quella disciplinante il reato di stupro (sezione 261). Essa è collocata nella prima parte del codice penale, nel capitolo I¹⁷⁹ rubricato "*rape*,"

¹⁷⁸ Sezioni 261,262,286,288a e 289 del *Cal. Penal Code*.

¹⁷⁹ Il primo capitolo è comprensivo delle sezioni dalla 261 alla 269. Così numerate all'esito dell'ultimo aggiornamento al codice del 2017, le sezioni sono così rubricate: 261 "*Rape, Duress, Menace*"; 261.5 "*Unlawful sexual intercourse with a minor, misdemeanor or felony violation. Civil penalties*"; 261.6 "*Consent, effect of current or previous relationship*"; 261.7 "*consent communication to use condom or other birth control device*"; 261.9 "*procuring sexual service of prostitute of specified age, imposition and collection of fine*"; 262 "*spousal rape*"; 263 "*penetration*"; 263.1 "*legislative findings and declaration*"; 264 "*punishment for rape, AIDS education fine, punishment for rape of child or other minor*"; 264.1 "*punishment for aiding or abetting rape*"; 264.2 "*provision of victims of Domestic Violence Card Notice to local rape victim counseling center. Right to sexual assault victim counselor and another support person*"; 265 "*abduction*"; 266 "*procurement*"; 266(a) "*procurement by force or fraud. Prostitution and human trafficking. Punishment*"; 266(b) "*compelling an illicit relationship*"; 266(c) "*inducing consent to sexual act by fraud or fear*"; 266(d) "*cousing -cohabitation for profit*";

abduction, carnal abuse of children and seduction” del titolo IX (dedicato ai crimini contro la persona, comprensivi dei reati sessuali, e ai crimini contro la moralità pubblica e il buon costume). La disposizione di apertura del capitolo I, “*rape, duress, menace*” è quella che disciplina la fattispecie di stupro semplice, cioè quello commesso nei confronti di una donna che non sia sposata con l’aggressore. Ad essa si accosta la previsione normativa oggetto della sezione 262, che disciplina lo stupro commesso nei confronti della propria moglie.

Avendo premesso che oggetto della presente analisi sono i reati sessuali commessi tra persone adulte, non ci soffermeremo sui reati sessuali commessi nei confronti di minori, in relazione ai quali sussiste un’apposita disciplina differenziata¹⁸⁰. Le ulteriori disposizioni che contribuiscono a delineare il quadro dei reati sessuali commessi tra persone adulte si rintracciano in un diverso capitolo, sempre collocato nel titolo IX: il capitolo V, che prevede i reati di bigamia, incesto e i crimini contro natura (dalla sez. 281 alla 289.6), il reato di “*sodomy*” (sez. 286); quello di “*oral copulation*” (sez. 288) e quello di “*object rape*” (sez. 289). La disciplina dei reati sessuali si completa poi con la disposizione di cui alla sezione 243.4, che prevede il reato di “*sexual battery*” ed è inserita nel titolo VIII dedicato ai crimini contro la persona. Ognuna di queste figure di reato è, a sua volta, suddivisa in sottocategorie che rappresentano differenti modalità con le quali il reato può esser realizzato. E così si avranno conseguenze ed effetti diversi, soprattutto in punto di pena, a seconda delle circostanze in cui si estrinsechi il comportamento del soggetto attivo e a seconda di chi sia soggetto passivo del reato.

A proposito della suddivisione interna ad ogni fattispecie, va detto che solo le ipotesi delineate nelle sezioni 261 e 262 prevedono il caso in cui la condotta sia posta in essere tra soggetti adulti, riservando ad una disposizione separata la circostanza che lo stupro avvenga nei confronti di vittima minore (sez. 261.5); diversamente, le restanti fattispecie trattano l’ipotesi in cui il reato sia commesso in danno di soggetto minore come circostanza aggravante. In altre parole, il testo normativo di ogni disposizione

266(e) “*acquiring prostitute*”; 266(f) “*selling prostitute*”; 266(g) “*procurement of wife by husband*”; 266(h) “*pimping*”; 266(i) “*pandering*”; 266(f) “*procurement of child*”; 266(k) “*additional fines. Use for child sexual abuse prevention and counseling and to serve minor victims of human trafficking*”; 267 “*abduction of minor prostitution*”; 269 “*aggravated sexual assault of child*”.

¹⁸⁰ Quanto allo stupro semplice, la corrispondente ipotesi perpetrata nei confronti di un minore è quella descritta dalla sezione 261.5, rubricata “*unlawful intercourse with a minor*”.

contiene una disciplina *ad hoc*, aggravata, per il caso in cui il reato sia commesso nei confronti di vittima minore di età e, al ricorrere di tale circostanze, il trattamento è altresì differenziato in base alla differenza di età esistente tra vittima e autore.

Per chiarezza terminologica si utilizzerà la locuzione “atti sessuali” per far riferimento genericamente a tutti i comportamenti descritti dalle disposizioni richiamate, ricorrendo poi ad indicare con il loro nome i singoli reati in occasione della loro analisi separata.

2. La bipartizione tra stupro e crimini sessuali minori

Prima di passare ad uno studio analitico¹⁸¹ delle disposizioni citate, è opportuno metterne in evidenza le caratteristiche comuni. Procedendo in tale modo è possibile raggruppare le norme contenute all'interno del titolo IX (sez. 261, 262, 286, 288a e 289), distinguendola da quella di cui alla sez. 243.5 all'interno del titolo VIII, che differisce dalle precedenti sensibilmente e che pertanto sarà oggetto di trattazione separata.

2.1 L'oggetto dell'incriminazione

Sul piano della tipicità elemento comune ai differenti reati sessuali di cui al titolo IX è la necessità che si realizzi la penetrazione, nelle forme che ogni ipotesi espressamente prevede. In particolare, per i reati di “*rape*”, “*sodomy*” e “*sexual penetration*” il legislatore espressamente prevede che “*penetration, however slight, is sufficient*”¹⁸².

¹⁸¹ B. E. WITKIN AND J. N. L. EPSTEIN, *California Criminal Law*, 4th edition, 2012; WAINE R. LAFAYE, *Substantive Criminal Law*, 3rd Edition, 2017.

¹⁸² Sez. 263 *Cal. Penal code* per il reato di stupro, sez. 286 (a) per il reato di sodomia, sez. 289 (k)(1) per il reato di “*object rape*”. Dubbi si sono posti in relazione alla fattispecie di cui alla sezione 288a, ove il legislatore non esplicita le modalità di consumazione del reato. Il disaccordo tra le Corti d'appello vertente intorno alla questione se il reato in parola richiedesse il verificarsi dell'evento penetrativo fu risolto in senso negativo dalla sentenza *People v. Dement* (2011) 53 C. 4th 1.

2.2 Il ruolo della mancanza del consenso della persona offesa nelle differenti fattispecie

Elemento centrale e comune a tutte le figure di reato sessuale richiamate sta nel fatto che la condotta criminosa sia compiuta in assenza o contro la volontà del soggetto passivo. L'assenza di consenso o l'esistenza di un dissenso è infatti il requisito intorno al quale il legislatore delinea le differenti modalità di consumazione del reato e le differenti situazioni soggettive in cui può versare il soggetto passivo, dovendosi, di volta in volta, accertare il dissenso in sé o desumerne la mancanza dalle circostanze. È, infatti, evidente che il reato non sia integrato qualora vi sia il reciproco consenso all'atto sessuale, sia esso implicito o esplicito. Si ritiene che l'ordinamento penale californiano si adegui al modello del consenso contestuale, cioè da accertare prendendo in considerazione tutte le circostanze del caso concreto. Proprio adeguandosi a tale modello il legislatore delinea una casistica completa che tiene conto del fatto che, perché possa considerarsi integrato il reato, la persona offesa non deve necessariamente avere manifestato il dissenso all'atto sessuale, potendosi quest'ultimo desumere dalle circostanze del caso concreto o dall'esistenza della particolare situazione nella quale si trovi.

Prima di passare ad analizzare quali siano queste circostanze e come, di volta in volta, il giudice debba orientarsi nella ricostruzione della fattispecie concreta, va detto che, nell'esame delle circostanze fattuali, ha comunque ruolo centrale la testimonianza della persona offesa, le cui dichiarazioni, anche da sole, possono servire per formulare il giudizio di colpevolezza. Qualora si addivenga a una convinzione positiva in ordine alla mancanza del consenso della persona offesa, il giudice è chiamato a condurre un altro giudizio fattuale, nell'ipotesi in cui l'imputato dichiari di essere incorso in errore e di aver ritenuto, senza colpa, che la vittima fosse consenziente. Nell'accertamento del consenso deve farsi un difficile bilanciamento tra le dichiarazioni della persona offesa, raffrontate con gli elementi fattuali a disposizione e quelle dell'imputato, che non deve vedersi precluso alcun margine di prova. Ad ogni modo, per escludere la responsabilità dell'agente è necessario che egli abbia creduto in buona fede che vi fosse il consenso della vittima all'atto sessuale e che tale convinzione fosse avvalorata e giustificata a fronte di tutte le circostanze verificatesi.

Il legislatore ha tentato più volte di definire cosa debba intendersi per consenso e, con una disposizione che comunque non riveste ancora i caratteri di definitività¹⁸³, lo ha individuato in “*a positive cooperation in act or attitude pursuant to an exercise of free will*”, aggiungendo che il soggetto deve agire con volontà libera e avere la piena coscienza dei propri atti e comportamenti¹⁸⁴. Il consenso è, quindi, descritto, in termini positivi, come una cooperazione nell’atto compiuto, essendo essa indice della manifestazione di una volontà positiva. Necessariamente, perché tale cooperazione possa essere ritenuta sintomatica della presenza del consenso, la persona che la pone in essere deve agire liberamente e volontariamente.

La disciplina positivizzata si occupa anche di specificare due circostanze che di per sé non riguardano il consenso e concernono il rapporto tra vittima e autore del reato e il fatto che la vittima abbia chiesto l’utilizzo di mezzi contraccettivi per il compimento dell’atto sessuale in questione. La scelta legislativa di fornire un’espressa soluzione a questi casi dubbi deriva dai frequenti contrasti giurisprudenziali, non sempre approdati a soluzioni univoche. Da una parte, la sezione 261.6 mira a chiudere ogni dibattito sul punto prevedendo che l’esistenza di una relazione matrimoniale corrente o pregressa non è sufficiente a integrare il consenso nei reati di cui alle sezioni 261, 262, 286, 288a e 289¹⁸⁵; dall’altra la sezione 261.7 stabilisce che rispetto a questi stessi reati non può ritenersi esistente il consenso qualora la vittima abbia richiesto all’imputato, durante il compimento dell’atto o prima dello stesso, l’utilizzo di un metodo contraccettivo, in assenza di alcuna prova ulteriore dell’esistenza del consenso¹⁸⁶.

Un’altra questione foriera di opinioni contrastanti, che peraltro si è posta soprattutto in relazione alla fattispecie di stupro (sezioni 261 e 262) concerne il caso in cui il

¹⁸³ Sez. 261.6 Cal. Penal Code: “In prosecutions under Section 261, 262, 286, 287, or 289, or former Section 288a, in which consent is at issue, “consent” shall be defined to mean positive cooperation in act or attitude pursuant to an exercise of free will”.

¹⁸⁴ Sez. 261.6 Cal. Penal. Code: “the person must act freely and voluntarily and have knowledge of the nature of the act or transaction involved”.

¹⁸⁵ Sez. 261. 6 par. 2 Cal. Penal Code: “a current or previous dating or marital relationship shall not be sufficient to constitute consent where consent is at issue in a prosecution under Section 261, 262, 286, 288a, or 289”.

¹⁸⁶ Sez. 261.7 Cal. Penal Code: “in prosecutions under Section 261, 262, 286, 288a, or 289, in which consent is at issue, evidence that the victim suggested, requested, or otherwise communicated to the defendant that the defendant use a condom or other birth control device, without additional evidence of consent, is not sufficient to constitute consent”.

consenso sia inizialmente presente, ma poi venga meno durante il compimento dell'atto sessuale. A fronte di tale evenienza, alle volte si è ritenuto che l'imputato non potesse esser ritenuto colpevole di stupro ma potesse esser ritenuto colpevole di “*sexual battery*”¹⁸⁷, se il dissenso si è manifestato in un momento in cui la penetrazione si era già verificata; altre volte si è ritenuto che l'ipotesi integrasse comunque il reato di stupro, non attribuendosi rilevanza al consenso iniziale¹⁸⁸. Una pronuncia del 2003¹⁸⁹ ha risolto i conflitti in seno alla Corte d'Appello statuendo definitivamente che quando una donna presta il consenso iniziale all'atto di penetrazione sessuale, ma durante l'atto stesso ritira il consenso prestato, la continuazione del rapporto sessuale contro la sua volontà è certamente inquadrabile come stupro. Si avverte quindi un definitivo superamento della tesi precedente che si basava fondamentalmente sull'asserto per cui, essendo, ai sensi della sezione 263, requisito essenziale dello stupro l'offesa nei confronti di “*person and feelings of the victim*”, la donna che avesse inizialmente prestato il consenso al compimento dell'atto, non subisse poi una violazione paragonabile a quella che invece subisce colei che sin da subito ha manifestato il dissenso all'atto sessuale.

Una soluzione simile si è raggiunta nel caso in cui, a un consenso inizialmente prestato sopravvenisse un atteggiamento minatorio del partner posto in essere con armi e l'atto sessuale fosse proseguito a quelle condizioni. La giurisprudenza ha uniformemente affermato che l'utilizzo di un'arma, con il suo effetto intimidatorio toglie efficacia al consenso precedentemente prestato.

Rilevante segnalare che, per tutte le ipotesi esaminate, il legislatore prende in considerazione e disciplina il caso in cui il consenso sia viziato o comunque carpito con l'inganno. Le sezioni 261(a)5, 286(j), 288a(j) e 289(f) prevedono che l'autore sia comunque ritenuto responsabile per il reato commesso ancorché senza alcun aggravamento di pena, nell'ipotesi in cui abbia indotto, con l'inganno, la vittima a credere di stare intrattenendo il rapporto sessuale con una persona diversa¹⁹⁰.

¹⁸⁷ *Peolpe v. Vela* (1985) 172 C.A. 3d 237.

¹⁸⁸ *Peolpe v. Roundtree* (2000) 77 C.A. 4th 846.

¹⁸⁹ *In re John Z.* (2003) 29 C.4th 756, 128 C.R.2d 783, 60 P.3d 183.

¹⁹⁰ Per tutte le ipotesi è usata la medesima dicitura: “*when the victim submits under the belief that the person committing the act or causing the act to be committed is someone known to the victim other than the accused, and this belief is induced by any artifice, pretense, or concealment practiced by the accused*”

Fatte queste premesse generali, compreso quindi che l'elemento che innanzitutto deve sussistere per l'integrazione del reato è la mancanza di consenso all'atto sessuale, il legislatore detta una disciplina che aiuta, per così dire, a comprendere quando possa ritenersi che la vittima sia consenziente.

2.3 Le modalità della condotta penalmente rilevante

In tutte le figure di reato sessuale sopra citate si richiede che il comportamento del soggetto agente si estrinsechi con violenza fisica o psicologica o sia tale da indurre il timore nella vittima di patire un danno sulla propria o altrui persona¹⁹¹.

Quanto alla prima combinazione di requisiti enunciati (“*force*” e “*violence*”), mal si comprende la scelta legislativa di accostare due termini che sono per certi versi sinonimi e che, dalla stessa giurisprudenza in materia, sono stati interpretati come tali. In svariate pronunce si è ad esempio affermato che lo stupro commesso con violenza non è una particolare modalità di stupro, differente da quello commesso con forza o incutendo terrore nella vittima (*by force or fear*), e si è aggiunto che i termini sono semplicemente esemplificativi di declinazioni leggermente differenti della stessa circostanza in cui il reato si verifica¹⁹². Inoltre, a fini classificatori, alcuni commentatori hanno voluto precisare che il *discrimen* esistente tra il reato di “*rape*” e il meno grave reato di “*battery*” sta proprio in un utilizzo minore della forza e della violenza, che, agli effetti, si concretizza nell’assenza di penetrazione¹⁹³.

Dalla lettura delle pronunce intervenute in questo ambito, emerge come il legislatore non abbia voluto attribuire al termine forza un preciso significato. L’accusa deve soltanto dimostrare che sia stata posta in essere una generica forza da parte dell’imputato che abbia permesso di vincere la volontà contraria della vittima al compimento dell’atto sessuale. E tale forza non si concretizza necessariamente in una violenza fisica, potendo manifestarsi anche mediante una sopraffazione di diverso tipo. A tal proposito va però sottolineato che la forza non può esser ricondotta al momento penetrativo vero e proprio, che, di per sé, non è una condotta violenta,

¹⁹¹ Sez. 261 (a)2 e 262 (a)1 *Cal. Penal.code*: “*by means of force, violence, duress, menace, or fear of immediate and unlawful bodily injury on the victim or another person*”.

¹⁹² *Peolpe v. Barnes* (1986) 42 C.3d 284; *People v Maury* (2003) 30 C. 4th 342.

¹⁹³ *Peolpe v. Guiterrez* (1991) 232 C.A. 3d 1624.

dovendosi altrimenti concludere che ogniqualvolta vi sia penetrazione sia stata posta in essere contro la volontà della donna¹⁹⁴.

La questione più interessante e dibattuta in relazione a tale requisito è se, dal fatto che la norma preveda espressamente l'utilizzo della forza, si debba dedurre l'esigenza di richiedere alla vittima un corrispondente onere di resistenza. Sino all'intervento di un emendamento del 1980, era infatti richiesto che la vittima ponesse in essere un atteggiamento di resistenza all'atto sessuale non voluto e estrinsecato con modalità violente, non potendosi altrimenti ritenere che vi fosse il dissenso al compimento dell'atto stesso. Ad oggi tale tipo di impostazione si ritiene superata. La modifica del 1980 espressamente statui che onere dell'accusa era quello di provare che il volere della vittima, e non tanto la sua resistenza, fosse stato sopraffatto con un comportamento minatorio e violento¹⁹⁵. La *ratio* sottesa all'intervento legislativo in parola si riassumeva nelle seguenti esigenze: innanzitutto nella necessità di eliminare la resistenza come prerequisito per la condanna, sollevando la vittima dall'onere potenzialmente pericoloso di resistere a un aggressore al fine di provare le accuse di violenza carnale¹⁹⁶; secondariamente nell'inopportunità di indurre la giuria ad emettere un verdetto di colpevolezza solo nel caso in cui il denunciante abbia effettivamente reagito per opporsi all'atto sessuale¹⁹⁷. Va aggiunto che l'assenza di resistenza non può esser prova del fatto che

¹⁹⁴ Vi sono tuttavia temperamenti a tale regola, potendosi ritenere che (*In re Jose P.* (2005) 131 C.A. 4th 110) sia integrato il reato di stupro nel caso in cui l'aggressore, pur non esercitando violenza fisica nei confronti della vittima prima del momento della penetrazione, anch'essa verificatasi senza modalità violente, abbia però superato il di lei consenso, sopraffacendola per via della sua dimensione corporea di gran lunga superiore a quella della donna., avesse compiuto l'atto di penetrazione sessuale stando sopra di lei.

¹⁹⁵ “prosecution must show that victim’s will, rather than victim’s resistance, was overcome by force or fear” (*Peolpe v. Salazar* (1983) 144 C.A. 3d 799; *Peolpe v. Iniguez* (1994) 7 C. 4th 847).

¹⁹⁶ “to relieve the state of need to establish resistance as a prerequisite to a rape conviction, and to release rape complainants from the potentially dangerous burden of resisting an assailant in order to substantiate allegations of forcible rape” (*People v. Barnes* (1986) 42 C. 3d 302).

¹⁹⁷ “it is no longer proper to instruct the jury that it must find the complainant resisted before it may return a verdict of a guilty, nor may lack of resistance be employed to support a finding of insufficient evidence of rape” (*People v. Barnes* (1986) 42 C. 3d 302).

l'imputato abbia ritenuto ragionevolmente e in buona fede che il consenso dell'altra parte sussistesse al momento del compimento dell'atto sessuale¹⁹⁸.

Requisito alternativo indicato nella norma, affinché sia posta in essere la condotta di stupro è quello definibile come “*intimidation*”, che ricorre quando l'atto sia posto in essere mediante minaccia o costrizione psicologica del soggetto passivo (*menace, duress, fear*). L'intimidazione deve avere come oggetto un danno posto in essere sul corpo della vittima o di un'altra persona (*unlawful bodily injury*)¹⁹⁹ ed essa stessa, di per sé, è sufficiente a supportare una condanna, non essendovi la necessità di prove ulteriori²⁰⁰.

Il legislatore si occupa di definire esplicitamente cosa debba intendersi per *duress*²⁰¹ (sez. 261(b)) e cosa, invece, per *menace*²⁰² (sez. 261(c)). Quanto alla prima, essa è una diretta o implicita minaccia di utilizzo della forza, della violenza o di un pericolo, che sia sufficiente a indurre una persona ragionevole e di ordinaria sensibilità a compiere un atto che altrimenti non avrebbe posto in essere o di acconsentire al compimento di un atto cui altrimenti non si sarebbe sottoposta. Nel determinare se vi sia costrizione psicologica vanno considerate cumulativamente tutte le circostanze esistenti al momento del fatto, inclusa l'età della vittima e la sua relazione con l'accusato. Quanto alla minaccia, con essa deve intendersi una dichiarazione o un atto da cui emerga chiaramente l'intento di offendere qualcuno.

Una particolare tipologia di minaccia posta in essere ai danni della vittima può essere quella qualificata come “*threatening to retaliate in the future against the victim or any other person*” facente riferimento al caso in cui l'accusato abbia minacciato la

¹⁹⁸ “the statutory change does not mean that when resistance does exist, it is irrelevant to nonconsent. absence of resistance may also continue to be probative of whether the accused honestly and reasonably believed he was engaging in consensual sex” (*People v. Barnes* (1986) 42 C. 3d 303).

¹⁹⁹ In *People v. Bermudez* (1984) 157 C.A. 3d 619 si afferma che “*fear of immediate bodily injury on another was sufficiently shown; victim, alone with infant daughter in isolated rural residence, told nighttime intruder to do anything he wanted so long as he did not hurt baby*”.

²⁰⁰ *People v. Knox* (1988) 204 C.A. 3d 197.

²⁰¹ Sez. 261 (b) Cal. Penal Code: “As used in this section, “duress” means a direct or implied threat of force, violence, danger, or retribution sufficient to coerce a reasonable person of ordinary susceptibilities to perform an act which otherwise would not have been performed, or acquiesce in an act to which one otherwise would not have submitted. The total circumstances, including the age of the victim, and his or her relationship to the defendant, are factors to consider in appraising the existence of duress.”.

²⁰² Sez. 261 (c) Cal. Penal Code: “As used in this section, “menace” means any threat, declaration, or act which shows an intention to inflict an injury upon another.”

vittima o qualcun altro di sequestro, prigionia forzata o morte. Tale minaccia utilmente integra la condotta richiesta dal reato in esame, purché connotata da probabile veridicità. La *ratio* sottesa all'introduzione di tale requisito, con un emendamento del 198, va infatti ravvisata nella volontà di far fronte a tutti quei casi in cui la minaccia prospettata potesse realizzarsi a una lunga distanza di tempo dalla sua manifestazione²⁰³. In altre parole, la vittima deve ragionevolmente ritenere che il male minacciato potrebbe realizzarsi a suo danno, in un momento futuro. Il rapporto tra la generica minaccia (“*menace*”) e questa è stato chiarito nella pronuncia *People v. Ward* (1986). Nel caso di specie la vittima era una ragazza di 14 anni e aveva accusato il patrigno di aver commesso violenza sessuale nei suoi confronti, sotto la minaccia di rapire sua madre. L'accusato fu condannato ai sensi della sezione 261(a) (2), qualificandosi quindi la minaccia come “*menace*” e non della sezione 261(a)6, in quanto non emergeva prova che il pericolo minacciato potesse concretizzarsi.

Altra modalità in cui la minaccia può estrinsecarsi è con approfittamento della propria autorità di pubblico ufficiale per arrestare o comunque prelevare con l'uso della forza pubblica la vittima o qualcun altro, sempre che la vittima possa ragionevolmente ritenere o credere che l'aggressore sia un pubblico ufficiale²⁰⁴.

Quanto al requisito della paura (“*fear*”), un breve excursus normativo porta a segnalare che prima del 1980 la prova della paura subita dalla vittima fosse connessa ad un suo onere di resistenza. All'esito della modifica intervenuta nel 1980, tale prova è collegata direttamente alla sopraffazione della sua volontà ed insita in tal momento²⁰⁵. L'elemento della paura si estrinseca in una componente soggettiva e oggettiva: la prima richiede che sia accertato che la vittima sia stata posta nella

²⁰³ *People v. Ward* (1986) 188 C.A: 3d 459: “the legislature, by the addition of subdivision in 1981, has covered the entire spectrum of time in which harm could occur. It no longer matters whether the threatened harm will occur immediately or in the future; in either situation the conduct amounts to the same crime rape”.

²⁰⁴ Ipotesi prevista per il reato di stupro semplice nella sez. 261(a)(7) *Cal. Penal code*, per il reato di stupro nei confronti della moglie nella sez. 262 (a)(5), per il reato di sodomia nella sezione 286 (k), per il reato di sesso orale nella sezione 288a (k), per il reato di penetrazione sessuale nella sezione 289 (g).

²⁰⁵ *People v. Iniguez* (1994) 7 C.4th 847: “evidence of fear is now directly linked to the overbearing of a victim's will; the prosecution is required to demonstrate that the act of sexual intercourse was accomplished against the person's will by means of force, violence or fear of immediate and unlawful bodily injury”.

condizione di temere ragionevolmente di poter subire un'immediata e ingiusta offesa tale da indurla a sottoporsi all'atto sessuale contro la sua volontà. La componente oggettiva richiede invece che il timore della vittima possa ritenersi giustificato sulla base delle circostanze o, qualora ingiustificato, che l'aggressore fosse a conoscenza del timore suscitato nella vittima e ne avesse approfittato²⁰⁶.

2.4 La rilevanza delle condizioni soggettive della vittima

Quanto alle situazioni soggettive inerenti alla vittima e idonee a integrare il reato in esame, il legislatore distingue le ipotesi in cui la vittima sia incosciente, intossicata o disabile.

Si presume assenza di consenso all'atto sessuale quando la vittima sia incosciente della natura dell'atto nel momento in cui questo sia posto in essere. Lo sforzo legislativo è stato quello di riempire i confini della locuzione "*unconscious of the nature of the act*"²⁰⁷, stabilendo che possa intendersi incosciente la vittima che sia addormentata, la vittima che non si stia rendendo conto di quello che si verifica, la vittima che non venga messa nelle condizioni di cogliere il reale significato dell'atto per via dell'inganno posto in essere dal suo aggressore²⁰⁸, la vittima cui l'aggressore

²⁰⁶ Nel caso di specie il timore della vittima possedeva i requisiti che lo rendevano tale sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo. Dai suoi atteggiamenti si ricava che "*she froze out of fear, immediately after the attack, she was distraught and hid in the bushes outside the house because was terrified of defendant*". La prova che il timore della vittima fosse connotato da ragionevolezza era inoltre dato dal fatto che l'uomo, avvicinandosi a lei, mentre dormiva a casa della sua migliore amica, si era abbassato i pantaloni "*without warning, without her consent, and without a reasonable belief of consent. Any man or woman awakening to find himself or herself in this situation could reasonably react with fear of immediate and unlawful bodily injury. Sudden, unconsented-to groping, disrobing, and enshuing sexual intercourse while one appears to lie sleeping is an appalling and intolerable invasion of one's personal autonomy that, in and of itself, would reasonably cause one to react with fear*".

²⁰⁷ Sez. 261 California Penal code: "[...] (4) Where a person is at the time unconscious of the nature of the act, and this is known to the accused. As used in this paragraph, "*unconscious of the nature of the act*" means incapable of resisting because the victim meets any one of the following conditions:

(A) Was unconscious or asleep.

(B) Was not aware, knowing, perceiving, or cognizant that the act occurred.

(C) Was not aware, knowing, perceiving, or cognizant of the essential characteristics of the act due to the perpetrator's fraud in fact.

(D) Was not aware, knowing, perceiving, or cognizant of the essential characteristics of the act due to the perpetrator's fraudulent representation that the sexual penetration served a professional purpose when it served no professional purpose".

²⁰⁸ *People v. Stuedemann* (2007) 156 C.A. 4th 1.

faccia appositamente credere che la penetrazione sessuale serva per un intento professionale (in caso di trattamento medico, ad esempio)²⁰⁹.

Nei casi menzionati, ove si accerti che una persona non sia in grado di cogliere il disvalore dell'atto o quanto stia accadendo, la sua mancanza di consenso si presume e ciò comporta che ai fini della condanna dell'imputato non sia richiesta la prova che la vittima abbia dissentito. A fronte di alcune pronunce che avallavano teorie difensive secondo le quali senza la prova della mancanza del consenso si giungerebbe a condannare l'accusato secondo criteri di responsabilità oggettiva, si replica che il reato di stupro (ma ciò vale genericamente per tutti i reati sessuali) richiede due separati requisiti di tipo soggettivo, intendendosi con il primo un generale intento di commettere il reato - in questo caso di compiere un atto sessuale con una persona incosciente -, e con il secondo la consapevolezza da parte dell'accusato che la vittima versi in tale stato di incoscienza.

La seconda ipotesi che viene in rilievo, quando si parla di presunzione di mancanza di consenso, è il caso di vittima incapace di comprendere le circostanze in cui si trova o di opporre resistenza per il fatto di essere sotto effetto di sostanze anestetiche, alcoliche o stupefacenti e l'accusato conosca, o avrebbe dovuto conoscere, tale circostanza²¹⁰.

Anche in questo caso la mancanza di consenso si presume. Ciò che va accertato sul piano probatorio è che la vittima sia incapace di dare un consenso effettivo, in tal caso, qualora la vittima dovesse manifestare il consenso all'atto, il giudice non potrà tenerne in considerazione. In altre parole, è irrilevante il fatto che la vittima abbia prestato o meno il consenso nel caso in cui se ne accerti l'incapacità di prestarlo. Si coglie così la portata della previsione legislativa in base alla quale una persona è esonerata dal resistere al compimento di un atto sessuale indesiderato quando in lei manchi la capacità di esprimere un consenso idoneo all'atto, in quanto incapace di comprenderne non solo le modalità effettive di concretizzazione ma anche i risvolti psicologici e le probabili conseguenze dello stesso. Nel determinare se uno stato di intossicazione o assuefazione da assunzione di sostanze psicotrope o stupefacenti o di alcool sia

²⁰⁹ *People v Bautista* (2008) 163 C.A. 4th 762.

²¹⁰ *People v Wojahn* (1959) 169 C.A. 2d 135, caso in cui un dottore somministrava una droga alla paziente.

rilevante ai fini di privare la vittima della capacità di prestare un valido consenso, il giudice deve considerare tutte le circostanze del caso concreto, incluse l'età della vittima e il suo livello di maturità²¹¹.

L'ultima delle tre situazioni soggettive inerenti alla vittima prese in considerazione riguarda il caso in cui essa sia incapace di prestare il consenso per via di un disturbo mentale o di una disabilità fisica o psichica. Anche in questo caso si presume la mancanza di consenso all'atto sessuale e, anche qualora la vittima si sottometta allo stesso, lo stupro si ritiene integrato. L'elemento che l'accusa deve provare ai fini della condanna dell'imputato è che il disturbo mentale o fisico siano tali da rendere la vittima incapace di prestare un consenso valido. Si è ad esempio ritenuto integrato il reato di stupro, presumendo l'incapacità della persona a prestare un valido consenso a causa della propria condizione psicofisica, in un caso in cui la vittima soffriva di episodiche crisi epilettiche e convulsive, dislessia e frequentava scuole apposite²¹².

2.5 Il coefficiente psicologico in capo all'autore del reato

A livello di coefficiente psicologico necessario per integrare il reato in esame, la giurisprudenza ritiene sufficiente il dolo generico²¹³. Non è necessario, in altre parole, che il soggetto sia mosso dall'intento di trarre godimento dall'atto posto in essere. Benché la stragrande maggioranza delle pronunce si orienti in tal senso in riferimento al reato di *rape*, questa è la disciplina applicabile anche ai reati di cui alle sezioni 286 e 288a. Ancorché per il reato di *object rape* (sez. 289) la lettera della legge richieda espressamente che l'atto venga condotto al fine di trarne godimento²¹⁴, la giurisprudenza ha mostrato di non aderire a tale stringente previsione legislativa, potendosi leggere, in svariate pronunce che si deve ritenere integrato il reato in esame, anche qualora l'aggressore non miri a raggiungere piacere o appagamento sessuale ma ponga in essere la condotta al solo fine di cagionare dolore e sofferenza nella vittima²¹⁵.

²¹¹ *People v. Giardino* (2000) 82 C.A. 4th 199.

²¹² *People v. Miranda* (2011) 199 C.A. 4th 1403.

²¹³ *People v. Burnham* (1986) 176 C.A. 3d, “*wrongful intent to sexually penetrate victim and intent to do so by force or fear*”.

²¹⁴ Sez. 289 (k)1 *California Penal code*: “*for the purpose of sexual arousal, gratification*”.

²¹⁵ *People v. White* (1986) 179 C.A.

2.6 Trattamento sanzionatorio. Unità e pluralità di reati

Le varie fattispecie esaminate sono anche accomunate dal medesimo trattamento sanzionatorio, all'interno del quale si differenzia a seconda che il fatto sia compiuto nei confronti di persona minore di età o maggiorenne oppure che la vittima si trovi in una delle condizioni particolari prima esaminate.

Nel caso in cui il reato sia commesso in danno di una persona maggiore di età, la pena sarà quella detentiva pari a 3, 6 o otto anni²¹⁶. È prevista, in aggiunta, anche una pena pecuniaria di 70 dollari, discrezionalmente irrogabile dal giudice sulla base delle condizioni economiche del condannato. Oltre al trattamento sanzionatorio aggravato previsto per il caso in cui il reato sia commesso nei confronti di vittima minorenni, comune a tutte le fattispecie esaminate è l'aggravante per il caso in cui esso sia commesso da più soggetti in concorso. A differenza del nostro ordinamento non è prevista una specifica ipotesi di violenza sessuale di gruppo, ma per ogni fattispecie la pluralità di persone costituisce un'aggravante²¹⁷. Affinché si applichi la disciplina del concorso è sufficiente che l'atto sia compiuto da più persone; ognuna delle quali sarà punita a titolo aggravato a prescindere dal fatto che abbia personalmente commesso l'atto sessuale o abbia contribuito al suo verificarsi senza porlo materialmente in essere (in tal caso il soggetto sarà punito poiché autore della condotta definita “*aiding or abetting*”). Il contributo offerto dal concorrente può essere di tipo materiale o di tipo morale²¹⁸: ad esempio ricorre il reato in esame quando solo un imputato si trovi con la

²¹⁶ Ai sensi della sez. 264 (a) del codice penale della California, in relazione al reato di stupro.

²¹⁷ Sez 264.1 Cal. Penal code per il reato di stupro: “(a) *The provisions of Section 264 notwithstanding, in any case in which the defendant, voluntarily acting in concert with another person, by force or violence and against the will of the victim, committed an act described in Section 261, 262, or 289, either personally or by aiding and abetting the other person, that fact shall be charged in the indictment or information and if found to be true by the jury, upon a jury trial, or if found to be true by the court, upon a court trial, or if admitted by the defendant, the defendant shall suffer confinement in the state prison for five, seven, or nine years.*

(b) (1) *If the victim of an offense described in subdivision (a) is a child who is under 14 years of age, the defendant shall be punished by imprisonment in the state prison for 10, 12, or 14 years.*

(2) *If the victim of an offense described in subdivision (a) is a minor who is 14 years of age or older, the defendant shall be punished by imprisonment in the state prison for 7, 9, or 11 years.*

(3) *This subdivision does not preclude prosecution under Section 269, Section 288.7, or any other provision of law.*”

²¹⁸ Sez. 264.1 (a) Cal. Penal code: “[...] *voluntarily acting in concert with another person, by force or violence and against the will of the victim, committed an act described in Section 261, 262, or 289, either personally or by aiding and abetting the other person [...]*”.

vittima nel luogo in cui avviene lo stupro, mentre gli altri correi siano altrove, benché complici²¹⁹. La pena prevista per questi casi, rispetto alla pena base, è innalzata a 5, 7 o 9 anni. Quanto alle modalità della condotta, l'ipotesi in esame richiede, come per la fattispecie base, che ricorrano i requisiti di forza e violenza, mentre non si ritiene sia realizzabile nella forma dell'intimidazione (quindi con il ricorso a “*duress, menace, fear*”). Interrogata sul punto la giurisprudenza, ha infine affermato che la forza necessaria ai fini della commissione del reato non è tuttavia maggiore da quella richiesta per l'ipotesi di reato base.

L'elemento soggettivo del reato deve sussistere in capo ad ogni concorrente e deve inerire, oltre alla condotta commessa da ogni singolo concorrente personalmente, anche alla circostanza di agire in concorso con altri. Qualora invece l'imputato sia processato quale aiutante o istigatore (*aider and abettor*) è richiesto un intento specifico in tal senso²²⁰.

Sempre in relazione al trattamento sanzionatorio, questione dibattuta concerne la scelta di intendere configurato un singolo reato o più reati separati nel caso in cui il soggetto attivo integri più volte, nel medesimo contesto spazio-temporale, la condotta criminosa (più penetrazioni successive una all'altra). La giurisprudenza ha specificato che deve sempre parlarsi di unico reato qualora l'autore realizzi un unico evento criminoso, anche qualora ricorrano nel caso concreto due o più requisiti richiesti dalla norma incriminatrice cumulativamente (qualora ad esempio con forza o inganno si compia un atto sessuale a danno di una persona incapace di prestare idoneo consenso o non consenziente); deve d'altro lato ritenersi che siano integrati reati separati, ognuno di per sé perfetto, qualora dall'autore vengano posti in essere atti penetrativi distinti. In tal caso ognuno di essi sarà autonomamente idoneo a integrare un singolo reato²²¹.

²¹⁹ *Peolpe v. Champion* (1995) 9 C. 4th 879. Nel caso di specie mentre un soggetto violentava la ragazza in bagno, gli altri avevano preso in ostaggio i familiari tenendoli bloccati in salotto.

²²⁰ *People v. Keovilayphone* (2005) 132 C.A. 4th 491.

²²¹ In *People v. Brown* (1994) 28 C.A.4th 591 si legge che: “*in course of single incident defendant's penis kept slipping out of victim's vagina and he reinserted it eight or nine times; trial court properly imposed consecutive sentences on defendant for eight counts of forcible rape*”.

3. La tutela offerta dalle singole fattispecie incriminatrici

3.1 I reati di “*rape of spouse*” e “*rape of non spouse*”

Norma centrale del sistema di contrasto alle aggressioni sessuali è, come anticipato, quella di cui alla sezione 261, rubricata “*rape*”, che qualifica il reato di stupro commesso nei confronti di una donna che non sia la moglie dell’aggressore²²². Primo profilo di importanza rilevante, che emerge immediatamente dalla lettura della disposizione, è che il legislatore utilizza il termine “*spouse*”, sostantivo femminile, per indicare il soggetto passivo del reato. Tradizionalmente infatti, la vittima del reato di stupro poteva essere solo una donna. Perché sia integrato il reato di stupro è necessario che vi sia la penetrazione dell’organo sessuale maschile nell’organo sessuale femminile. Molti Stati hanno creato una diversa figura, definita “*homosexual rape*”, distinta dalla figura di stupro classica e riconducibile alla generica categoria dei “*sexual assaults*”. Alcuni Stati hanno anche utilizzato termini definitivi neutrali (così il termine “*person*”), lasciando intendere che anche una donna possa essere soggetto attivo del reato e, soprattutto, che un uomo possa esserne vittima. Avendo riguardo al sistema penale californiano, preso atto della costruzione della fattispecie in esame, dell’esistenza di altre fattispecie appositamente formulate per connotare altre modalità di offesa, e alla luce della giurisprudenza assolutamente maggioritaria, quasi uniforme, in materia, può dirsi che il reato di cui alla sezione 261 è l’atto sessuale, penetrativo, dell’organo sessuale maschile nell’organo sessuale femminile, commesso a danno di una donna con cui l’autore del reato non abbia un vincolo matrimoniale, essendo riservata alla sezione 262 la fattispecie di stupro commesso ai danni di persona sposata. La caratteristica essenziale di tale crimine risiede nel fatto di essere commesso ai danni della persona e, in particolare, della sua interiorità²²³. Analogamente a quanto previsto nel codice penale italiano, lo stupro non comporta solamente un’offesa alla fisicità della persona, dunque una violazione della sua integrità fisica, ma consiste anche in una violazione della sua libertà

²²² Si ricordi che la disciplina di cui alle sezioni 261 e 262 disciplina il caso in cui la vittima sia adulta, applicandosi per i minori di 18 anni l’apposita fattispecie rubricata “*unlawful intercourse with a minor*” di cui alla sezione 261.5 *Cal. Penal code*.

²²³ Sez. 263 *Cal. Penal code*: “*The essential guilt of rape consists in the outrage to the person and feelings of the victim of the rape. Any sexual penetration, however slight, is sufficient to complete the crime.*”

personale, nello specifico della sua libertà sessuale. Vale la pena soffermarsi su alcuni snodi affrontanti dalla giurisprudenza proprio in relazione a tale aspetto. In particolare, questione inizialmente controversa e poi chiarita univocamente dalle pronunce successive, riguarda la necessità che la vittima sia viva al momento della penetrazione, altrimenti non sarebbe ravvisabile un oltraggio alla sua libertà morale.

224

Pronunce hanno voluto chiarire, inoltre, che, a prescindere dal fatto che nella sezione 263 si espliciti che l'“*essential guilt*” dell'autore del reato è di oltraggiare la libertà sessuale della vittima (“*in the outrage to the person and feelings of the victim*”), ciò non vuol dire che la vittima debba essere casta²²⁵, ossia vergine.

La disciplina dettata dalla sezione 261 per lo stupro commesso nei confronti di donna non sposata è del tutto sovrapponibile a quella dettata dalla sezione 262 nei confronti di donna sposata con l'autore del reato. La scelta, dunque, di dedicare a tale fattispecie un'apposita sezione è dettata dall'esigenza di affermare che lo stupro, anche qualora commesso ai danni della moglie, integra comunque un reato al pari di quello commesso ai danni di una persona con cui non si è contratto vincolo matrimoniale. Tale esigenza è mossa dal fatto che, sino al 1979, non era incriminata la condotta del marito che commettesse violenza sessuale ai danni della moglie²²⁶ (l'unica figura di reato applicabile era quella che incriminava la condotta del marito che aiutasse o cooperasse nella condotta di una terza persona che compisse violenza sessuale nei confronti della moglie²²⁷).

Norma di chiusura della disciplina prevista in caso di *rape*, nonché di particolare interesse, è quella di cui alla sezione 263.1²²⁸ che prevede che tutte le forme di “*non consensual sexual assault*” possono qualificarsi come “*rape*” qualora, in relazione alla gravità della condotta posta in essere (gravità valutabile ad esempio in base alle modalità in cui la condotta viene compiuta) il giudice ne ravvisi la necessità.

²²⁴ *Peolpe v. Stanworth* (1974) 11 C.3d 588; *Peple v Kelly* (1992) 1 C.4th 495; *People v. Carpenter* (1997) 15 C. 4th 312.

²²⁵ *People v. Hartman* (1894) 103 C.242.

²²⁶ 88 Cal. L. Rev. 1375 [*Legal History of marital rape*]; 54 Hastings L.J. 1465 [*Marital immunity for sex offenses*]; 11 Pacific L.J. 409 [*spousal rape*].

²²⁷ *In re Kantrowitz* (1914) 24 C.A. 203.

²²⁸ Sez. 263.1 Cal. Penal code: “*The Legislature finds and declares that all forms of nonconsensual sexual assault may be considered rape for purposes of the gravity of the offense and the support of survivors.*”

3.2 I reati sessuali minori

L'ordinamento penale californiano considera poi ulteriori fattispecie, per così dire, minori, che incriminano altre condotte lesive della libertà sessuale del soggetto passivo, in cui non si verifica la penetrazione vaginale (intesa come forma classica di stupro).

Alla sezione 286 del codice penale della California è previsto il reato di sodomia. Originariamente tale reato era definito come crimine infamante contro la natura (*“the infamous crime against nature”*) e mirava a reprimere sia l'atto di penetrazione anale commesso da un uomo nei confronti di un altro uomo (o donna)²²⁹, sia quello di penetrazione anale o vaginale commesso su un animale²³⁰. Nel 1975 il testo della disposizione fu riscritto interamente e fu abrogata la locuzione *“infamous crime against nature”*, non comprendendo più tale reato la condotta commessa nei confronti di animali.

Il reato di sodomia incrimina la condotta consistente nel contatto tra il pene dell'autore del reato e l'ano della vittima (sia che questa sia uomo, donna o bambino). La disciplina è analoga a quella prevista per il reato di stupro, cui si rinvia.

Ulteriore fattispecie prevista dal codice è quella di cui alla sezione 288a(a), che incrimina il reato di sesso orale (penetrazione con organo sessuale nella bocca dell'altrui persona). La disciplina prevista per tale reato fu interamente riscritta nel 1975 e fu sostanzialmente modificata nuovamente nel 1985 e nel 1986.

La giurisprudenza si è interrogata sulla possibilità che il reato sia integrato qualora non intervenga la penetrazione: la conclusione cui si è approdati, e ora generalmente condivisa, è che il reato è commesso quando via sia un qualsiasi tipo di contratto tra la bocca di una persona e l'organo sessuale dell'altra, non essendo necessaria la penetrazione²³¹.

La sezione 289 disciplina il reato di *sexual penetration*. Come visto, il reato di stupro di cui alle sezioni 261 e 262 ricomprende solo il caso in cui l'organo sessuale maschile

²²⁹ A differenza dell'ipotesi prevista dalla sez. 261 *Cal. Penal code*, qua non c'è un riferimento al genere del soggetto passivo, essendo utilizzato un termine neutro.

²³⁰ *People v. Battilana* (1942) 52 C.A. 2d 685 (per l'accezione originaria del termine, nel caso di reato commesso nei confronti di un uomo); *People v. Smith* (1953) 117 C.A. 2d 698 (condotta commessa nei confronti di un animale).

²³¹ *People v. Dement* (2011) 53 C. 4th 1.

penetri quello femminile. La fattispecie di cui alla sezione 289 descrive invece il caso in cui la penetrazione (anale o vaginale) avvenga per opera di oggetti estranei o di qualsiasi altra parte del corpo che non sia l'organo sessuale²³². La locuzione adottata nel testo della disposizione è la seguente “*foreign object, substance, instrument or device, on by unknown obkject*”. In realtà l'espressione *object rape* pare inappropriata in quanto la locuzione “*foreign object, substance, instrument or device*” comprende qualsiasi parte del corpo ad eccezione dell'organo sessuale. La locuzione oggetto sconosciuto (*foreign object*) include i casi in cui la penetrazione sia avvenuta con l'organo sessuale maschile senza che la vittima ne sia consapevole.

3.3 Il reato di “*sexual battery*”

Sensibilmente differente è la disciplina prevista dal legislatore californiano per il caso in cui non si verifichi penetrazione alcuna ma si ravvisino gli estremi di quello che potrebbe essere definito un atto di molestia sessuale. La disciplina in questione è inserita nel titolo VIII dedicato ai reati contro la persona, in particolare, trova collocazione nel capitolo IX del titolo in questione rubricato “*assault and battery*”. È frequente nella prassi un ricorso indifferenziato ai concetti di *assault* e *battery* che invece, nella mente del legislatore, sono nettamente distinti. Nello specifico il reato di *assault* punisce il tentativo di commettere violenza su un'altra persona. Ciò che è richiesto perché possa dirsi integrato il reato è il tentativo di realizzare un'aggressione violenta su un'altra persona, che poi non si realizzi²³³. Dall'altro lato il reato di *battery* punisce l'utilizzo vero e proprio della forza o della violenza su un'altra persona. Sostanzialmente può dirsi che con il reato di *battery* il legislatore punisce il reato consumato mentre con il reato di *assault* il tentativo. Secondo la giurisprudenza la scelta di creare una fattispecie *ad hoc* per incriminare uno stadio antecedente alla consumazione dell'offesa che integra il reato di *battery* si giustifica nel fatto che con il reato di *assault* si punisce un qualcosa che è meno del reato consumato ma più del

²³² Sez. 289 (k)1 Cal. Penal code: “*Sexual penetration*” is the act of causing the penetration, however slight, of the genital or anal opening of any person or causing another person to so penetrate the defendant's or another person's genital or anal opening for the purpose of sexual arousal, gratification, or abuse by any foreign object, substance, instrument, or device, or by any unknown object.”.

²³³ *People v. Parson* (2008) 44. C4 th 332 “*assault requires unlawful attempt to apply physical force with present ability to do so*”.

reato tentato, è quindi punito un grado ulteriore rispetto a quello richiesto per il tentativo²³⁴.

È in ogni caso chiaro che ogni condotta punita come *battery* sia comprensiva di tutti gli elementi costitutivi di un *assault*, ma non viceversa.

Le fattispecie di *assault* e *battery* assumono connotazioni differenti, legislativamente tipizzate, a seconda che siano poste in essere in circostanze specifiche e contro determinati soggetti. A seconda delle differenziazioni esistenti il reato integra talvolta un *felony* e talaltra un *misdemeanor*.

La ragione per cui il reato di *sexual battery* sia inserita nel capitolo comprendente il reato di *assault*, propriamente volto a punire la condotta di chi offende – con una condotta violenta – l'integrità fisica altrui²³⁵, è frutto della scelta di dare maggior rilevanza al fatto che qui sia posta in essere una lesione dell'integrità fisica, piuttosto che della libertà sessuale autonomamente considerata. La previsione del reato di *sexual battery* è, sostanzialmente, una forma di manifestazione del reato di “*assault*” di cui condivide la disciplina.

Sul piano sistematico il reato di *sexual battery* rientra nella più ampia categoria del reato di *battery*, di cui è una specificazione.

Elementi costitutivi della fattispecie di *battery* sono l'uso della forza e della violenza. La giurisprudenza è approdata ad una lettura estensiva della fattispecie prevedendo che anche il mero tocco (“*the last touching*”) può integrare il reato. In altre parole, la forza contro l'altra persona è sufficiente, non essendo richiesto che sia violenta o che causi un dolore o lasci un segno intangibile²³⁶. In ogni caso, requisito fondamentale perché sia integrato il reato di *battery* è l'esistenza di un contatto *corpore corpori* e la giurisprudenza, per quanto di nostro interesse, esprimendosi con riferimento al rapporto tra il reato di *battery* e il tentativo di stupro, ha sottolineato che

²³⁴ *Peolpe v. Colantuono* (1994) 7C.4th 206 “an act done toward the commission of the battery must precede the battery immediately, while an act constituting an attempt to commit an offense may be more remote”; *People v. Raviant* (2001)93 C.A. 4th 258 “the next movement would, at least to all appearance, complete the battery.”

²³⁵ Sez. 240 *Cal. Penal code*: “An assault is an unlawful attempt, coupled with a present ability, to commit a violent injury on the person of another”.

²³⁶ *People v. Bradbury* (1907) 151 c.675 “bodily harm is not required; violent injurt includes a wrongfultact done by means of physical force against another even though only feelings of victim are injured”.

non ogni tentativo di stupro può integrare il reato di *battery* potendo essere commesso anche senza che vi sia un contatto con la vittima²³⁷.

Quanto all'elemento soggettivo del reato di *battery*, la giurisprudenza nega rilevanza alla semplice colpa dell'agente, richiedendo che vi sia la piena consapevolezza e l'intento specifico di porre in essere fatti che per loro natura siano manifestazione di una forza fisica. È quindi richiesto il dolo generico e non anche la finalità di offendere, che si limita alla consapevolezza di compiere un atto violento.

Le forme base di *assault* e *battery* sono definite “*simple assault or battery*” e sono punite come *misdemeanor* con la multa non superiore a 2.000 dollari (1000 in caso di *assault*) o la detenzione per non più di sei mesi. Per quanto di nostro interesse va rilevato che il reato di *assault* non contiene un'esplicita previsione denominata *sexual assault* che ricorrerebbe qualora vi fosse un'aggressione sessuale. È importante però considerare che l'ordinamento prevede una disciplina specifica quanto tale fattispecie di reato sia commessa con l'intento di porre in essere un reato sessuale. Ovviamente, perché ricorra tale fattispecie è necessario accertare lo “*specific intent*” (dolo specifico) di commettere i reati predetti, comunemente provato da un'attenta valutazione delle circostanze²³⁸.

Quanto al reato di *battery*, è invece prevista un'ipotesi specifica denominata *sexual battery*, che punisce la condotta di chi tocca una parte intima di una persona contro il volere della stessa con l'obiettivo di trarne piacere o gratificazione. È questa la fattispecie che va fatta rientrare tra i reati sessuali, assieme a quelli esaminati precedentemente, che richiedono, però, il compimento di atti penetrativi. Il fatto è punito come *misdemeanor*. Nella descrizione della condotta punibile non è richiesto il tocco diretto con la pelle nuda²³⁹. La norma prende in considerazione, tra le ipotesi di *sexual battery*, quella di *sexual abuse*, esplicitamente descritta come “*touching a woman breast without her consent to insult, humiliate or intimidate her*”²⁴⁰. Quanto al requisito negativo, perché sia integrata la fattispecie, è richiesto che non vi sia il consenso del soggetto passivo. A differenza della disciplina presentata per

²³⁷ *People v. Marshall* (1997) 15 C 4th 1 “*battery is not lesser included offense of attempted rape; attempted rape can be committed without touching victim*”.

²³⁸ *People v. Moore* (1909) 159 C. 237.

²³⁹ *People v. Dayan* (1995) 34 C.A. 4th 707 “*no contact with the victim's skin is required*”.

²⁴⁰ *In Re Shannon* (2006) 144 C.A. 4th 618.

il reato di stupro e gli altri precedentemente analizzati non è prevista una sorta di presunzione di assenza di consenso, qualora la persona si trovi in determinate situazioni soggettive quali uno stato di intossicazione da alcolici o sostanze stupefacenti o uno stato di disabilità. Bisogna in ogni caso ritenere che, anche di fronte a comportamenti idonei a integrare il reato di *sexual battery*, la vittima debba consentire e quindi la disciplina applicabile è la stessa prevista dalle sezioni 261 e seguenti del codice penale.

CAPITOLO III

LE VIOLENZE SESSUALI NEI CAMPUS UNIVERSITARI

SOMMARIO: 1. La rilevanza del fenomeno – 1.1 Lo studio del C.S.A. – 1.2 *Special Report of U.S. Department of Justice* – 2. La legislazione di contrasto al fenomeno delle violenze sessuali nei Campus universitari. – 2.1 Il *Title IX of the Education Amendments* (1972). – 2.2 Il *Clery Act* (1990). – 2.3 La legislazione dello Stato della California: il nuovo standard del c.d. *affirmative consent*. - 3. Dai campus universitari ai luoghi di lavoro: il fenomeno del *sexual harassment at work*.

1. La rilevanza del fenomeno

Per evidenziare la rilevanza del fenomeno è importante fare riferimento a due importanti studi condotti recentemente: quello del *Bureau of Justice Statistics* (*National Crime Victimization Survey*), relativo allo stupro e ai reati sessuali in genere commessi nei confronti di ragazze in età liceale e universitaria dal 1995 al 2013 e il *Campus Sexual Assault Study* (C.S.A.), riportante i vari tipi di aggressioni sessuali subiti da studentesse all'interno dei campus dal 2005 al 2007²⁴¹.

Si premette sin da subito che la ragione per cui l'indagine del CSA presenti percentuali più elevate rispetto a quella condotta dal N.C.V.S.²⁴² risiede nel fatto che si tratti di un sondaggio sulla tutela della salute pubblica e non sulle sole condotte penalmente rilevanti. Come tale, essa tutti i contatti sessuali indesiderati che possono anche non condurre a un comportamento criminale.

1.1 Lo studio del C.S.A.

Obiettivo dello studio era quello di analizzare la natura e la tipologia delle varie aggressioni sessuali commesse nei confronti di studenti universitari per poter sviluppare mirate strategie preventive. L'indagine è stata condotta nel 2006 su due grandi Università pubbliche, una collocata nel South e una nel Midwest. I dati si riferiscono a un sondaggio anonimo effettuato su 6.800 studenti (5466 donne e 1375

²⁴¹ C. P. KREBS - C. H. LINDQUIST - T. D. WARNER - B. S. FISHER - S. L. MARTIN, *The Campus Sexual Assault (CSA) Study*, dicembre 2007.

²⁴² Il NCVS è un'indagine annuale condotta dallo *U.S. Census Bureau for the Bureau of Justice Statistics* (B.J.S.), si svolge come intervista avente ad oggetto domande relative alla tipologia e al numero di vittimizzazioni subite nei 6 mesi precedenti. Il N.C.V.S. colleziona informazioni sui crimini non mortali e sui crimini contro la proprietà.

uomini²⁴³). È emerso che il 13,7% delle ragazze è stata vittima di almeno un reato sessuale dal momento dell'ingresso al college: nello specifico nel 4,7% dei casi l'aggressore ha usato la forza, nel 7,8% dei casi ha approfittato del fatto che la vittima fosse sotto effetto di alcool e stupefacenti, nello 0,6% dei casi ha preordinatamente fatto assumere alla vittima sostanze stupefacenti per poi approfittare dello stato di intossicazione. I risultati dell'indagine sono stati canalizzati su queste tre linee direttrici: è stata fatta una classificazione sulla base delle differenti tipologie di aggressioni sessuali commesse, sono stati identificati i fattori di rischio legati ad ognuna di esse e sono state poste in evidenza il contesto in cui sono state realizzate e le conseguenze che ne sono derivate. Al fine di meglio delineare la conformazione del campione, va detto che la maggioranza (66.9%) delle studentesse che hanno partecipato al sondaggio erano bianche, il 16.2% nere e il restante 14% di origini asiatiche. La maggioranza delle studentesse (63%) aveva tra i 18 e i 20 anni. Quanto ai risultati dell'indagine si è registrato che su 5466 donne, il 28.5% ha dichiarato di aver subito un reato sessuale nella forma compiuta o tentata prima del momento della frequenza al college. Nello specifico il 15.9% dichiara di averlo subito prima di iniziare il college: il 10.1% nella forma tentata, l'11,3% nella forma compiuta. Il 5.5% delle donne hanno subito sia la forma tentata che quella compiuta.

Quanto alle tipologie di reati sessuali subiti nella forma compiuta, il 6.4 % delle vittime è stata abusata con l'utilizzo della forza da parte dell'aggressore, nel 7% dei casi l'aggressore ha invece approfittato della condizione di incapacità della vittima. Il 2,1% delle donne in età pre-universitaria ha subito una violenza sessuale di entrambi i tipi. Dal momento dell'ingresso nei collegi, il 19% delle ragazze hanno dichiarato di aver subito abusi nella forma compiuta o tentata (nello specifico il 12,6% nella forma tentata e il 13.7% nella forma compiuta). Il 4,7% delle vittime ha subito reati sessuali perpetrati con l'utilizzo della forza da parte dell'aggressore, l'11,1% è stata abusata trovandosi in condizioni di incapacità. Andando a vedere le specifiche fattispecie di reati sessuali posti in essere emerge che, quanto ai reati commessi con la forza, in 75 casi (1.4%) si trattava di *sexual battery* e in 181 casi (3.4%) di veri e propri stupri; avendo riguardo a quelli posti in essere approfittando dello stato di incapacità della

²⁴³ Essendo la componente maschile così minoritaria, nell'elaborazione dei dati non si è tenuto conto di quelli riguardanti il campione maschile.

vittima nel 2.6% dei casi si trattava di *sexual battery* (144 casi) e nell'8.5% dei casi di stupro (507 casi).

1.2 *Special report of U.S. Department of justice*

L'indagine svolta dall'*U.S. Department of justice*, relativa al periodo 1995 – 2013, mira a valutare l'incidenza del fenomeno dello stupro e dei reati sessuali su vittime dai 18 ai 24 anni. Il campione è rappresentativo sia della componente maschile che femminile, anche se la percentuale di uomini è nettamente inferiore attestandosi al 17% contro l'83%.

Dai dati emerge che il tasso di stupro e reati sessuali che si verificano in danno delle ragazze dai 12 ai 24 anni è superiore rispetto ai reati sessuali e agli stupri commessi su gruppi di età differenti. Nel 2013 il tasso di vittimizzazione si aggirava intorno al 4,3 per 1000 per le studentesse, mentre il tasso per le ragazze in età non universitaria (dai 12 ai 17 anni e dopo i 25 anni) è pari al 1,4 per 1000. Analizzando il tasso registrato per il reato di stupro e i reati sessuali tra le ragazze tra i 18 e i 25 anni, bisogna dar conto del fatto che esso sia 1,2 volte maggiore in caso di vittime non studentesse (7,6 per 1000) rispetto al caso di vittime studentesse (6, 1 per 1000).

Gli stupri e le aggressioni sessuali denunciate dagli studenti é pari al 20%, mentre, in generale, la denuncia per gli stessi reati effettuata da vittime non studenti tra i 18 e i 25 anni è pari al 32%.

Sia in caso di studentesse che di non studentesse, l'aggressore è un soggetto conosciuto dalla vittima nell'80% dei casi e in un caso su 10 si è servito di un'arma. Quanto al tasso di sommerso del reato, si registra un'altissima percentuale di non denunciato tra le studentesse (80%) e una percentuale inferiore tra le non studentesse (67%). Circa un quarto tra le studentesse (26%) e le non studentesse (23%) che non hanno denunciato alla polizia, hanno giustificato la mancata denuncia ritenendo che il reato fosse un problema personale e in un caso su 5 (20%) affermando di aver paura di una ritorsione.

L'indagine si sofferma poi sulle tipologie di stupro e di reati sessuali commessi dal 1995 al 2013 suddividendo in base alla tipologia di vittima: la percentuale di stupri compiuti nei confronti di vittime studentesse è pari al 33%, mentre quelli compiuti nei confronti di vittime non studentesse è pari al 40 %; quanto agli stupri tentati la

percentuale è pari al 25% per le prime e al 24% per le seconde; la percentuale relativa agli altri reati sessuali è pari al 31% di nuovo per le prime e al 28% per le seconde; quella consistente nella sola minaccia a commettere un reato sessuale è pari all'11% nei confronti di vittime studentesse e all'8% nei confronti di vittime non studentesse. Interessante confrontare anche la percentuale di altri crimini violenti commessi in danno di studentesse dello stesso campione per comprendere quanto i reati sessuali siano percentualmente rilevanti. Il numero di stupri e reati sessuali, in particolare, è minore rispetto alle semplici aggressioni (*simple assault*), ma maggiore rispetto al reato di rapina (i crimini violenti registrati ammontano al 46,3 per 1000, di cui 28,5 per 1000 sono *simple assaults*, 8,3 per 1000 sono *aggravated assaults*, 6,1 per 1000 sono stupro e reati sessuali, 3,3 per 1000 sono rapina).

2. La legislazione di contrasto al fenomeno delle violenze sessuali nei Campus universitari

Seguendo l'impostazione adottata per i reati sessuali in generale, è anche qui doveroso fare riferimento allo schema legislativo federale per poi dar conto delle novità introdotte dallo Stato della California.

Come si è visto, la legge federale non detta una disciplina specifica per tutti i settori di intervento delle legislazioni nazionali ma regola solo quelli in cui la necessità di un'uniformità legislativa tra i vari Stati si mostra necessaria. Quanto all'ambito delle molestie sessuali nei campus universitari, la legge federale non affronta il tema da una prospettiva penalistica, ma lo disciplina attraverso due atti confluiti nel titolo 20 del U.S. Code: il titolo IX dell'*Education amendments act*²⁴⁴ del 1972 e il *Clery Act* del 1990.

2.1 Il Title IX of the Education Amendments Act (1972)

La sezione 1681 del Titolo IX dell'*Education Amendments Act*, affermando il divieto di discriminazione basata sul sesso negli istituti di formazione che ricevono aiuti finanziari dallo Stato, prevede come regola generale che “nessuno negli Stati

²⁴⁴ *Public Law No. 92-318*, 86 Stat 235, approvata dal legislatore statunitense il 23 giugno 1972 ed inserita nell'U.S.C. al titolo 20 (*Education*), capitolo 38, paragrafi 1681 ss.

Uniti dovrebbe, sulla base del sesso, essere escluso dalla partecipazione, vedersi negati i benefici o essere soggetto a discriminazione sotto qualsiasi programma di educazione o attività che riceve assistenza finanziaria federale”²⁴⁵. Il nesso tra il fenomeno delle violenze sessuali e la violazione di quella disposizione risiede nel fatto che le aggressioni sessuali, in determinati casi possono determinare una discriminazione basata sul sesso: si pensi ai casi in cui le aggressioni sessuali nei campus universitari creino un ambiente ostile per le vittime e interferiscano con il loro diritto degli studenti di ricevere un’educazione libera da discriminazioni, indipendentemente dal fatto che costituiscano reato.

Atto attuativo di fondamentale importanza del titolo IX è la “*Revised sexual harassment guidance: harassment of students by school employees, other students or third parties*”²⁴⁶ del 2001²⁴⁷, poi integrata dalla “*Dear colleague letter*”²⁴⁸ di Russlyn Ali, assistente segretario per i diritti civili, del 4 aprile 2011²⁴⁹. Ciò che questi due testi regolamentano è quello che le scuole e le Università devono fare, sul piano pratico, per prevenire, arginare e fronteggiare gli episodi di *sexual harrassment* che determinino una violazione del titolo IX. La c.d. *Revised guidance*, realizzata nel 1997 e poi rielaborata nel 2001, provvede a delineare i criteri direttivi che gli istituti scolastici dovrebbero adottare per riconoscere ed opportunamente fronteggiare le aggressioni sessuali, al fine di ricevere contributi finanziari statali.

²⁴⁵ Sez. 1681 Sex: “*prohibition against discrimination: no person in the united states shall, on the basis of sex, be excluded from participation in, be denied the benefits of, or be subjected to discrimination under any education program or activity receiving federal financial assistance*”.

²⁴⁶ U.S. DEPARTMENT OF EDUCATION OFFICE FOR CIVIL RIGHTS, *Revised sexual harassment guidance: harassment of students by school employees, other students, or third parties-title IX*, gennaio 2001.

²⁴⁷ La “*Revised sexual harassment guidance: harassment of students by school employees, other students or third parties*” ha sostituito la precedente “*Sexual Harassment Guidance: Harassment of Students by School Employees, Other Students, or Third Parties*” del 1997.

²⁴⁸ UNITED STATES DEPARTMENT OF EDUCATION OFFICE FOR CIVIL RIGHTS-THE ASSISTANT SECRETARY, *Dear Colleague Letter*, 4 aprile 2011.

²⁴⁹ Ove, in apertura, si ribadisce che le aggressioni sessuali nei campus sono manifestazione di una discriminazione basata sul sesso e che il termine “*sexual harassment*” deve intendersi idoneo a ricomprendere qualsiasi condotta sessuale non voluta, a prescindere dal suo grado di gravità (*Sexual harassment is unwelcome conduct of a sexual nature. It includes unwelcome sexual advances, requests for sexual favors, and other verbal, nonverbal, or physical conduct of a sexual nature*). In esse vi rientrano, dunque, certamente tutte le fattispecie qualificate come “*rape*”, “*sexual assault*”, “*sexual battery*”, e “*sexual coercion*” dagli ordinamenti penalistici, ma anche quei comportamenti che non rivestono una tale qualificazione.

Ai fini definitori la Guida precisa che con la locuzione *sexual harrasment* debbano intendersi “*unwelcome conduct of a sexual nature. Sexual harassment can include unwelcome sexual advances, requests for sexual favors, and other verbal, nonverbal, or physical conduct of a sexual nature*”.

Quanto all’ambito di applicazione si evidenzia che la disciplina è tesa a proteggere gli studenti in relazione a tutti gli aspetti della vita scolastica, dunque anche in attività extra curriculari e sportive organizzate dagli istituti anche all’esterno del campus, e, quindi, anche se esse si verificano in luoghi differenti dal campus ma strettamente connessi ad esso o alla vita scolastica (scuolabus, campi estivi, uscite sportive etc.). In relazione al profilo soggettivo, soggetto attivo della condotta può essere uno studente, un dipendente dell’istituto scolastico o un soggetto terzo (*visiting student* o *professor*); soggetto passivo può essere qualsiasi studente, di qualsiasi sesso e orientamento sessuale.

Al fine di ricevere i fondi statali, le Università devono innanzitutto firmare un accordo avente come contenuto una lista di impegni che l’Università si assumono con l’obiettivo di assicurare che a nessuno studente sia negata o limitata la possibilità di partecipare o di beneficiare di attività scolastiche per ragioni basate sul sesso. L’accordo prevede anche che, qualora vi sia una discriminazione basata sul sesso, l’istituto scolastico debba fare il possibile per eliminarla. Con la firma dell’accordo si acconsente anche all’adozione di procedure di reclamo per consentire una pronta ed adeguata denuncia del fenomeno. A tal fine deve essere una persona addetta a raccogliere le denunce e a coordinare le attività investigative che seguono.

Nell’individuare se si sia in presenza di una condotta di *sexual harassment*, vi sono due questioni da considerare: la prima è se la condotta, rientrando tra quelle sopra elencate e a prescindere da quale essa sia, raggiunga un livello tale da negare o limitare la possibilità dello studente di partecipare ad attività scolastiche o progetti educativi; se questo avviene, la seconda questione concerne il tipo di responsabilità da addossare all’istituto scolastico nel caso concreto.

Quanto alla prima questione, la valutazione in merito alla soglia raggiunta dal comportamento in questione è condotta sulla base di tipizzati indici (*factors to determine if a hostile environment has been created*) che fanno riferimento alla serietà della condotta posta in essere. Ai fini di stabilire se una condotta rivesta i caratteri della

serietà devono tenersi in considerazione: il grado di peggioramento del rendimento della vittima nell'ambiente scolastico o sportivo ad esso annesso; il tipo, la frequenza e la durata della condotta²⁵⁰ (si ritiene che più una condotta è grave, meno è necessario che sia compiuta con una frequenza rilevante²⁵¹); la tipologia della relazione intercorrente tra l'aggressore e la vittima (una condotta commessa da un professore ai danni di uno studente è tendenzialmente più idonea a determinare un ambiente discriminatorio, rispetto a una condotta commessa da uno studente ai danni di un altro studente); il numero di soggetti coinvolti; l'età e il sesso dell'aggressore e della vittima; le dimensioni della scuola, il luogo e il contesto in cui si è verificato l'episodio (una condotta molesta verificatasi su uno scuolabus può essere più intimidatoria di una simile posta in essere nel cortile della scuola, in quanto l'area riservata rende impossibile evitarla); il concorso con altre condotte simili poste in essere sempre nell'ambiente scolastico; l'esistenza nell'ambiente scolastico di discriminazioni basate sul genere, anche se non di tipo sessuale.

La Guida specifica poi che una condotta, per essere costitutiva di un *sexual harassment*, debba essere “welcomness” (non voluta da chi la subisce). Si specifica a tal proposito che il comportamento di acquiescenza e la non denuncia non sono sempre sinonimi del fatto che la parte abbia voluto la condotta posta in essere a suo danno; come, allo stesso modo, la semplice accettazione del comportamento non significa necessariamente che esso sia stato realmente voluto; né una singola accettazione può essere sostitutiva di accettazioni future. Dunque, l'accertamento della “welcomeness” richiede un'indagine complessa, da realizzarsi caso per caso, alla luce di tutte le circostanze esistenti. I fattori cui si dà rilevanza per compiere questa indagine sono legati essenzialmente alla natura della relazione intercorrente tra le parti coinvolte e all'effettiva capacità dello studente di autodeterminarsi. Qualora, a seguito di un'analisi dettagliata di tutte le circostanze, residuino dubbi, è consentito fare ricorso a testimonianze di soggetti che hanno assistito all'episodio, valutare l'intrinseca

²⁵⁰ Ad esempio, se una studentessa viene derisa da uno o più studenti in relazione al suo seno o alle sue parti intime, l'OCR potrebbe correttamente ritenere che un ambiente ostile è stato creato, in particolare se la condotta è andata avanti per qualche tempo, o se si svolge in tutta la scuola, o se la derisione è posta in essere da più studenti insieme.

²⁵¹ Ad esempio, la condotta di colui che tenta di afferrare una studentessa per i seni o di toccarle la zona genitale o i glutei, non deve essere come persistente per creare un ambiente ostile.

credibilità delle dichiarazioni della presunta vittima e del presunto aggressore, e dare rilevanza al fatto che l'aggressore abbia posto in essere comportamenti simili nei confronti di altri soggetti.

In relazione alla responsabilità dell'istituto scolastico di fronte a simili condotte, va detto che sui *colleges* universitari o di grado inferiore grava il compito di rispondere prontamente e adeguatamente all'episodio qualificabile come “*sexual harassment*”. Nello specifico va distinto se il fatto è commesso da un insegnante (o da un impiegato dell'istituto) o da uno studente. Nel primo caso, ai fini di accertare se realmente si sia verificata una discriminazione, bisogna verificare che la condotta dell'insegnante o dell'impiegato sia stata posta in essere in un contesto di fornitura di aiuti, benefici o servizi allo studente. Gli istituti destinatari dei fondi generalmente forniscono aiuti, benefici e servizi agli studenti servendosi del lavoro dei dipendenti. Se un dipendente a ciò demandato pone in essere molestie sessuali e queste negano o limitano la possibilità di uno studente di partecipare o beneficiare di un programma scolastico sulla base del sesso, allora l'istituto è responsabile della condotta discriminatoria. Vi sono dei casi in cui la condotta non viene posta in essere nel contesto della concessione di fondi o aiuti, ma egualmente si rivela discriminatoria, pertanto la scuola ha il dovere di prendere immediati provvedimenti per fermare le molestie e prevenirne il ripetersi²⁵². Se la scuola compie le azioni necessarie a fronteggiare e a far cessare l'episodio, non incorre in una violazione del Titolo IX; in caso contrario, ritenendosi che il mancato intervento permetta la protrazione della sottoposizione dello studente ad un ambiente ostile che ne nega o limita la possibilità di partecipare o beneficiare del programma scolastico, la scuola diventa responsabile, non solo per non aver interrotto la condotta impedendone la continuazione, ma anche per non aver impedito che sullo studente si riverberassero gli effetti delle molestie che si sarebbero potuti evitare.

²⁵² Ad esempio, si consideri il caso, realmente verificatosi, in cui un membro della facoltà nel dipartimento di storia faccia ripetutamente apprezzamenti sessuali a uno studente di ingegneria laureato quando questi si trovi alla fermata del bus-navetta messo a disposizione dell'università, determinando così la scelta dello stesso di smettere di usare la navetta e, di conseguenza, di percorrere distanze molto lunghe per raggiungere le classi. In questo caso la scuola non è direttamente responsabile della condotta molesta perché essa non si è verificata nel contesto delle responsabilità esistenti in capo al dipendente in ordine alla concessione di aiuti, benefici o servizi agli studenti, tuttavia, il comportamento è sufficientemente serio negare o limitare lo studente nella sua capacità di partecipare o di beneficiare del destinatario programma.

Nel caso in cui il fatto sia commesso da uno studente e la condotta di molestie sia sufficientemente seria da negare o limitare la capacità di un altro studente di partecipare o beneficiare del programma, la scuola, se ne è a conoscenza, o avrebbe potuto esserlo, deve adottare provvedimenti immediati ed efficaci per eliminare l'ambiente discriminatorio ed evitare il ripetersi di eventi simili. Solo in questo caso va esente da responsabilità per violazione del titolo IX, altrimenti è responsabile. È, a tal proposito, previsto che l'*Office of Civil Rights (OCR)* possa punire gli istituti scolastici mediante un sistema sanzionatorio graduato in ragione della responsabilità e non secondo una logica c.d. “del tutto o niente”, incentrata sulla sospensione dell'erogazione dei finanziamenti.

La notizia di un possibile episodio di *sexual harassment* può pervenire alla scuola con diverse modalità: può essere il diretto interessato a sporgere denuncia al soggetto individuato come responsabile ad accogliere tali tipi di denunce, ad un insegnante, o ad un altro dipendente dell'istituto; la denuncia può anche pervenire da familiari del soggetto che ha subito l'episodio di molestie o da altri adulti in contatto in vario modo con lui e con l'ambiente scolastico che abbiano assistito all'episodio. La scuola può anche venire a conoscenza dell'episodio in maniera indiretta, ad esempio a seguito della diffusione della notizia in ambito mediatico o essendosi diffusa nell'ambiente scolastico.

In ogni caso, a prescindere dalla denuncia effettivamente pervenuta, se la scuola è a conoscenza del fatto che si sia creato un ambiente discriminatorio e non intraprende un intervento correttivo, vi è una violazione del Titolo IX.

Gli interventi che la scuola deve compiere per sottrarsi a un giudizio di responsabilità sono di tipologia differente.

Va innanzitutto distinto il caso in cui la scuola venga a conoscenza dell'episodio da parte della vittima, di familiari o di impiegati scolastici, dal caso in cui la notizia pervenga da terze persone (ad esempio da un testimone o mediante telefonata o lettera anonima).

Quanto al primo caso la scuola, nel momento in cui viene a conoscenza, dai soggetti indicati, del possibile verificarsi di una condotta di *sexual harassment*, è tenuta a dare il via ad un'indagine, qualora la ritenga necessaria, o ad adottare direttamente gli interventi utili per bloccare la condotta in esame e prevenirne gli effetti negativi. Ciò

deve verificarsi a prescindere dalla circostanza che sia stata sporta una denuncia formale dallo studente, dai suoi familiari o da un dipendente dell'istituto. In quest'ultimo caso, la scuola è comunque tenuta a mettere i soggetti coinvolti a conoscenza del quadro di azioni e rimedi invocabili, distinguendo tra vie formali e informali e ben delineando il funzionamento dell'apposita procedura di reclamo ai sensi del Titolo IX.

Qualora un impiegato dell'istituto abbia direttamente assistito a episodi che possono configurarsi come molestie sessuali, la scuola ha il compito di contattare la vittima dell'episodio (o il genitore, a seconda dell'età dello studente), spiegare che la scuola è responsabile dell'adozione di misure per correggere le molestie, e fornire le informazioni sopra descritte. Indipendentemente dal fatto che lo studente o il suo genitore, decida, una volta informato della possibilità e delle modalità per farlo, di presentare un reclamo formale, la scuola deve prontamente dare il via ad un'indagine per determinare cosa sia successo e, nel caso, adottare le misure correttive appropriate. Le modalità in cui verrà articolata l'indagine variano a seconda della natura delle accuse, della fonte da cui è pervenuta la notizia, dell'età dello studente o degli studenti coinvolti, della dimensione e della struttura amministrativa della scuola e di altri fattori. In ogni caso l'inchiesta deve avere i requisiti della rapidità, completezza e imparzialità. Potrebbe essere necessaria, da parte della scuola, l'adozione di provvedimenti provvisori nel corso dell'espletamento delle indagini (ad esempio, il presunto autore e la presunta vittima delle molestie possono essere temporaneamente collocati in classi differenti). Qualora i comportamenti oggetto di indagine siano suscettibili di integrare una fattispecie criminosa, il personale scolastico deve notificare le autorità competenti. In ogni caso alle scuole è richiesto lo sforzo di impedire la divulgazione dei nomi di tutte le parti coinvolte – il denunciante, i testimoni e gli imputati - tranne che nella misura necessaria per eseguire l'indagine. Se, all'esito dell'indagine, la scuola accerta che le molestie sessuali si sono verificate, deve adottare azioni correttive ragionevoli, tempestive, adeguate all'età dei soggetti coinvolti ed efficaci: esse potrebbero concretizzarsi in un provvedimento disciplinare nei confronti del molestatore, variabile a seconda della gravità della molestia posta in essere; nel trasferimento del molestatore ad altro istituto, o, all'interno del campus, ad altra collocazione abitativa, per impedirgli ulteriori contatti con lo studente molestato.

È anche richiesto che la scuola disponga interventi per eliminare l'ambiente discriminatorio che si è venuto a creare (ad esempio, se una studentessa è stata sottoposta a molestie da parte di un gruppo di studenti di un'altra classe, la scuola potrebbe esser chiamata a disporre un percorso educativo apposito per quella classe al fine di ristabilire un ambiente educativo sano).

La scuola, qualora offra allo studente la possibilità di ritirarsi da una classe in cui si è verificato un ambiente ostile, dovrebbe al contempo supportarlo per evitare che il cambiamento influisca negativamente sul suo curriculum accademico. In alcune situazioni, alla scuola potrebbe essere richiesto di disporre interventi per ristabilire lo *status quo ante* alla molestia sessuale posta in essere ai danni dello studente ed eliminarne gli effetti (ad esempio, se un insegnante dà a uno studente un voto basso perché quest'ultimo non ha risposto alle sue avances sessuali, la scuola è tenuta a far tenere nuovamente l'esame allo studente così da potergli riconoscere una valutazione imparziale). Infine, essa è tenuta a prendere provvedimenti protettivi, idonei ad evitare che vengano poste in essere ritorsioni nei confronti del soggetto che ha denunciato, o di chi per lui lo ha fatto, o comunque di chi ha subito le molestie e nei confronti dei soggetti che hanno testimoniato nel corso delle indagini.

Nell'ottica della prevenzione della recidiva e, tenuto conto della diffusione del fenomeno in quel determinato istituto scolastico, la scuola potrebbe esser chiamata a predisporre uno specifico percorso formativo rivolto a tutta la comunità scolastica per garantire che studenti, genitori e insegnanti possano riconoscere episodi di molestie, quando si verificano, e siano messi a conoscenza dei mezzi a loro disposizione per fronteggiarli.

Dalla casistica descritta, come anticipato, va distinto il caso in cui la scuola venga a conoscenza dell'episodio da terze parti rispetto alla vittima dell'episodio, ai suoi familiari o a dipendenti dell'istituto scolastico o con modalità anonime. In tal caso la risposta cui la scuola sarà tenuta è influenzata da fattori differenti che danno rilievo alla natura e alla specificità delle informazioni, alla gravità del presunto incidente e all'obiettività e alla credibilità della fonte da cui esse sono pervenute (potendo eventualmente la scuola richiedere informazioni alla stessa vittima dell'episodio

molesto, dopo aver ricevuto la notizia *de relato*²⁵³). Se, sulla base di una valutazione che tenga conto di questi parametri, la scuola decida di iniziare un'indagine, ritenendo possibile che si sia verificato l'episodio di cui ha avuto notizia, allora dovrà predisporre gli interventi, come precedentemente descritti. Ad esempio, nel caso in cui un giornale studentesco di una grande università riporti un lettera anonima in cui si sostiene che un professore compie giornalmente atti di molestie sessuali in danno degli studenti della sua classe, ma la lettera non fornisca alcun indizio sull'identità del professore o del dipartimento in cui si presume che la condotta abbia luogo, non pare ragionevole che la scuola inizi delle indagini volte a confermare l'accusa, ma piuttosto è frequente che la scuola predisponga un articolo da pubblicare nello stesso giornale, ribadendo la sua politica contro le molestie sessuali ed incoraggiando tutte le presunte vittime delle stesse di farsi avanti per sporgere denuncia o almeno per essere informate del funzionamento delle procedure di reclamo.

L'*Office of Civil Rights* riveste in questa cornice un ruolo di controllo e vigilanza. Deve innanzitutto vigilare sulle politiche interne adottate dalle scuole al fine di stabilire se esse rispettino gli *standards* richiesti dal Titolo IX, e sono quindi idonee a prevenire la creazione di ambienti discriminatori e a disporre adeguate interventi sul piano repressivo, anche mediante la creazione di procedure di reclamo efficaci. Qualora si verifichi un episodio di molestie sessuali e la scuola muova un'indagine in relazione ad esso, l'OCR deve verificare che tale indagine sia stata correttamente esperita e, nel caso, che siano stati approntati i corretti interventi inibitori e correttivi. Se l'OCR riterrà quanto effettuato dalla scuola in linea con quanto disposto dal Titolo IX, non verrà preso alcun provvedimento sanzionatorio nei confronti della stessa, anche se sarà eventualmente avviato un monitoraggio della situazione per un tempo variabile.

Nel giudizio di valutazione dell'adeguatezza delle misure predisposte dall'istituto ha un peso fondamentale quello inerente alla tenuta e all'articolazione delle procedure di reclamo. Gli indici in base ai quali ritenere che esse soddisfino le esigenze di cui al Titolo IX sono legati innanzitutto alla loro idoneità ad essere conosciute e conoscibili dagli studenti e in generale da tutto il personale scolastico. Importante, dunque, che

²⁵³ Ad esempio, se un genitore che visita una scuola osserva ripetutamente uno studente molestare un gruppo di studentesse e riferisce questo ai funzionari della scuola, il personale scolastico può parlare con le studentesse per confermare se si è verificata tale condotta e se dalle stesse è vissuta come un gesto non gradito.

siano adeguatamente diffuse e chiaramente comprensibili sia nella forma che nella sostanza: in altre parole, devono essere scritte in un linguaggio il più possibile semplice e recettivo, devono essere consegnate agli studenti, alle famiglie e a tutto il personale in formato cartaceo o digitale, devono chiaramente indicare quale sia/siano il/i dipendenti designati ad accogliere le denunce e le eventuali segnalazioni (attraverso specificazione del nome, dell'indirizzo dell'ufficio e del numero di telefono). È consigliabile inoltre che ogni istituto incarichi un soggetto che svolga il ruolo di supervisione e coordinamento dell'attività degli altri dipendenti incaricati, e che monitori l'andamento delle procedure di reclamo esperite con la tenuta di appositi registri.

Infine, la scuola deve assicurarsi che tutti i dipendenti designati abbiano un grado adeguato di formazione in materia, essendo in grado di identificare quali sono le condotte di molestia sessuale lesive del titolo IX e di spiegare agli utenti l'accessibilità e il funzionamento delle procedure di reclamo. Prima della procedura formale di reclamo può essere avviata una procedura informale, che può prevedere da parte della scuola la messa a disposizione di un consulente o di un mediatore esperto che metta in contatto i soggetti coinvolti nell'episodio di molestie. In ogni caso, è possibile in ogni momento porre fine al processo informale e iniziare il processo di reclamo.

A volte la condotta posta in essere dal molestatore può al contempo integrare una fattispecie di reato. Le indagini condotte dall'istituto scolastico, supervisionate dall'OCR e volte a determinare se vi sia una violazione del titolo 9 e quelle condotte dalle autorità giudiziarie competenti per stabilire se possa essere mosso al soggetto responsabile un addebito sul fronte penalistico sono tuttavia differenti e non interdipendenti. Questo è il motivo per cui un'intervenuta archiviazione del procedimento penale avviato non esonera l'istituto scolastico dall'osservanza della disciplina di cui al Titolo IX, pena la sua responsabilità.

2.2 Il *Clery Act* (1990)

Il “*Jeanne Clery Disclosure of Campus Security Policy and Campus Crime Statistics Act*”, comunemente noto come *Clery Act*, è una legge federale del 1990, anch'essa inglobata nel titolo 20 dell'*U.S.C.* (par. 1092), che impone ai *colleges* e alle Università di compiere un'attività di monitoraggio e report dei crimini che si verificano

all'interno dei campus (tra essi rilievo fondamentale hanno i crimini sessuali). Nello specifico, come il Titolo IX, esso subordina l'erogazione di finanziamenti agli istituti scolastici all'osservanza da parte degli stessi di incombenze consistenti nel: pubblicare un rapporto annuale sulla sicurezza; divulgare le statistiche relative ai crimini che si verificano nel campus, nelle aree adiacenti o funzionalmente collegate; avvertire costantemente studenti e impiegati dei crimini a cui potenzialmente possono essere esposti in un'ottica di prevenzione ed elaborare una politica efficace ed immediata idonea a fronteggiarli.

Per quanto concerne, nello specifico, il fenomeno dei reati sessuali, l'attuale disciplina fornita dal *Clery Act* è frutto della modifica apportata nel 2008 dal *Campus SaVE Act*, approvato con l'obiettivo di garantire una maggiore trasparenza in materia e richiedere agli istituti scolastici l'osservanza di ulteriori adempimenti per affrontare e prevenire il fenomeno della violenza sessuale nei campus. Prima dell'emanazione del *Campus SaVe*, le istituzioni erano chiamate unicamente a registrare il verificarsi di reati sessuali nei campus (in aggiunta ad altri crimini violenti); con le modifiche da esso introdotte è richiesto agli istituti scolastici di redigere dettagliate statistiche relative agli episodi di violenza sessuale, violenza domestica, stalking e aggressione sessuale. Ogni istituzione è inoltre tenuta a rendere note e a esplicitare i contenuti delle politiche adottate in contrasto al fenomeno della violenza sessuale nei campus, all'interno della propria relazione annuale sulla sicurezza. Le modifiche riguardano anche l'ambito della prevenzione della vittimizzazione, attraverso la previsione dell'obbligo da parte degli istituti scolastici di mettere a disposizione degli studenti vittime di molestie sessuali nei campus sistemazioni abitative protette e di apprestare, per gli stessi, misure idonee a evitare la reiterazione dei comportamenti illeciti, indipendentemente dal fatto che essi decidano di denunciare l'episodio alle forze dell'ordine. Altro obbligo gravante in capo all'istituto è quello di fornire alle vittime tutte le informazioni relative ai servizi, esistenti sia all'interno che all'esterno dei campus, mirati ad offrire assistenza sanitaria, psicologica e legale alle vittime di tali reati. Il *Campus SaVE Act* richiede in ogni caso alle istituzioni di predisporre programmi di educazione e sensibilizzazione degli studenti iscritti alla prevenzione della violenza sessuale. Ogni istituto deve inoltre essere in grado di attivare tempestivamente procedimenti

disciplinari, che siano equi e imparziali, nei confronti degli accusati di condotte di molestie sessuali all'interno del campus.

Dovendosi ritenere che i due atti considerati, il Title IX dell'*Education Amendments Act* e *Clery Act*, insieme al *Campus Save Act*, costituiscano gli interventi normativi più significativi nell'ottica di contrasto al fenomeno della violenza sessuale nei campus, va comunque rimarcato che l'attenzione per la problematica non è andata scemando ed anzi continui sono gli interventi legislativi di settore che si sono susseguiti anche negli ultimi anni. Va innanzitutto segnalato che il 22 gennaio 2014 fu formata la c.d. "*White House Task Force*", sotto la presidenza di Barack Obama, al fine di proteggere gli studenti dal fenomeno delle molestie sessuali. Ancora più recentemente sono stati introdotti tre emendamenti, di cui il primo con finalità precipua di tutela della vittima e gli altri due volti soprattutto alla protezione degli accusati. Primo di essi è il *Campus Accountability and Safety Act* (c.d. *C.A.S.A.*) del febbraio 2015, che ha apportato importanti modifiche al *Clery Act* soprattutto in relazione alla attività di pubblicazione delle statistiche inerenti i reati sessuali, richiesta ad ogni istituto scolastico, prevedendo, tra l'altro, la messa a punto di un sistema di *data sharing* e coordinamento tra i vari istituti.

Terreno su cui si sono concentrati gli interventi più incisivi è comunque quello inerente la tutela della vittima, in quanto viene richiesta agli istituti scolastici l'introduzione di misure e figure idonee a garantire supporto e assistenza alla vittima nella fase della denuncia, prevedendo che le indagini vengano iniziate entro ventiquattro ore dal momento della denuncia e che ad ogni vittima venga fornito un quadro dettagliato di tutte le agenzie operanti sul territorio, con competenze in materia di prevenzione e repressione del fenomeno. Successivi al *C.A.S.A.* sono il *Safe Campus Act* del 29 luglio 2015 e il *Fair Campus Act*, immediatamente seguente, in risposta alle critiche mosse al primo. Rilevanti novità apportate dagli stessi riguardano il diritto, dell'accusante ma anche dell'accusato, di essere immediatamente informato dell'inizio delle indagini, nonché il diritto dell'accusato di agire civilmente contro l'istituto scolastico entro un anno dalla decisione, se erroneamente ritenuto colpevole.

2.3 La legislazione dello stato della California: il nuovo *standard* del c.d. *affirmative consent*

Lo Stato della California, nel rispetto della disciplina federale sopra analizzata ha ampliato l'ambito di tutela all'interno del proprio codice dell'educazione. In particolare, il titolo III di tale codice prevede che i *colleges* debbano assumersi precisi impegni con l'obiettivo di prevenire e fronteggiare il fenomeno delle molestie sessuali che si verificano al loro interno o nelle adiacenze. Tale sezione riflette sostanzialmente quando disposto dal *Clery Act* per quanto concerne l'obbligo degli istituti scolastici di registrare l'intervento del fenomeno mediante la tenuta di dettagliati *reports*; e su di essa è intervenuta, recentemente, una modifica riguardante l'elemento che si pone come fulcro dell'accertamento della liceità o illiceità del rapporto sessuale intercorso: il consenso. Con legge del Senato 967/2014, poi approvata il 28 settembre 2014, infatti, è stata aggiunta la sezione 67386 al codice dell'educazione, nel capitolo relativo alla tutela della sicurezza degli studenti (*chapter 15.5*). Nell'ampia cornice di una serie di nuove misure richieste alle Università, con finalità di prevenzione, gestione e repressione del fenomeno delle violenze sessuali nei campus, la novità più rilevante consiste per l'appunto nell'introduzione di una nuova definizione di consenso, definita *affirmative consent*. Nello specifico, l'attuale lettera a) della sezione 67836 prescrive che per poter ricevere finanziamenti statali i consigli di amministrazione delle istituzioni post secondarie indipendenti debbano adottare una politica in materia di violenza sessuale, violenza domestica, aggressioni sessuali e stalking, comprensiva della previsione di un nuovo standard di consenso, definito consenso affermativo, in base al quale determinare se, in un'attività sessuale, il consenso è stato prestato da entrambe le parti. La legge specifica che con "consenso affermativo" deve intendersi un'espressa manifestazione di volontà, cosciente e volontaria, di impegnarsi nell'atto sessuale e che, in tale ottica, ogni soggetto coinvolto in un'attività sessuale deve assicurarsi di avere il consenso affermativo dell'altra parte per assicurarsi che l'atto sessuale sia compiuto lecitamente. Viene espressamente previsto che né l'assenza di resistenza da parte della vittima, né il silenzio sono indici rivelatori della presenza del consenso. Nemmeno vanno considerati indicatori del consenso l'esistenza di una relazione, esaurita o ancora in essere, tra le parti o qualsiasi tipo di rapporto pregresso.

Il consenso affermativo deve perdurare per tutto il tempo dell'attività sessuale e può essere revocato in qualsiasi momento²⁵⁴.

La modifica al requisito del consenso è stata dettata da esigenze pratiche, valide per i reati sessuali in generale, ma soprattutto per i casi di molestie sessuali posti in essere in ambito universitario a danni di studenti. Nella maggior parte dei casi in cui viene denunciato un episodio di violenza sessuale, infatti, l'accusato non nega che il rapporto vi sia stato ma afferma che esso è stato posto in essere con il consenso dell'altra parte. Il cuore di tale modifica consiste nell'aver spostato l'accertamento probatorio dalla vittima a colui che ha intrapreso il rapporto sessuale, richiedendo a quest'ultimo di ottenere il consenso dall'altra parte prima di iniziare l'attività sessuale. Ci si discosta così sostanzialmente dall'orientamento tradizionale del c.d. *"no means no"*, secondo il quale il consenso doveva ritenersi presunto qualora non fosse stata posta in essere dalla donna una qualche resistenza fisica all'atto e la stessa non avesse manifestato il proprio dissenso. La *ratio* sottesa alla modifica risiede nel tentativo di porre sullo stesso piano l'uomo e la donna durante il rapporto sessuale, richiedendo che la volontà di intraprendere l'atto sia da entrambi chiaramente manifestata senza che vi siano presunzioni a sfavore della vittima. Secondo quanto sostenuto soprattutto dalla corrente di stampo femminista, la tradizionale *"rape law"* era basata su un presupposto di disegualianza tra uomini e donne.²⁵⁵ Tale novità legislativa non è stata salutata da tutti con favore, anzi sono state numerose le critiche. L'argomentazione più frequentemente addotta da coloro che avversano tale nuova disciplina è quella per cui il consenso affermativo genererebbe un meccanismo iniquo e imparziale in danno degli accusati, dovendo gli stessi dimostrare di aver ottenuto il consenso dall'altra parte, con una sleale inversione dell'onere della prova dal denunciante al

²⁵⁴ Sez. 67836 Education Code: "(1) An affirmative consent standard in the determination of whether consent was given by both parties to sexual activity. "Affirmative consent" means affirmative, conscious, and voluntary agreement to engage in sexual activity. It is the responsibility of each person involved in the sexual activity to ensure that he or she has the affirmative consent of the other or others to engage in the sexual activity. Lack of protest or resistance does not mean consent, nor does silence mean consent. Affirmative consent must be ongoing throughout a sexual activity and can be revoked at any time. The existence of a dating relationship between the persons involved, or the fact of past sexual relations between them, should never by itself be assumed to be an indicator of consent. "

²⁵⁵ N. J. LITTLE, *From No Means No to Only Yes Means Yes: The Rational Results of an Affirmative Consent Standard in Rape Law*, 58 Vand. L. Rev. 1321 (2005).

denunciato.²⁵⁶ Secondo un'altra critica l'uso del criterio del consenso affermativo “determina una gerarchia in cui la violenza contro le donne è considerata meno grave rispetto alla violenza messa in atto nei confronti degli studenti”²⁵⁷ e questo meccanismo andrebbe contro la *ratio* anti discriminatoria cui si ispira proprio il titolo IX. Altra critica intravede nella disciplina dell'*affirmative consent* una politica che realizza un'ingiustificata “intrusione nella sfera dei rapporti sessuali privati”²⁵⁸.

I sostenitori della modifica legislativa proposta sottolineano, in risposta al primo punto, che non si tratterebbe tanto di un'inversione dell'onere della prova a sfavore del denunciato, quanto piuttosto di un mutamento di ciò che al denunciato è richiesto provare per permettere che si addivenga all'affermazione della responsabilità dell'aggressore: ed in particolare non più di aver posto in essere una resistenza per soverchiare la forza dispiegata dall'imputato, ma di non aver espressamente consentito all'atto o di aver, a un certo punto, revocato il consenso²⁵⁹. Se dunque permane la difficoltà dell'accertamento probatorio caratterizzante questi reati e consistente nel fatto che nella maggior parte dei casi non ci sono testimoni, ciò che cambia, in un sistema improntato all'ideologia del consenso affermativo, sono le modalità di conduzione della *cross examination* per cui alla vittima non sarebbe chiesto di dar prova del fatto di aver dissentito, ma di non aver esplicitamente consentito: operazione logico argomentativa per la stessa più semplice da raggiungere e, anche solo per questo, meno traumatica. Peraltro, ragionando in tali termini, si raggiunge un'equità maggiore anche sul piano della morale: essendo il fulcro del tessuto probatorio rivestito dalla prova del “sì”, viene meno il biasimo che in un certo senso ricadeva sulla vittima, spostandosi l'attenzione da quello che la stessa avrebbe potuto e dovuto fare per manifestare il dissenso al fatto che l'accusato non si sia correttamente procurato un consenso chiaro. Tale accertamento, peraltro, non sposta l'ago della bilancia a sfavore dell'accusato, richiedendo allo stesso una prova che dovrebbe gravare sulla vittima, in quanto il suo impegno nel dimostrare di aver ottenuto il

²⁵⁶ M. J. ANDERSON, *Campus sexual assault adjudication and resistance to reform*, 125 Yale L. J. 1940 (2016).

²⁵⁷ W. MURPHY, *Title IX Protects Women. Affirmative Consent Doesn't.*, 15 ottobre 2015.

²⁵⁸ E. MURPHY, *No means no: a critical examination of the effectiveness of the yes means yes law*, 39 T. Jefferson L. Rev. 93 (2017).

²⁵⁹ E. C. GOURLEY, *Getting to yes-means-yes: re-thinking responses to rape and rape culture on college campuses*, 52 Wash. U. J. L. & Pol'y 195 (2016).

consenso dalla vittima investe piuttosto l'ambito relativo allo svolgimento dei fatti. In sede di accertamento probatorio, infatti, è la vittima che deve dimostrare di non aver espresso il consenso, circostanza che ovviamente il giudice dovrà desumere dalla totalità delle circostanze. Nel caso in cui si addivenga a tale constatazione, il riflettore dell'accertamento probatorio tornerà a rivolgersi all'imputato il quale dovrà spiegare le ragioni per cui ha invece ritenuto che il consenso vi fosse (rilevando l'eventuale errore che potrebbe aver commesso nel ritenere che la vittima avesse manifestato un valido consenso). In presenza di situazioni in cui la vittima sia incapacitata a porre in essere un valido consenso, poiché addormentata, sotto l'effetto di sostanze alcoliche o stupefacenti o terrorizzata, la disciplina del consenso affermativo non realizza nulla di sfavorevole in danno dell'accusato, ma garantisce la giusta tutela alla vittima soddisfacendo normali esigenze di giustizia sostanziale (all'opposto, secondo la regola del *no means no*, dovrebbe ritenersi che nel caso in cui la vittima non abbia manifestato il dissenso all'atto, né verbalmente né per *factia concludentia* cioè adempiendo quell'onere di resistenza richiesto, in quanto versante in una situazione di incapacità, non vi sarebbe la prova della mancanza del consenso, il quale pertanto dovrebbe presumersi sussistente)²⁶⁰. Per i motivi analizzati il regime del consenso affermativo determinerebbe quindi, relativamente al piano dell'accertamento probatorio, un vantaggio sia per l'imputato che per la vittima: quest'ultima si sentirà più tutelata e vedrà meno frustrate le sue aspettative di giustizia, il primo avrà piena contezza di quali elementi potrà addurre a sua difesa, partendo dalla consapevolezza che il suo onere precipuo è quello di acquisire dall'altra parte un esplicito consenso al compimento dell'atto sessuale.

Ulteriori e plurimi sarebbero, peraltro, i motivi per cui salutare positivamente tale modifica legislativa. La disciplina del consenso affermativo ha il pregio di segnare una svolta nella c.d. "*rape culture*" tradizionale, responsabilizzando le parti del rapporto sessuale al compimento dello stesso²⁶¹; la nuova concezione non scardina poi i criteri interpretativi già esistenti in quanto il consenso affermativo, seppur non espressamente

²⁶⁰ D. TUERKHEIMER, *Affirmative consent*, 13 Ohio St. J. Crim. L. 441 (2016).

²⁶¹ R. ALIMENT, *Saying yes: how California's affirmative consent policy can transform rape culture*, 14 Seattle J. Soc. Just. 187 (2015).

recepito nel diritto positivo, tuttavia nella prassi è utilizzato per stabilire la responsabilità in caso di reati sessuali.

A mente del primo filone la nuova disciplina realizzerebbe l'obiettivo di porre in capo a entrambe le parti l'onere di responsabilizzazione prima e durante il rapporto sessuale. In particolare, si promuoverebbe, tra le generazioni più giovani che per le prime volte si avvicinano all'ambito sessuale, una cultura della sessualità consapevole e libera²⁶². Già i redattori della proposta legislativa, in particolare i senatori dello Stato della California Kevin de Leon e Hannah-Beth Jackson, esplicitavano l'intento di correggere lo standard generalmente seguito sino a quel momento, del c.d. *no means no*, che, oltre ad essersi rivelato inefficace per i motivi sopra esplicitati, si prestava a vergognose illazioni e alla costruzione del mito per cui non sempre "no vuol dire no" (in molti campus americani lo slogan *no means no* era stato sostituito, con intento sarcastico e provocatore, dall'offensivo "*no means yes and yes means anal*"). D'altra parte, il superamento del concetto del *no means no* testimonierebbe la capacità del legislatore e della coscienza comune di adeguarsi all'effettiva prassi. Secondo la casistica, la maggior parte delle aggressioni sessuali che si verificano nei campus universitari sono riconducibili a due schemi ricorrenti: il primo vedrebbe consumarsi il comportamento sessuale non consensuale in danno di persona conosciuta all'aggressore, motivo per cui la vittima non opporrebbe resistenza trovandosi in una situazione per lei del tutto inaspettata e imprevedibile ed essendo pertanto sopraffatta dalla paura che le impedirebbe di reagire; il secondo vedrebbe il comportamento consumarsi in danno di soggetto sotto effetto di alcol o/e stupefacenti, per tal motivo incapace di esprimere un valido consenso, spesso da persona a sua volta sotto effetto di alcol e stupefacenti: in tali circostanze il vantaggio di un consenso affermativo è, all'evidenza, quello di sciogliere i dubbi in relazione a una situazione che ha invece i caratteri dell'equivocità.

Quanto all'elemento di novità portato dal concetto di consenso affermativo, va evidenziato che, sebbene tale nuovo standard faccia senza dubbio la sua prima apparizione nel diritto positivo con la modifica introdotta dallo Stato della California, in realtà, nella prassi, l'idea sottesa ad esso già esisteva proprio nel settore penalistico,

²⁶² Jaclyn Friedman: "Le nuove leggi sul consenso affermativo sono una grande opportunità per insegnare il tipo di comunicazione sessuale che rende il sesso sia migliore che più sicuro per tutti".

in relazione alle modalità di accertamento della responsabilità nell'ambito dei reati sessuali. A tal proposito, i commentatori sono soliti classificare in due gruppi distinti quegli ordinamenti che, seppur con modalità e intensità differente, avevano fatto propria tale concezione nell'interpretazione giurisprudenziale. Il primo gruppo comprende quegli Stati che seguono il modello del c.d. *"diluted affirmative consent"*, mentre nel secondo vi rientrano gli ordinamenti che fanno proprio il modello del c.d. *"pure affirmative consent"*²⁶³. I primi sarebbero a loro volta raggruppabili in sottocategorie. La prima è comprensiva di quegli ordinamenti che fanno riferimento a un concetto di consenso affermativo per così dire indebolito dalla necessità di individuare un qualche coefficiente di forza che accompagni l'atto sessuale posto in essere dall'aggressore. Questo è ad esempio il caso della California stessa che, come si è visto, definisce il consenso quale *"positive cooperation in act or attitude pursuant to an exercise of free will"*, che sembra racchiudere una concezione pura di consenso affermativo, ma che poi, nella formulazione della fattispecie di stupro utilizza la locuzione *"an act of sexual intercourse [...] accomplished against a person's will by means of force, violence, duress, menace or fear of immediate and unlawful bodily injury"*. La seconda sottocategoria valorizza la concezione di *affirmative consent* nella prospettiva difensiva dell'accusato, cioè come elemento che lo stesso può addurre a sostegno della sua difesa, qualora imputato di un reato sessuale, e consistente nel fatto che la vittima avrebbe esplicitamente manifestato il consenso all'atto posto in essere. La terza categoria comprende quegli Stati che, seppur solo in relazione a reati sessuali minori, ritengono che il consenso affermativo possa anche non essere esplicito, a patto che sia facilmente desumibile dalle circostanze o da comportamenti concludenti. Tre sono invece le giurisdizioni che adottano una definizione di consenso affermativo "pura": Wisconsin, Vermont e New Jersey. In Wisconsin il consenso è definito come *"means words or overt actions by a person who is competent to give informed consent indicating a freely given agreement to have sexual intercourse or sexual contact"*; in Vermont come *"means words or actions by a person indicating a voluntary agreement to engage in a sexual act"*; da ultimo, in New Jersey la definizione non emerge dal diritto positivo ma dall'interpretazione giurisprudenziale: nel caso *"State of New*

²⁶³ E. YOUNGBERG, *California's yes means yes standard: a starting point for college sexual assault policy reform*, 47 Golden Gate U. L. Rev. 205 (2017).

Jersey in the Interest of M T. S.”, sopra richiamato, la Corte ha previsto che “*the permission to engage in sexual penetration must be affirmative and it must be given freely*”. L’importanza di ricostruire la responsabilità penale dell’imputato assumendo come metro di valutazione una concezione pura del consenso affermativo si evince, dalla giurisprudenza di questi ordinamenti, soprattutto in relazione a quella casistica che vede consumarsi il reato sessuale in situazioni in cui la vittima sia addormentata²⁶⁴, sia sotto effetto di sostanze stupefacenti²⁶⁵ o alcoliche o sia immobilizzata per la paura²⁶⁶, equiparandosi integralmente alla casistica richiamata dai sostenitori del positivizzato consenso affermativo, per valorizzarne la portata.

La trasposizione nel diritto positivo del concetto di consenso affermativo non è peraltro un elemento di novità per il solo Stato della California: recentemente anche lo Stato di New York ha approvato una legislazione gemella. Nell’ottobre del 2014, infatti, il governatore Andrew Cuomo ha annunciato una risoluzione per lo Stato di New York riguardante una politica sessuale comune per il *Suny System* (the *State University of New York*) da adottarsi dal dicembre del 2014. Meno di un anno dopo veniva firmata la nuova legge “*Enough is Enough*” modificativa del codice dell’educazione ed avente come contenuto quello di richiedere che tutti i collegi pubblici e privati e le università di New York adottassero un insieme di procedure e linee guida con l’obiettivo di fronteggiare la piaga dei reati sessuali nei campus universitari²⁶⁷. Si è, nello specifico, previsto che tutte le scuole di New York dovessero adottare la seguente definizione di consenso affermativo: “*Affirmative consent is a knowing, voluntary, and mutual decision among all participants to engage in sexual activity. Consent can be given by words or actions, as long as those words or actions create clear permission regarding willingness to engage in the sexual activity. Silence or lack of resistance, in and of itself, does not demonstrate consent. The definition of consent does not vary based upon a participant's sex, sexual orientation, gender identity, or gender expression*”²⁶⁸.

²⁶⁴ *State v. Perkins*, No. 95-1353-CR (Wis. Ct. App. Aug. 7, 1996); *State v. McCredie*, No. 2010AP 179-CR (Wis. Ct. App. Mar. 2, 2011); *State v. Brown*, No. 81-1865 (Wis. Ct. App. Aug. 5, 1982).

²⁶⁵ *State v. Snow*, 70 A.3d 971 (Vt. 2013); *State v. Soler*, No. A-3533-08T4, 2011 WL 6845889 (N.J. Super. Ct. App. Div. Dec. 30, 2011).

²⁶⁶ *State v. Lederer*, 299 N.W.2d 457 (Wis. Ct. App. 1980); *State v. Desautels*, 908 A.2d at 463.

²⁶⁷ C. DELAMATER, *What yes means yes means for new york schools: the positive effect of new york's efforts to combat campus sexual assault through affirmative consent*, 79 Alb. L. Rev. 591 (2015).

²⁶⁸ N.Y. EDUC. LAW § 6441(1) (McKinney 2015).

Gli istituti venivano inoltre chiamati ad esplicitare nel codice dell'educazione i seguenti principi: un consenso precedentemente espresso relativo a un determinato rapporto sessuale non deve presumersi sussistente anche per rapporti successivi o differenti, seppur posti in essere tra le stesse parti; il consenso è richiesto sempre a prescindere dal fatto che la persona che prenda l'iniziativa sia sotto l'effetto di sostanze alcoliche o stupefacenti; il consenso inizialmente prestato può essere revocato in qualsiasi momento; il consenso non può esser dato da una persona incapace (incapacità che può essere dettata dalla circostanza di trovarsi in una situazione di incoscienza cagionata da uno stato di sonno, di restrizione fisica o da altre variabili in presenza delle quali la vittima non può facilmente esprimere un valido consenso); il consenso non è validamente prestato quando sia estorto con forza, minaccia o violenza; quando il consenso è revocato e non viene espresso nuovamente, l'attività sessuale deve interrompersi²⁶⁹.

Se da un lato appare probabile che sulla scia delle operazioni legislative compiute dallo Stato della California e da quello di New York, anche altri ordinamenti statunitensi si adegueranno al nuovo standard di consenso nei rispettivi codici dell'educazione, resta aperta la questione se il nuovo standard abbia una forza espansiva tale da poter esser adottato anche nella legislazione penalistica.

Innanzitutto, i motivi che hanno mosso il legislatore ad introdurre tale nuovo standard nel codice dell'educazione sono riconducibili allo studio della casistica, dunque potremmo dire che l'intervento legislativo si pone come correttivo di una distorsione esistente nella prassi. Le violenze sessuali che si verificano nei *colleges* americani sono per lo più commesse in situazioni in cui la vittima è sotto effetto di alcool e stupefacenti e, spesso, anche l'attore. Tale casistica determina che nella maggior parte dei casi la violenza si verifica quando la vittima non è in grado di realizzare quello che si sta verificando a suo danno (magari anche perché addormentata in quanto assuefatta) e quindi non oppone al suo aggressore, che spesso agisce sotto effetto delle stesse sostanze, alcun tipo di resistenza né fisica o verbale. Lo studio della casistica giurisprudenziale, in linea di massima, pone di fronte a situazioni in cui aggressore e vittima, al termine di una serata di festa ove tutti gli invitati hanno fatto uso di sostanze alcoliche e stupefacenti, si ritirano nelle stanze del *college* ove viene consumato un

²⁶⁹ N.Y. EDUC. LAW § 6441(2)(a) - (f) (McKinney 2015).

rapporto sessuale, che, al risveglio, viene lamentato come non consensuale da parte della vittima. In tali casi viene da sé che non si può ricercare l'elemento della violenza né si può richiedere un onere di resistenza alla vittima per ritenere integrata la violenza. Esigendo che venga esplicitato un consenso affermativo si tenta di porre rimedio al fenomeno, innanzitutto in un'ottica preventiva: ogni soggetto che intraprende un rapporto sessuale deve esser a conoscenza del fatto che, se dall'altra parte non è espresso il consenso, vi sarà violenza. Merita dunque che sia fatta questa considerazione: se nella maggior parte dei casi le violenze sessuali nei campus americani sono poste in essere con tale modalità, dunque potendosi eventualmente richiedere un'espressione di consenso affermativo alla vittima per arginare il problema (anche nell'accertamento del reato sul fronte penalistico), certamente questo non è quello che si verifica in altri contesti ove, ad esempio, la pretesa di un consenso esplicito rischierebbe di realizzare un chiaro sbilanciamento a sfavore dell'autore di reato. Vi è peraltro, già, come si è visto dallo studio della disciplina dei reati sessuali nello Stato della California, la previsione del caso in cui la vittima sia "*unconscious of the nature of the act*" cui segue la scelta di presumere l'assenza di consenso all'atto sessuale in tale situazione. Si ritiene dunque che l'introduzione dello standard del consenso affermativo nel codice dell'educazione sia in realtà riconducibile alla volontà di rafforzare qualcosa che altrove (nella disciplina penale generale) è già previsto, per il fatto che la drammatica casistica dei *colleges* americani lo richiede soprattutto come rafforzativo della cultura universitaria e in un'ottica di prevenzione ed educazione.

Come giustificare, dunque, "l'esportazione" di un tale standard e il suo inserimento in ambito penalistico? Di fronte alle enunciate perplessità, si ravvisa peraltro come tale modifica sia stata di recente salutata con favore non solo oltreoceano, e, soprattutto, non solo sul fronte extra penalistico, ma anche in paesi con legislazioni e culture a noi più affini e in contesto europeo. È il caso della Svezia che, come anticipato, il 1° luglio del 2018 ha emanato una legge modificativa del codice penale ampliando i casi in cui un atto sessuale può essere considerato stupro: ogni qualvolta non sia stato prestato un consenso esplicito al compimento dell'atto sessuale. Già nel 2013 era stato previsto nella legislazione che il consenso non dovesse essere considerato valido non solo se la vittima si trovava in stato di incoscienza o incapacità

mentale, ma anche se era in una situazione di particolare vulnerabilità. Con la recente riforma del 2018 si è fatto un passo in più: la nuova previsione ha superato la tradizionale impostazione per cui la violenza sessuale doveva essere perpetrata mediante modalità costrittive, attorno alle quali ruotava l'accertamento probatorio. Il ministro della giustizia Morgan Johansson ha commentato l'introduzione di due nuove fattispecie incriminatrici (c.d. stupro colposo e abuso sessuale colposo) affermando che “con la nuova legge l'accusa dovrà presentare prove che dimostrino che l'atto sessuale non era consensuale in quanto la passività della vittima non sarà più considerata una forma di partecipazione volontaria”. Se prima era indispensabile dimostrare che la vittima fosse stata costretta al rapporto con la forza, con la minaccia o sfruttata per via di uno status psico-fisico vulnerabile, ora basterà indicare la mancanza del consenso, che deve essere espresso o in modo verbale o fisico. D'altra parte, a modulare l'apparente rigidità della modifica vi sono i primi commenti alla legge che, se da un lato ne ridimensionano la portata, evitando eccessivi rigorismi, dall'altra sembrano ravvicinare lo standard del consenso affermativo a quello del c.d. consenso contestuale, riducendone la portata innovativa. Si legge, ad esempio, che la partecipazione fisica all'atto sessuale è sintomatica dell'esistenza del consenso. Ciò, evidentemente, attenua la portata della regola, in quanto si finisce per accontentarsi ancora una volta di un consenso implicito (desumibile dal comportamento della vittima), anziché richiedere la necessità dell'effettiva estrinsecazione di volontà.

Recentemente terreno di modifica è stata anche la legislazione penalistica tedesca (che però ancora si assesta sul principio del “*no means no*”, non pretendendo l'espressione di un consenso affermativo). Così, a luglio 2017, dopo le polemiche suscitate dalle aggressioni della notte di San Silvestro nel 2015, è stato introdotto il principio del “*no means no*”. Fino a quel momento l'art. 177 del codice penale affermava che per esservi violenza sessuale la vittima dovesse dimostrare di essersi difesa fisicamente, non bastando il rifiuto verbale.

La nuova norma prevede ora che venga considerato valido anche il dissenso a parole. I commentatori, pur non dubitando che questo costituisca un passo in avanti, ritengono però carente il tessuto normativo in quanto non protettivo delle vittime che non possono adeguatamente esprimere il dissenso, come quelle sotto effetto di alcool e droga.

Sulla scorta delle considerazioni svolte e del panorama comparato si ritiene utile richiamare, quanto all'opportunità di introdurre lo standard del consenso affermativo nel codice penale italiano, la già menzionata pronuncia emessa dalla terza sezione della Corte di Cassazione²⁷⁰ in relazione all'aggravante di cui all'art. 609 ter comma 1 n.2 c.p. Nonostante l'eco mediatico suscitato che l'ha additata come "sentenza vergogna", essa vanta il merito aver fatto chiarezza sul fatto che la circostanza per cui la vittima versi in stato di ubriachezza e dunque non sia capace di prestare idoneo consenso all'atto sessuale non significhi che tale consenso possa presumersi. L'ipotesi prevista dal nostro codice al comma 2 n. 1 dell'art. 609 bis include infatti anche il caso in cui l'inferiorità fisica o psichica in cui si trovi la vittima sia dettata da assunzione di alcol o sostanze stupefacenti. Qualora la vittima venga abusata versando in una condizione di assuefazione dettata dall'assunzione consapevole di alcolici o sostanze stupefacenti, non potrà ritenersi integrata l'ipotesi di violenza sessuale aggravata ma certamente l'autore risponderà del reato, nella forma base, di cui all'art. 609 bis comma 1 n.2. Se dunque la *ratio* sottesa all'introduzione della nuova regola del consenso affermativo è quella di porre rimedio alle situazioni in cui la vittima, versando in stato di assuefazione da alcol o sostanze stupefacenti, sia per tal motivo incapace di dissentire o prestare idoneo consenso, sembra potersi affermare che tale esigenza non è richiesta dalla normativa italiana che invece predilige, sul piano della prassi, il cosiddetto consenso contestuale, cioè desumibile dalle circostanze del caso concreto, anche qualora non espressamente manifestato.

3. Dai campus universitari ai luoghi di lavoro: il fenomeno del *sexual harassment at work*.

Assimilabile, per certi versi, alla disciplina di contrasto al fenomeno delle molestie sessuali nei campus universitari è quella dettata per fronteggiare le medesime condotte poste in essere sui luoghi di lavoro.

Il raffronto tra le due si mostra interessante anche alla luce dei dati ricavati dall'esame delle sentenze emesse dal Tribunale di Milano in materia di violenza sessuale. Si è osservato che in un numero significativo di casi la condotta di molestie sessuali è posta

²⁷⁰ Cass. pen. sez. III n. 32462 del 2018.

in essere dal datore di lavoro o da un dipendente in danno di un altro dipendente (nella totalità delle ipotesi di sesso femminile), finendo per rivelarsi l'ambiente lavorativo un terreno che agevola la commissione di tale delitto.

Elemento comune ai due ambiti è rintracciabile innanzitutto nella circostanza per cui entrambi traggono la base normativa da legislazioni federali volte a vietare fenomeni discriminatori, e ciò è sintomatico del fatto che sia le molestie sessuali nei luoghi di lavoro, che quelle nei campus universitari sono fenomeni da arginare in primo luogo in quanto idonei a determinare un ambiente discriminatorio. La pervasività della piaga delle molestie sessuali, sia nei campus che nei luoghi di lavoro, determina infatti quello che è definito un “ambiente ostile” dal quale si origina disparità di trattamento e che genera un evidente ostacolo alla parità. Di seguito, dunque, si tratterà del fenomeno delle molestie sessuali nei luoghi di lavoro indagando, nell'ordine, la sua diffusione, le sue forme di manifestazione, la legislazione di riferimento e i rimedi azionabili, per poi dare uno sguardo più da vicino alla disciplina posta in essere dallo Stato della California.

Un recente sondaggio della *C.N.B.C. (All America economic Survey)*, reso noto nel dicembre 2017 e relativo ad un'indagine condotta per 3 anni su un campione di 800 impiegati adulti in tutta la Nazione (Stati Uniti d'America) riporta che il 19% (quindi uno su cinque) degli adulti americani raccontano di esser stati vittime di molestie sessuali sul luogo di lavoro. Benché il fenomeno veda vittime principalmente di sesso femminile, i dati riportano che anche a danno degli uomini si registrano molestie (il tasso di vittimizzazione è del 10% nel caso di vittime di sesso maschile e del 27% nel caso di vittime di sesso femminile). Per quanto riguarda l'età il 16% delle vittime ha tra i 18 e i 34 anni mentre il 25% tra i 50 e i 64 anni.

Molti studi accademici hanno individuato la ragione di tale pervasività del fenomeno nel fatto che esso sia sostanzialmente legato a una situazione di generico abuso di potere connesso ad una posizione di superiorità gerarchica²⁷¹. A tal proposito può ricordarsi la celebre equazione formulata dalla giurista statunitense (originaria del Minnesota) Catharine Mac Kinnon a mente della quale il potere economico sta al

²⁷¹ M. BUCHHANDLER-RAPHAEL, *Sexual abuse of power*, 21 U. Fla. J.L. & Pub. Pol'y 77 (2010); N. TABAK – A. LIVNEH, *Sexual harassment: abuse of flirtation*, 24 Med. & L. 479 (2005).

sexual harassment come la forza fisica sta allo stupro²⁷². Da tale correlazione si comprende come il c.d. “*sexual harassment*”, entro cui, come si vedrà, sono sussumibili svariate tipologie di comportamenti, si mostra come il mezzo mediante il quale estrinsecare ed imporre una preminenza connessa ad una posizione di potere²⁷³. Peraltro, non tutti i comportamenti rilevanti a titolo di *sexual harassment* integrano condotte di per sé penalmente rilevanti.

Ciò premesso, prima di analizzarne la disciplina positiva, è importante definire i confini del fenomeno. Osservando la casistica giurisprudenziale e la prassi applicativa trasversale ai vari Stati, nonché quanto espresso da noti commentatori, si potrebbe dire, che esso è connotato da quattro caratteristiche: quella della c.d. “*unwelcomness*”, ossia la sgradevolezza della condotta agli occhi del soggetto nei cui confronti viene indirizzata; il carattere discriminatorio di tale condotta, in quanto idonea a determinare una discriminazione basata sul sesso nell’ambiente in cui viene realizzata; il fatto di avere singoli destinatari, benché sia potenzialmente estrinsecabile verso più soggetti passivi; e, da ultimo, che, ai fini dell’individuazione del soggetto responsabile, quest’ultimo debba essere l’autore del comportamento oppure chi riveste una posizione di superiorità gerarchica nell’ambiente lavorativo e l’abbia permessa anche solo con un atteggiamento di passiva accondiscendenza ove invece avrebbe dovuto impedirla²⁷⁴.

Fatta eccezione per il primo dei requisiti enunciati, al quale, semmai, può esser legato il problema dell’accertamento probatorio connesso all’esigenza di individuare gli estremi entro i quali una condotta possa definirsi sgradita, soprattutto se posta in essere in mancanza della presenza dei testimoni e nel caso ricorrente in cui sia la vittima stessa, nella maggior parte dei casi per timore di una ritorsione, a negare che sia tale (dovendosi, in un frangente di questo tipo, valorizzare i riscontri obiettivi, piuttosto che le percezioni e le dichiarazioni soggettive della presunta vittima); e per l’identificazione del soggetto attivo e passivo della condotta, che paiono elementi non

²⁷² C.A. MACKINNON, *Sexual Harrassment of working women: a case of sex discrimination* (New Haven: Yale University Press, 1979).

²⁷³ F. FARADAY, *Dealing with Sexual Harrassment in the workplace: the promise and imitations of human rights discourse*, 32 Osgoode Hall L. J. 33 (1994).

²⁷⁴ A. BASSON, *Sexual harassment in the workplace: an overview of developments*, 18 Stellenbosch L. Rev. 425 (2007).

forieri di spinose questioni interpretative; maggiori problemi si pongono in relazione alla seconda delle caratteristiche sopra esposte, quella relativa all'esigenza di accertare che la condotta perpetrata abbia realizzato una discriminazione sul luogo di lavoro e non si sia esaurita in una mera azione lesiva del singolo. Infatti, in ossequio alla definizione di *sexual harassment* accolta dall'ordinamento statunitense, di cui a breve si delineeranno i confini in maniera più precisa, qualora tale discriminazione non si realizzi non potrebbe sostenersi che si sia verificato tale fenomeno, potendo, al più, di volta in volta, la condotta sessuale non voluta integrare, a seconda della legislazione dei vari stati, un reato o un illecito civile qualora ne soddisfi i requisiti e la c.d. soglia di offensività richiesta.

Le fattispecie alle quali può attribuirsi l'etichetta di *sexual harassment*, integrate ove ricorrano tutti gli elementi sopra elencati, abbracciano un numero assolutamente vasto di ipotesi, avendo le caratteristiche enunciate confini spesso vaghi e sfumati. In ciò deve ravvisarsi la ragione per cui giurisprudenza e dottrina hanno tentato di ricorrere a schemi classificatori, i quali, in seguito sono stati mutuati dal legislatore statunitense ai fini del recepimento del fenomeno del *sexual harassment* nel diritto positivo.

Un primo tentativo classificatorio ha assunto come parametro la natura della condotta. Elevando quest'ultima a punto di riferimento, sono individuabili tre differenti tipologie di *sexual harassment*, a seconda che la condotta sia fisica, verbale o non verbale. Nella prima ipotesi devono opportunamente farsi rientrare tutte le forme di *sexual assaults*, dal semplice tocco, alla forma più grave di stupro (tali sono, avuto riguardo al codice penale della California, che sarà poi oggetto di specifico approfondimento, i reati di *sexual battery*, *rape of spouse*, *rape of non spouse*, *sodomy*, *oral copulation* e *sexual penetration*). La seconda comprende le c.d. *avances*, i commenti a sfondo sessuale, le allusioni e le provocazioni aventi toni offensivi, umilianti e degradanti. La terza include tutti i gesti non voluti, le indecorose esibizioni del proprio corpo e le immagini dal contenuto sessuale.

Un secondo tentativo classificatorio, che certamente ha riscontrato maggior apprezzamento tra i commentatori e che è stato preso a modello dal legislatore federale, ha assunto come parametro di riferimento gli effetti della condotta posta in

essere²⁷⁵. In base ad essi, infatti, si è ritenuto possano ben distinguersi tre differenti tipologie di *sexual harassment*, di cui le prime due sarebbero le forme di manifestazione dominanti del fenomeno, mentre la terza costituirebbe un'ipotesi recessiva.

Partendo dalla prima forma, essa è qualificabile come *quid pro quo sexual harassment* e fa riferimento alla specifica circostanza in cui, al soggetto in posizione di subordinazione gerarchica, venga prospettata una significativa perdita di benefici lavorativi qualora questi non acconsenta a soddisfare richieste sessuali, contro la propria volontà, di un suo superiore. L'elemento che denota questa tipologia di manifestazione del fenomeno va identificato nel particolare ricatto che viene posto in essere da un soggetto gerarchicamente sovraordinato nei confronti della vittima, che, per ciò solo, ha il potere di alterarne le condizioni lavorative in maniera pressoché immediata²⁷⁶.

Proseguendo con l'analisi della seconda forma, c.d. *hostile environment harassment*, essa si realizza qualora, per effetto del comportamento realizzato o per l'illecita autorizzazione allo svolgimento di condotte dal contenuto sessuale lesive della dignità del singolo lavoratore o di un gruppo di dipendenti, si determini un ambiente ostile e discriminatorio sul luogo di lavoro. Tale tipologia, diversamente da quella precedentemente richiamata, non deve esser necessariamente posta in essere dal datore di lavoro o da un soggetto in posizione di sovraordinazione, ma può anche esser realizzata da un dipendente di pari livello. Ulteriore elemento distintivo, rispetto alle altre, è che al c.d. *hostile environment sexual harassment* non consegue necessariamente una perdita di benefici tangibile da parte del lavoratore, potendosi la stessa esaurire nella mera creazione di un ambiente lavorativo discriminatorio che, di per sé, determina una lesione alla dignità del lavoratore e ne determina un danno, seppur non patrimoniale (a titolo esemplificativo, può richiamarsi a tal proposito la giurisprudenza che ha ritenuto integrata tale forma di *sexual harassment* in un caso in cui erano stati appesi, sulle pareti di un ufficio, diversi *posters* raffiguranti donne nude).

²⁷⁵ J. M. KELLY – D. D. KADUE – R. J. MIGNIN, *Sexual harassment in the workplace: a United States perspective*, 7 Int'l J. Discrimination & L. 29 (2005).

²⁷⁶ K. L. BOGAS – S. B. FELLMAN, *Sexual harassment in the workplace*, 63 Mich. B.J. 818 (1984).

Quanto alla terza tipologia, essa è definibile come “*sexual favoritism and victimisation*” e si verifica quando un soggetto in posizione di superiorità gerarchica prometta promozioni o premi lavorativi ad un suo dipendente in cambio di favori sessuali, al contempo vittimizzando quest’ultimo qualora mostri ritrosia nell’accettare le sue proposte o neghi di esser disposto a soddisfarle²⁷⁷.

Ciò premesso, si esamineranno ora quali sono i problemi che scontano le classificazioni presentate, sia sotto un profilo di elaborazione teorica, sia avuto riguardo alle difficoltà connesse all’esperienza applicativa.

Quanto alla prima classificazione proposta, basata sulla natura della condotta, può verificarsi un duplice rischio: da una parte quello di escludere un comportamento che, ad una prima valutazione oggettiva, potrebbe non possedere i requisiti idonei a connotarlo come sessuale ma che, secondo l’ottica soggettiva dell’agente, assumerebbe tale valenza (e viceversa); e, dall’altra, potrebbero esservi casi in cui, pur avendo la condotta natura sessuale, la legge ne esclude la qualificazione a titolo di *sexual harassment* in quanto la condotta non raggiungerebbe la soglia richiesta ai fini di integrare una discriminazione.

Diversamente, avuto riguardo al profilo degli effetti, è difficile a volte comprendere se si sia al cospetto di uno dei tre tipi di *sexual harassment* presentati, in quanto la qualificazione di una condotta come tale può dipendere da molteplici fattori, tra i quali assume importanza pregnante l’angolo prospettico in cui ci si pone ai fini di effettuare la valutazione.

Secondo un orientamento ormai recessivo, sarebbe opportuno ricorrere, ai fini della valutazione della condotta, al c.d. *subjective test*. In altre parole, bisognerebbe porsi nella posizione della vittima, condividendone il punto di vista, a nulla rilevando la percezione che di tale circostanza abbia l’accusato. Inevitabili sono le critiche volte a sottolineare che, con un tale tipo di indagine, si correrebbe il rischio di dover accordare tutela anche a condotte che, secondo il comune sentire, non sarebbero idonee a integrare il fenomeno, ma, se guardate con gli occhi di un “dipendente particolarmente suscettibile” (c.d. “*supersensitive employee*”) assumerebbero, invece, rilevanza.

²⁷⁷ E. FROST, *Sexual harassment in the workplace*, 71 Women Law. J. 19 (1985).

Secondo un'opposta teoria, la soluzione migliore sarebbe quella di valorizzare, piuttosto, la realtà oggettiva, facendo proprio il punto di vista di un osservatore esterno e indipendente. Anche in tal caso non sono mancate le critiche in quanto deve darsi conto del fatto che, ricorrendo ad un tale punto di vista, si finirebbe per conferire eccessiva rilevanza ai valori propri della morale sociale che, a mente di concordi studi sociologici, è dominata da maschilismo. Secondo alcuni il rimedio a un tale tipo di rischio potrebbe essere ravvisato nell'individuazione di un punto di vista qualificato nel genere, quindi della c.d. "*reasonable woman*" e non, semplicemente, della "*reasonable person*".

Come accade frequentemente, la soluzione che ha preso piede è stata quella mediana, alla quale è stato attribuito il merito di aver saputo individuare una sorta di buon compromesso tra le due tesi contrastanti appena richiamate. Essa è stata qualificata come teoria del c.d. "*reasonable victim test*", sulla cui base si è affermato che la valutazione della condotta deve essere il risultato di un'indagine complessa che tenga conto sia del punto di vista soggettivo della vittima che della realtà oggettiva. Se, da un lato, non può sottacersi che, da un punto di vista teorico, tale impostazione sia probabilmente quella più condivisibile, sotto il profilo pratico le criticità prima presentate permangono e il compito del giudice è quello di operare un bilanciamento, compiendo una valutazione omogenea che tenga conto di tutte le circostanze, tra gli elementi c.d. oggettivi e quelli c.d. soggettivi.

Si deve peraltro porre mente al fatto che, a ben vedere, un problema valutativo si pone, più che altro, per il caso di *hostile environment sexual harassment* (non tanto per quelli di *quid pro quo sexual harassment* o di *sexual favoritism and victimisation*). Infatti, è indubbio che maggiori difficoltà si riscontrino soprattutto quando sia necessario comprendere se un ambiente, divenuto "ostile" a seguito dei comportamenti in esso posti in essere, sia connotato da un'ostilità che abbia assunto quella gravità tale da oltrepassare la soglia al di sopra della quale può ritenersi vi sia una vera e propria discriminazione sintomatica del *sexual harassment*. È proprio a tale fine che le Corti hanno elaborato indici differenti, basati, per menzionarne alcuni a titolo esemplificativo, sulla protrazione della condotta lesiva nel tempo, sulla sua intensità e sulla tipologia della stessa.

Dopo aver delineato il fenomeno del *sexual harassment* nei luoghi di lavoro nelle sue forme di manifestazione tipiche, può passarsi a rintracciare all'interno della trama normativa, sia federale che statale, come ad esso sia stata data risposta.

È opportuno, innanzitutto, premettere che la normazione del fenomeno non è avvenuta ad opera del legislatore penale, non essendovi una fattispecie di reato espressamente dedicata a reprimere le molestie sessuali compiute nei luoghi di lavoro. Certo è che, qualora il comportamento integrante tale condotta sia sovrapponibile a quello che, di per sé, sarebbe idoneo a integrare un reato, ben potrebbe muoversi un rimprovero penale al soggetto agente con applicazione delle norme di cui alla legislazione che di volta in volta viene in rilievo, secondo le fattispecie tipiche e i requisiti mediante i quali le stesse si articolano. Spostandoci sul fronte civilistico, prima di dar conto di come la legge federale disciplina il fenomeno del *sexual harassment*²⁷⁸, va detto che a livello statale, a eccezione di Alabama e Mississippi, ogni Stato e il Distretto della Columbia hanno attuato statuti antidiscriminatori volti a proibire tale condotta, qualificandola espressamente come forma di discriminazione sessuale. Dal canto loro, i due Stati predetti, Alabama e Mississippi, pur non prevedendo una legislazione che la elevi a pratica discriminatoria e, come tale, la reprima, contengono nei loro ordinamenti rispettivamente una disciplina *ad hoc* per il risarcimento degli illeciti civili (*state tort law remedy*), e degli statuti volti alla protezione dei lavoratori statali (*statutory protection for state employees*).

A livello federale la disciplina di riferimento è quella offerta dal Titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964 che vieta la discriminazione da parte dei datori di lavoro sulla base della razza, della religione, del sesso o dell'origine nazionale e i cui contenuti sono poi stati recepiti dal sotto-capitolo VI, del capitolo 21, del titolo 42 del US Code (a partire dalla sezione 2000e, rubricata "*Equal Employment Opportunities*"). La sezione 2000e-2 ("*Unlawful employment practices*") alla lettera a) detta la disciplina generale in materia affermando che vanno qualificate quali pratiche illegali quelle con cui il datore di lavoro licenzia o rifiuta di assumere un lavoratore o, in altro modo, lo discrimina con riferimento al compenso, alle condizioni e ai benefit lavorativi in ragione della sua razza, del suo colore, della sua religione, del suo sesso o della sua origine nazionale ("*It shall be an unlawful employment practice for an employer to fail or refuse to hire*

²⁷⁸ J. BLEICH – K. KLAUS, *Sexual Harassment*, 58 Or. St. B. Bull. 15 (1998).

or to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to their compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin.")²⁷⁹. La connessione tra il concetto di *sexual harassment* e quello di discriminazione, ad oggi del tutto pacifica, è tutt'altro che scontata. Ai fini di comprenderne le origini e le ragioni, è opportuno, mediante un breve excursus storico, ripercorrere le tappe che hanno condotto a tale risultato. Inizialmente, le Corti statunitensi mostravano una certa riluttanza nel dichiarare che le molestie sessuali costituissero una discriminazione sessuale ai sensi del titolo VII del *Civil Rights Act*, soprattutto perché vi era la tendenza ad affermare che tale fenomeno fosse un problema privato tra la vittima e il suo aggressore, senza coinvolgimenti né del datore di lavoro, nè, a maggior ragione, dell'ambiente lavorativo nel suo complesso. Sintomatico di questa impostazione è il fatto che, sino all'anno 1975 il termine *sexual harassment* non fu coniato. Nel 1976 le corti finalmente diedero ad esso riconoscimento, limitandosi, però, a considerare la tipologia del c.d. "*quid pro quo sexual harassment*", e affermando che esso fosse una violazione del titolo VII del *Civil Rights Act* e quindi costituisse una forma discriminazione basata sul sesso, implicante l'impedimento delle eguali opportunità, della dignità e della sicurezza sul luogo di lavoro. Solo nel 1980 la *E.E.O. (U.S. equal employment opportunity Commission)* ha qualificato il *sexual harassment* nei luoghi di lavoro come una violazione del Titolo VII e, mediante pubblicazione di linee guida *ad hoc*, ha affermato che una condotta di natura sessuale non voluta deve definirsi *sexual harassment* se tale condotta implicitamente o esplicitamente sia idonea ad alterare le condizioni lavorative della vittima²⁸⁰. All'interno delle linee guida la *E.E.O.* ha, inoltre, per la prima volta esplicitato cosa debba intendersi per *sexual harassment*, dandone la seguente definizione: "qualsiasi condotta sessuale sgradita, avances, richieste di favori sessuali o altra condotta verbale o fisica di natura sessuale utilizzata per discriminare qualsiasi individuo mediante diminuzione del suo compenso o peggioramento delle condizioni lavorative, o una condotta a sfondo sessuale indesiderata sufficientemente grave da alterare le condizioni lavorative e creare un ambiente di lavoro ostile" ("*Unwelcome sexual conduct, advances, or requests for*

²⁷⁹ D. SMITH – R. T. WILLIAMS, *Sexual harassment*, 4 Geo. J. Gender & L. 639 (2002).

²⁸⁰ D. A. STONEBRAKER, *Sexual harassment in the workplace*, 4 S.F. L. Rev. 167 (1994).

sexual favors, or other verbal or physical conduct of a sexual nature used to discriminate against any individual with respect to their compensation, terms, conditions, or privileges of employment, or unwanted sexually-related activity sufficiently severe or pervasive to alter the conditions of employment and create an abusive working environment constitutes a violation"). Veniva, in tal modo, positivizzato il fenomeno sia in relazione alla forma del *quid pro quo sexual harassment* che nella forma dell'*hostile environment harassment*. I giudici diedero applicazione immediata a tali linee guida e nel 1982, nel caso *Henson V. City of Dundee*²⁸¹, la corte di appello riconobbe sussistente un caso di *hostile environment harassment* affermando che "il *sexual harassment* che crea un ambiente ostile per i membri di un sesso è una ferita al livello dell'eguaglianza sessuale nei luoghi di lavoro, tanto da integrare una vera e propria discriminazione paragonabile a quella razziale". Merita di esser citato anche un altro caso che ha interessato la storia giudiziaria statunitense, noto come *Meritor Savings Bank V. Vinson* (1986)²⁸², in occasione del quale, da un lato, è stato dato espresso riconoscimento alle linee guida di cui sopra, con la conferma che entrambe le tipologie di *sexual harassment* sono azionabili sotto il Titolo VII come forma di discriminazione sessuale e non è, invece, necessariamente richiesto che si verifichi un detrimento economico e psicologico ai danni della vittima; dall'altro si è chiarito che gli interpreti, nell'accertare il requisito dell'*unwelcomness*, devono valorizzare le dichiarazioni della vittima e non se la stessa abbia preso parte volontariamente o meno agli atti sessuali²⁸³ (potendolo aver fatto unicamente per evitare ritorsioni). In *Harris v. Forklift Systems* (1993)²⁸⁴ la Corte ha elencato quali fattori debbano esser presi in considerazione per verificare se possa dirsi integrato il fenomeno. Nello specifico, essi sono stati identificati dai giudici nella frequenza con cui la condotta discriminatoria veniva posta in essere, nella sua gravità, nella sua idoneità a determinare conseguenze pregiudizievoli di tipo fisico o psicologico, anche, e soprattutto, sotto il punto di vista della capacità lavorativa del dipendente. Altre tre

²⁸¹ 682 F2d 897 (CA 11, 1982).

²⁸² *Meritor Saving Bank V. Vinson*, 477 U.S. 57 (1986).

²⁸³ *Meritor Saving Bank V. Vinson*, 477 U.S. 57 (1986): "the correct inquiry is whether respondent by her conduct indicated that the alleged sexual advances were unwelcome, not whether the actual participation in sexual intercourse was voluntary."

²⁸⁴ *Harris v. Forklift Systems*, 510 U.S. 17 (1993).

pronunce interessanti, del 1998, sono *Oncale v. Sundowner Offshore Services* in cui si affermava possibile il *sexual harassment* anche quando autore e vittima fossero dello stesso sesso; *Faragher v. City of Boca Roton*²⁸⁵ e *Burlington Industries v. Ellerth*²⁸⁶ in cui, oltre a darsi conferma del fatto che il *sexual harassment* si verifica in presenza di una condotta non voluta basata sul genere che altera le condizioni di lavoro quando un altro lavoratore o il datore di lavoro ne siano responsabili, si è aggiunto che il primo, per andare esente da responsabilità, è chiamato a dimostrare, da un lato, di aver esercitato un'efficace opera di prevenzione o correzione di qualsiasi comportamento sessualmente molesto, e dall'altro che, nonostante ciò, il dipendente non sia riuscito a trarre vantaggio dalle opportunità messe a disposizione e non abbia, perciò, evitato il danno²⁸⁷.

Quanto all'*iter* giudiziale richiesto alla vittima qualora voglia ottenere il riconoscimento dei propri diritti e l'ammissione delle proprie pretese, e ai rimedi previsti dall'ordinamento si sottolinea che al denunciante è riconosciuta la facoltà di scegliere se perseguire la strada battuta dalla legge statale di riferimento o da quella federale. Entrambe le procedure prevedono una fase precontenziosa consistente nell'esperimento di un tentativo di risoluzione della controversia davanti ad un'agenzia a ciò appositamente deputata. Va menzionata la possibilità che vi sia un rimedio esperibile ai sensi della legge statale ma non di quella federale o viceversa. Quanto alla prima ipotesi, ad esempio, la legge federale tutela solo gli impiegati lavoratori in un posto di lavoro avente 15 dipendenti, mentre per molti Stati (tra cui la California, di cui a breve si dirà) non esiste una soglia minima al di sotto della quale non venga riconosciuta la tutela. Si precisa che, in ogni caso, in deroga al limite di soglia, è previsto che il denunciante possa comunque agire secondo la legislazione federale qualora il danno allegato superi i 75.000 dollari e qualora appartenga a uno Stato differente rispetto a quello di appartenenza del presunto responsabile²⁸⁸.

²⁸⁵ *Faragher v. City of Boca Roton*, 524 U.S. 775 (1998).

²⁸⁶ *Burlington Industries v. Ellerth*, 524 U.S. 742 (1998).

²⁸⁷ B. D. ALZADON – S. MIZRACHI – R. L. JENSEN, *Sexual Harassment*, 1 Geo. J. Gender & L. 583 ss. (2000).

²⁸⁸ R. LUKENS, *Workplace sexual harassment and individual liability*, 69 Temp. L. Rev. 303 (1996).

Con riferimento ai rimedi²⁸⁹, quello previsto dalla legislazione federale è il risarcimento del danno in aggiunta al ripristino dei benefici lavorativi di cui il lavoratore è stato privato per effetto della condotta lesiva o alla reintegrazione nel posto di lavoro (qualora sia necessario). Entrambi vengono accordati all'esito di un processo di fronte alla giuria²⁹⁰. L'obiettivo espresso dal Titolo VII è infatti quello di proibire tutte le pratiche che creano disuguaglianza nei luoghi di lavoro, dunque la *ratio* sottesa ai rimedi è volta a ristabilire l'equità annullando l'effetto della discriminazione (pieno ristoro compensativo della discriminazione patita dalla vittima)²⁹¹. La dimensione risarcitoria si fonda sulla combinazione di danni compensatori e punitivi, la cui entità dipende da quanto viene allegato dal denunciante e riconosciuto in giudizio e dalle dimensioni dell'azienda. Come criterio base riferibile può dirsi che il risarcimento va da 50.000 dollari (per aziende con un numero di impiegato dai 15 ai 100) a 300.000 dollari quando vi siano oltre 500 dipendenti.

Con specifico riferimento alla situazione esistente nello Stato della California²⁹², i dati riferiscono che nel 2016 sono stati disposti risarcimenti alle vittime per il riconoscimento della sussistenza di molestie sessuali nei luoghi di lavoro, all'esito di 554 procedure avviate in materia. La disciplina legislativa applicabile è, oltre a quella, come si è detto, del Titolo VII, quella offerta dalla legge statale denominata *F.E.H.A.* (1959) (*Fair Employment and Housing Act*), la quale regolando le differenti tipologie di molestie sessuali a danno dei lavoratori, elabora il divieto di discriminazione nei luoghi di lavoro basato sul sesso, già previsto nella Costituzione californiana risalente al 1849. In termini di raffronto con quanto previsto dal Titolo VII la disciplina del *F.E.H.A.* è più protettiva e garantista: per esempio, quanto all'ambito di applicazione, come anticipato, il *F.E.H.A.* si applica a tutti i lavoratori privati e statali, mentre il Titolo VII richiede che il fenomeno si manifesti in un'azienda avente più di 15 dipendenti. A livello di contenuti, la legge della California esplicita quali sono i motivi dai quali può dedursi che una condotta debba essere qualificata come “sexual

²⁸⁹ J. L. DOLKART - E. LYNN MALCHOW, *Sexual harassment in the workplace: expanding remedies*, 23 *Tort & Ins. L.J.* 181 (1987).

²⁹⁰ R. KHAREL, *Judicial responses to sexual harassment at workplace*, 1 *NJA L.J.* 187 (2007).

²⁹¹ *The committee on labor and employment law, Law firm policies on workplace sexual harassment*, 48 *Rec. Ass'n B. City N.Y.* 179 (1993).

²⁹² D. L. RHODE, *Sexual harassment*, 65 *S. Cal. L. Rev.* 1459 (1992).

harassment” (qualora la discriminazione sia dettata da ragioni inerenti l’orientamento sessuale, l’identità di genere, lo stato di gravidanza, lo stato di madre, una condizione di disabilità, etc.), ma non individua le modalità e i comportamenti idonei ad integrare le molestie, essendo quindi caratterizzata da una certa vaghezza e genericità. Tali caratteri, peraltro, sono desumibili anche dal fatto che all’interno dell’ordinamento californiano non si trovi una definizione del concetto di *sexual harassment*, e dalla presa di coscienza che, non sul fronte normativo ma solo sul fronte giurisprudenziale, tentativi definitivi sono stati compiuti. Al tal proposito è opportuno richiamare il caso *Janken V. Hughes Electronics* (1996) ove il fenomeno è stato definito nei seguenti termini: “condotta scorretta che viene posta in essere per motivi di gratificazione personale spinta da cattiveria o bigottismo o da altri motivi individuali, e che è al di fuori dello scopo lavorativo del molestatore” (“*sexual harassment consists of improper conduct that is engaged in for personal gratification because of meanness or bigotry or for other personal motives, and is outside the scope of the harasser’s job*”).

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE E PROSPETTIVE *DE IURE CONDENDO*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Una nuova collocazione sistematica delle fattispecie incriminatrici- 3. Un nuovo spaccettamento delle fattispecie: stupro, abuso sessuale, molestie. – 4. L’ipotizzabilità di una fattispecie autonoma che incrimini gli atti di esibizionismo o autoerotismo compiuti al cospetto della persona offesa. - 5. La centralità del dissenso della persona offesa.

1. Premessa

Lo studio della disciplina inerente al reato di violenza sessuale contenuta nel codice penale italiano, unitamente all’analisi della giurisprudenza del Tribunale di Milano e agli spunti offerti dall’ordinamento statunitense, inducono alcune riflessioni. Innanzitutto, come si è già avuto modo di approfondire, si conferma l’esigenza di un mutamento della collocazione sistematica del reato di violenza sessuale all’interno del codice, al fine di far emergere il disvalore peculiare di tali condotte rispetto alle fattispecie limitrofe.

Secondariamente si ritiene che la tutela apprestata dall’ordinamento statunitense e, in particolare, la disciplina prevista dal legislatore dello Stato della California, possano essere uno stimolo per valutare l’opportunità di un nuovo “spaccettamento” della fattispecie incriminatrice della violenza sessuale, che trova ora sede in un’unica disposizione. Ad una fattispecie più grave di stupro, ai fini della cui integrazione sarebbe richiesta la penetrazione, potrebbe accostarsi un’ipotesi di abuso sessuale.

A completare il quadro normativo si potrebbe ipotizzare l’introduzione della fattispecie di molestie sessuali, oltre che di una fattispecie autonoma per l’incriminazione degli atti di esibizionismo e masturbazione compiuti al cospetto della persona offesa.

In terzo luogo, appare forse opportuno abbandonare il requisito della violenza, come elemento costitutivo del delitto di violenza sessuale commesso per costrizione e riconoscere, invece, centralità al dissenso della persona offesa dall’atto sessuale. Tale mutamento, lungi dal costituire una “rivoluzione” in materia, non farebbe altro che codificare la prassi già seguita dalla giurisprudenza, attribuendone veste formale. Sarebbe, inoltre, l’occasione per mutare la prospettiva da condividere nei procedimenti per tali reati: ciò che l’accusa sarebbe chiamata a provare è che la persona offesa non

abbia prestato il consenso all'atto, a nulla rilevando le concrete modalità con cui esso sia stato realizzato.

2. Una nuova collocazione sistematica delle fattispecie incriminatrici

La separazione dei reati sessuali dalle diverse fattispecie lesive della libertà personale permette di determinare l'emersione del disvalore che di essi è proprio, fermo restando che non è la collocazione sistematica del reato a definire il contenuto del bene giuridico protetto. In tal senso pare condividersi l'affermazione per cui "l'efficacia di una fattispecie non può essere determinata solo dal suo posizionamento entro il sistema codicistico, se all'inquadramento sistematico prescelto non corrisponde poi un contenuto della norma stessa coerente con la classificazione adottata"²⁹³.

Sembrano in proposito possibili due soluzioni: quella di creare una sezione autonoma volta appositamente a comprendere tutte le fattispecie lesive della libertà sessuale, oppure quella di collocare queste ultime all'interno della sezione dedicata alla tutela della libertà morale.

A propendere per quest'ultima soluzione vi sono coloro che qualificano la libertà sessuale come una libertà positiva, consistente nella libertà di scegliere con chi e quando avere rapporti sessuali. In relazione a questo aspetto essa divergerebbe dalla libertà personale, dal contenuto essenzialmente negativo, ossia intesa come libertà "da ogni forma di sopraffazione sessuale ad opera di terzi, sopraffazione che deve attingere la corporeità sessuale della parte offesa"²⁹⁴, rappresentando, invece, una specificazione della libertà morale, ossia della libertà di autodeterminarsi in ambito sessuale²⁹⁵. A sostegno di tale affermazione vengono addotte le ipotesi di violenza sessuale "per induzione": la loro sussistenza renderebbe evidente il fatto che il bene tutelato dal reato

²⁹³ M. ROMANO in M. ROMANO – G. GRASSO – T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 2687.

²⁹⁴ S. R. PALUMBIERI, *Introduzione*, in *Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, in A. CADOPPI (a cura di), *I reati contro la persona* diretto da A. CADOPPI – S. CANESTRARI – M. PAPA, Utet, Torino, 2006, pag. 13.

²⁹⁵ Sul punto si veda F. MANTOVANI, *Diritto penale. I delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale. Appendice ai delitti contro la persona*, Cedam, Padova, 1998, pag. 3. L'Autore afferma che "la libertà sessuale è "libertà di", è libertà interna di autodeterminazione in funzione della libertà stessa di agire nel campo della sessualità".

non è il corpo della vittima, essendo la condotta caratterizzata dalla mancanza di coercizione, quanto piuttosto la sua libertà morale.

L'introduzione di una fattispecie autonoma si pone, invece, in linea con il pensiero di quanti condividono una posizione sostanzialmente intermedia, ritenendo non vi sia incompatibilità tra la tesi che predilige la qualificazione della libertà sessuale come un aspetto della libertà morale e quella che invece considera preferibile ricondurla alla libertà personale. Il reato di violenza sessuale, infatti, realizza al contempo una violazione della libertà di autodeterminarsi in ambito sessuale e della corporeità del soggetto passivo²⁹⁶.

In tale ottica, la creazione di una sezione autonoma all'interno del capo III del titolo XII del libro II, si presenterebbe come la soluzione capace di riflettere entrambe le componenti del bene giuridico protetto: diritto a non subire l'altrui sopraffazione sessuale, nonché libertà di disporre del proprio corpo e di compiere libere scelte in relazione alla propria sessualità.

3. Un nuovo spaccettamento delle fattispecie: stupro, abuso sessuale, molestie

Traendo spunto dall'esperienza americana, nonché dalla tendenza maggiormente seguita nei Paesi europei differenti dal nostro, sembrerebbe opportuno diversificare le condotte penalmente rilevanti, sulla base dell'entità dell'offesa arrecata. Una tale impostazione non avrebbe solo l'effetto rendere la risposta sanzionatoria proporzionale al disvalore dell'offesa, ma, dal punto di vista del reo, consentirebbe di graduare lo stigma generalmente connesso all'integrazione di tali fattispecie di reato. In tal senso si ritiene di poter immaginare la creazione di un sistema di tutela imperniato su tre differenti norme incriminatrici, ognuna di esse costituita da due fattispecie che riflettano le modalità adoperate per la commissione del delitto. In particolare, al delitto di stupro, espressione del grado massimo di lesione al bene giuridico protetto, potrebbe accostarsi un reato di abuso sessuale, oltre ad un'autonoma ipotesi delittuosa di molestie sessuali. In relazione ad ognuno di questi reati si

²⁹⁶ M. VIZZARDI in G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Commento all'art. 609 bis c.p.*, in Codice penale commentato, IV ed., Wolters Kluwer, Milano, 2015. A parere di tali autori, peraltro, il reato di cui all'art. 609 bis c.p. sarebbe posto a tutela, oltre che della libertà sessuale, anche della dignità della persona in ambito sessuale intesa come "diritto di ciascuna persona a non essere ridotta al rango di un oggetto alla mercé dei desideri sessuali altrui".

dovrebbe poi differenziare il caso in cui il fatto sia compiuto nella totale mancanza di consenso da parte della persona offesa (ipotesi che rifletterebbe l'attuale primo comma dell'art. 609 bis c.p.), da quello in cui il consenso, seppure viziato, vi sia (come si verifica nella previsione dell'attuale secondo comma dell'art. 609 bis c.p.).

Con riguardo alla tecnica di formulazione delle tre norme si ipotizza una dettagliata tipizzazione delle fattispecie di stupro e di molestie sessuali, diversamente configurandosi il delitto di abuso sessuale come un'ipotesi di tipo residuale, di gravità intermedia.

L'ambito applicativo del reato di stupro potrebbe limitarsi ai casi in cui il soggetto attivo realizza atti sessuali di tipo penetrativo a danno della persona offesa, sia con l'utilizzo di parti anatomiche, sia mediante oggetti. Richiamando la disciplina prevista nel codice penale dello Stato della California, una tale ipotesi sussumerebbe al suo interno i reati ivi denominati “*rape*”, “*sodomy*”, “*oral copulation*”, “*object rape*” e “*sexual penetration*”²⁹⁷.

Per ciò che concerne la fattispecie di molestie sessuali, devono essere svolte le seguenti considerazioni, che tengono conto dei risultati dell'indagine compiuta sulle sentenze emesse dal Tribunale di Milano.

Si richiamano, a tal proposito, i dati inerenti all'applicazione della fattispecie di cui all'art. 609 bis ultimo comma c.p. L'interrogativo che ci si potrebbe porre è se, alla luce della sostanziale omogeneità dei casi che integrano tale ipotesi, essi possano essere ricondotti ad una fattispecie autonoma, coincidente, per l'appunto, con quella delle molestie sessuali (dal contenuto significativamente diverso rispetto all'attuale figura di molestie di cui all'art. 660 c.p.).

Il vantaggio di “sfuggire” dalla fattispecie circostanziale risiede essenzialmente nel fatto che, in tal modo, le condotte ivi sussumibili finirebbero per essere sottratte all'evenienza di risultare subvalenti nel giudizio di bilanciamento ai sensi dell'art. 69 c.p. Al contempo, dando veste autonoma al “fatto di minor gravità”, si eviterebbe che il riconoscimento della sua sussistenza da parte dell'organo giudicante possa neutralizzare l'effetto sanzionatorio deteriore derivante dall'applicazione di un'aggravante.

²⁹⁷ Sezioni 261, 262, 286, 288a e 289 del *Cal. Penal Code*.

Dallo studio dei dati offerti dalla giurisprudenza, si potrebbe affermare che al fine dell'integrazione della fattispecie attenuata di cui all'art. 609 bis ultimo comma c.p. debbano ricorrere le seguenti circostanze.

Innanzitutto, deve limitarsi la condotta penalmente rilevante ai comportamenti di mero struscio, palpeggiamento e tocco. Secondariamente, l'autore del reato non deve aver fatto ricorso all'uso di una violenza ulteriore rispetto a quella necessaria per l'integrazione di tali atti. Da ultimo, la repentinità dell'azione deve aver impedito alla vittima di manifestare il proprio dissenso.

Il reato di molestie sessuali potrebbe, quindi, punire la condotta di colui che compia "strusciami", "toccamenti" e "palpeggiamenti" insidiosi o repentini o comunque tali da inibire la capacità di reazione della persona offesa.

Sarebbe, infine, riconducibile all'ipotesi residuale di abuso sessuale, ogni tipo di contatto sessuale non consensuale, lesivo del bene giuridico protetto, che non rientri in una delle due ipotesi appena esaminate. A livello di formulazione della fattispecie può ipotizzarsi l'operatività di una clausola di sussidiarietà ("fuori dai casi di"), che limiti l'applicabilità della nuova fattispecie ai casi in cui non sia integrato il più grave delitto di stupro.

Una siffatta tripartizione delle condotte penalmente rilevanti non riaprirebbe, peraltro, il problema connesso all'opportunità di non esporre la vittima a domande intrusive della propria sfera privata, con conseguente duplice lesione della libertà di autodeterminazione sessuale (c.d. vittimizzazione secondaria). Infatti, alla fattispecie, per così dire intermedia, di abuso sessuale, finirebbero per essere ricondotti comportamenti del tutto eterogenei che abbiano in comune il solo fatto di non integrare il reato di stupro né di concretizzarsi in meri atti insidiosi, repentini e fugaci.

L'elemento che andrebbe accertato coincide certamente con la necessità di comprendere se vi sia stato un rapporto sessuale "penetrativo" o meno, ma ciò pare che sia quello che già gli interpreti richiedano per escludere l'applicabilità della circostanza attenuante dei casi di minor gravità. In altre parole, è già oggi necessario, in vigore dell'attuale dato normativo e per applicare la diminuzione di cui all'ultimo

comma dell'art. 609 bis c.p., indagare i tratti essenziali della violenza posta in essere, per darne una corretta qualificazione giuridica²⁹⁸.

Ciò che resta da chiedersi è se all'introduzione del reato di molestie sessuali si debba necessariamente accompagnare la totale abrogazione dell'attenuante speciale oggi prevista per i casi di minore gravità, oppure possa sopravvivere con connotazioni differenti.

Le criticità che presenterebbe una soluzione del primo tipo sarebbero connesse al fatto che in tal modo si eliminerebbe la possibilità di applicare un trattamento sanzionatorio più favorevole al soggetto che, pur resosi responsabile del reato, tuttavia l'abbia realizzato con modalità tali da rivelarsi meno lesive della libertà sessuale del soggetto passivo. Ricollegandosi a quanto sopra detto, dal momento che nella fattispecie di molestie sessuali potrebbero rientrare unicamente alcune ipotesi tassativamente determinate, si rischierebbe di originare un vuoto di tutela in quei casi in cui, pur non essendovi i requisiti necessari per l'integrazione delle molestie, tuttavia la condotta sia svolta con modalità meno gravi.

Ove, in ipotesi, il palpeggiamento non sia fugace e repentino (ossia posto in essere cogliendo di sorpresa la vittima), ma sia realizzato dall'autore del reato dopo averla strattonata o immobilizzata, si potrebbe ipotizzare la sussistenza dell'ipotesi attenuata del reato di abuso sessuale, per distinguerlo dal caso in cui quest'ultimo sia integrato da condotte maggiormente lesive del bene giuridico protetto.

Si ritiene che il mantenimento di una circostanza attenuante speciale accanto al nuovo delitto di molestie sessuali non determinerebbe un'inutile duplicazione normativa, anzi la previsione circostanziale permarrebbe come una sorta di "salvagente" per scongiurare i vuoti di tutela che potrebbero derivare da una sua abrogazione e dalla contestuale introduzione di una nuova incriminazione autonoma avente struttura vincolata.

²⁹⁸ Ove si ritenesse di non accogliere un sistema caratterizzato dalla diversificazione delle condotte in tre differenti tipologie, residua la possibilità di distinguere tra le interrelazioni sessuali più gravi e quelle integranti unicamente il reato di molestie. Le prime comprenderebbero sia gli atti di penetrazione sessuale, che, quelle condotte sessuali che potrebbero essere definite "intermedie" (ossia più gravi di quelle "moleste" ma meno gravi di quelle penetrative).

Sempre con riferimento all'introduzione di ipotesi circostanziali speciali, ci si è interrogati sulla possibilità di inserire due circostanze aggravanti speciali riferibili al nuovo reato di molestie, che tengano conto del contesto in cui esso sia stato commesso. In particolare si fa riferimento al caso in cui il delitto sia realizzato nei luoghi di lavoro oppure in luoghi deputati all'istruzione.

Sollecitazioni in tal senso provengono soprattutto dal confronto con l'ordinamento statunitense.

Con riferimento alla prima tipologia si osserva che l'elevata diffusione del fenomeno delle molestie sessuali sui luoghi di lavoro rappresenta una problematica di assoluto allarme sociale negli Stati Uniti.

Dall'esame dei dati risultanti dall'indagine avente ad oggetto le sentenze del Tribunale di Milano non si registrano, peraltro, numeri elevati. A tal proposito si ricorda che in soli undici casi su 164 il reato sessuale è stato posto in essere da parte del datore di lavoro o di un dipendente in posizione gerarchicamente sovraordinata nei confronti di un altro dipendente. Peraltro, in tutti questi casi il comportamento è stato qualificato come "fatto di minor gravità" ai sensi dell'art. 609 bis ult. comma c.p.), soprattutto in ragione della tipologia di condotta adoperata, mai violenta e mai concretizzatasi in atti sessuali penetrativi.

Considerazioni simili possono svolgersi per il caso in cui le condotte di molestia sessuale siano realizzate in ambiente universitario. Dal campione esaminato emergono unicamente quattro casi in cui il reato sessuale è stato compiuto in tale contesto (in tre di essi da parte di un docente nei confronti di una studentessa e in uno di essi da parte di un compagno di corso). Anch'essi sono accomunati dal fatto di esser comportamenti non violenti, di tipo non penetrativo, realizzati in modo subdolo e repentino, in modo da inibire la capacità di reazione della persona offesa. Quest'ultima, inoltre, come per il caso in cui le molestie siano commesse sui luoghi di lavoro, si ritiene possa trovarsi in una condizione di soggezione particolare nei confronti del suo aggressore, tale da farle ritenere inopportuno reagire.

L'introduzione di aggravanti speciali che determinino l'applicazione di un trattamento sanzionatorio deteriore per il caso in cui il soggetto delinqua in tali contesti, pur non rispondendo, così sembra, alla necessità di far fronte ad una "emergenza sociale", potrebbe, in ogni caso, porsi come espressione dell'intenzione legislativa di additare

come maggiormente rimproverabile la molestia sessuale posta in essere in danno di una vittima che fatichi a difendersi e a reagire proprio in ragione dell'ambiente in cui si trovi, del rapporto intercorrente con il suo aggressore, nonché del timore di eventuali ritorsioni da parte di quest'ultimo (sia esso professore o datore di lavoro).

4. L'ipotizzabilità di una fattispecie autonoma che incrimini gli atti di esibizionismo o autoerotismo compiuti al cospetto della persona offesa

Alla luce della nuova tripartizione ipotizzata resta da comprendere che sorte possano avere quegli atti che vengono compiuti al cospetto della persona offesa, pur senza realizzare un'intrusione nella fisicità della vittima.

Si è già detto dell'inidoneità della fattispecie di violenza privata a reprimere condotte di questo tipo. Tuttavia, pare che dalla necessità del contatto *corpore corpori*, richiesta dalla giurisprudenza in maniera sostanzialmente univoca, non si possa prescindere.

In tal senso mi pare deponga anche quella giurisprudenza che individua proprio nell'esistenza di un contatto materiale il *discrimen* tra il mero tentativo e la consumazione. Ove l'atto sessuale non determini un'intrusione nella corporeità del soggetto passivo, il reato sarà punibile solo nella sua forma tentata.

Dall'analisi della giurisprudenza di merito esaminata vi è, peraltro, conferma di tale impostazione: la punibilità a titolo di violenza sessuale di un atto di masturbazione compiuto in presenza della persona offesa è motivata dal fatto che l'autore del reato abbia poi eiaculato sulla stessa²⁹⁹.

In particolare, l'imputazione *de qua* è così formulata: “*con violenza consistita nella repentinità dell'azione che non consentiva un'adeguata difesa della vittima [...] mentre si trovava a bordo del treno [...] si avvicinava alla vittima e posizionandosi in piedi sui sedili posti alle spalle di quello ove era seduta la persona offesa, si masturbava eiaculando sulla testa della donna*”.

Nella parte motivazionale della sentenza il giudice, pur valorizzando il fatto che il bene giuridico leso dal reato sessuale non si limiti alla fisicità della persona, ma infici la sua libertà di autodeterminazione, non abbandona l'impostazione per cui l'atto debba comunque coinvolgere la corporeità della vittima. Nello specifico si legge che: “*la*

²⁹⁹ Trib. Milano, sent. n. 3566 del 2016

condotta vietata dell'art. 609 bis c.p. comprende, oltre ad ogni forma di congiunzione carnale, qualsiasi atto che, risolvendosi in un contatto corporeo, ancorché fugace ed estemporaneo, tra soggetto attivo e soggetto passivo, o comunque coinvolgendo la corporeità sessuale di quest'ultimo, sia finalizzato e idoneo a porre in pericolo la sua libertà di autodeterminazione nella sfera sessuale (Sez. 3, sentenza n. 35625 del 11/7/2007, Polifrone)". Tale corporeità viene in quel caso recuperata valorizzando il fatto che *"l'imputato non si è limitato a masturbarsi al cospetto della vittima, ma le ha eiaculato addosso, fatto che integra un consumato contatto di tipo sessuale con la corporeità della vittima"*.

Argomentando *a contrario* si ritiene di poter affermare che qualora l'atto di masturbazione compiuto dall'autore del reato al cospetto della persona offesa non si concluda con l'eiaculazione avvenuta sul corpo di quest'ultima, non sarebbe integrato il delitto di violenza sessuale, ma il differente reato di violenza privata.

È quindi necessario ricercare una soluzione differente per la punibilità di tutti quegli atti di masturbazione ed esibizionismo che non sfocino in un contatto con il corpo della vittima del reato.

Tale soluzione mi pare che possa essere individuata nella creazione di una fattispecie incriminatrice *ad hoc* che, per l'appunto, punisca gli atti di esibizionismo ed autoerotismo compiuti al cospetto della persona offesa.

All'interno di questa fattispecie l'offesa potrebbe poi essere graduata a seconda della gravità, prevedendo, ad esempio, un'aggravante speciale per il caso in cui l'atto compiuto dall'autore del reato si concluda con un'intrusione nella corporeità della vittima.

Dovrebbe escludersi, per tale fattispecie, la configurabilità del tentativo, perché l'atto di esibizionismo o masturbazione dovrebbe configurare un reato unisussistente che, in quanto tale, non consente il frazionamento del processo esecutivo.

5. La centralità del dissenso della persona offesa

Ulteriore profilo oggetto di discussione, le cui problematiche hanno trovato riscontro anche nell'esame della casistica giurisprudenziale, riguarda le modalità della condotta richieste per la realizzazione del reato.

In particolare, secondo il dettato normativo attualmente vigente, è punibile a titolo di violenza sessuale “per costrizione” colui che realizza la condotta incriminata con violenza, minaccia o abuso di autorità. Diversamente, risponderà di violenza sessuale “per induzione” colui che, per farlo, abusi delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della vittima o la tragga in inganno mediante sostituzione di persona.

Come già si è visto il *discrimen* tra le due fattispecie si ravvisa nel fatto che nel primo caso, per come formulata la norma, non rileva il consenso della persona offesa, ma il legislatore desume dalla ricorrenza dei requisiti della violenza, della minaccia e dell’abuso di autorità l’integrazione del reato.

All’opposto, a denotare la fattispecie c.d. induttiva è il fatto che la persona offesa abbia consentito all’atto, ma il suo consenso sia viziato in quanto, appunto, ottenuto con l’inganno o con approfittamento della sua condizione da parte dell’autore del reato.

Si è già avuto modo di cogliere, soprattutto alla luce del confronto con l’ordinamento statunitense, la fallacia di un sistema che pretenda la sussistenza di comportamenti violenti, minacciosi o di abuso di autorità ai fini dell’integrazione del reato di violenza sessuale, non focalizzandosi su quell’elemento che, invece, pare debba rivestire un ruolo centrale in tale tipo di reati: il dissenso della persona offesa.

A ben vedere, una simile impostazione, pur non accolta dal legislatore (essendo il dato normativo ancora invariato), è, tuttavia, quella seguita dagli interpreti nell’accertamento della sussistenza del reato di violenza sessuale.

Infatti si è già detto come la concezione di violenza adottata nella prassi sia, per così dire, “spiritualizzata”. In altre parole, si prescinde dalla necessaria esplicitazione di una coazione fisica nei confronti della persona offesa, come pure dalla pretesa di un onore di resistenza in capo alla persona offesa, finendosi per qualificare come “violento” qualsiasi atto o fatto da cui consegua la limitazione della libertà sessuale del soggetto passivo.

Ciò è confermato dall’inclusione, ormai pacifica, degli atti sessuali repentini, compiuti improvvisamente e all’insaputa della vittima tra quelli idonei ad integrare il reato di violenza sessuale.

Quello che rileva, in questi casi, è il fatto che la vittima sia stata resa incapace di esprimersi in ragione della repentinità con cui viene compiuto l’atto sgradito.

Non si punisce, quindi, un atteggiamento violento in sé, ma il fatto che tale comportamento sia stato imposto alla vittima senza dare a quest'ultima la possibilità di reagire.

Si ritiene che una tale “spiritualizzazione” del concetto di violenza rischi di generare effetti distorsivi nell'ordinamento. In ossequio al principio della certezza giuridica, ogni termine deve possedere un significato che si mantenga costante ed uniforme in tutto l'ordinamento.

Attribuire al concetto di violenza, nell'ambito dei reati sessuali, un'interpretazione così poco letterale genera conseguenze inopportune se si pone mente ad altre fattispecie incriminatrici, anch'esse aventi la violenza come elemento costitutivo.

Il raffronto potrebbe, ad esempio, esser fatto con il delitto previsto dal legislatore all'art. 337 c.p., che punisce la condotta di chi “usa violenza o minaccia per opporsi a un pubblico ufficiale o a un incaricato di pubblico servizio, mentre compie un atto di ufficio o di servizio, o a coloro che, richiesti, gli prestano assistenza”.

La giurisprudenza prevalente in materia ha dato al concetto di violenza una lettura restrittiva. In particolare, si è espressamente escluso che possa esser qualificata come tale quella che si estrinsechi in meri atti di resistenza, senza trasmodare in modalità esteriormente percepibili come aggressive e riottose³⁰⁰.

Già solo per tale ragione pare opportuno suggerire un ripensamento del dato normativo in materia di reati sessuali, che prescindano dal requisito della violenza.

³⁰⁰ In tal senso Cass. pen., sez. VI, sent. n. 6069 del 13.1.2015: “Ai fini della configurabilità del reato di resistenza a pubblico ufficiale non è necessario che la violenza o la minaccia sia usata sulla persona del pubblico ufficiale, ma soltanto che sia stata posta in essere per opporsi allo stesso nel compimento di un atto di ufficio, con la conseguenza che è sufficiente anche la violenza sulle cose, la quale non è però configurabile quando la condotta si traduce in un mero atteggiamento di resistenza passiva”. Conformemente Cass. pen. sez. VI, sent. n. 45868 del 15.5.2012: “Nel delitto di resistenza a pubblico ufficiale è necessario che la violenza o la minaccia siano reali e connotino in termini di effettività causale la loro idoneità a coartare o ad ostacolare l'agire del pubblico ufficiale, in ragione del dolo specifico che deve sorreggere il comportamento del soggetto agente. (In applicazione di questo principio, la Corte ha escluso che integrasse il reato in questione la pronuncia di frasi volgari e genericamente minacciose all'indirizzo di Carabinieri che procedevano al controllo dell'osservanza degli obblighi connessi ad una misura di prevenzione personale imposta all'imputato, senza che lo stesso ostacolasse o tentasse di ostacolare l'operato dei militari).” Già in precedenza sez. VI, sent. n. 37352 del 5.6.2008: “Ai fini dell'integrazione del delitto di cui all'art. 337 cod. pen., è necessario il verificarsi di atti positivi d'aggressione o di minaccia che impediscano al pubblico ufficiale di compiere l'atto del proprio ufficio, rimanendo al di fuori della fattispecie un comportamento di mera disobbedienza o resistenza passiva.”

Tale affermazione si rafforza, a mio avviso, se si tiene conto di un altro aspetto, che è emerso dallo studio della prassi giurisprudenziale in materia.

Si fa riferimento alla tendenza, da parte degli interpreti, di qualificare come violenza sessuale commessa mediante induzione (art. 609 bis comma 2 n. 1 c.p.) la condotta di colui che abusi di una vittima addormentata, sotto assuefazione, sedata o anestetizzata. È chiaro che, in simili circostanze, della “violenza” comunemente intesa non vi sia neanche l’ombra e che il fatto che l’atto sessuale sia sgradito risiede tutto nella mancata manifestazione da parte della vittima del consenso.

Proprio in relazione a tale profilo si ritiene poco giustificabile una simile prassi. Si è detto, infatti, che il *discrimen* essenziale tra il caso in cui il reato di violenza sessuale sia realizzato per costrizione e quello in cui sia realizzato per induzione risiede nel fatto che in quest’ultimo la vittima ha consentito all’atto, ma lo abbia fatto perché ingannata o perché incapace di comprenderne l’effettivo disvalore, trovandosi in uno stato di condizione di inferiorità fisica o psichica. Quest’ultima, però, secondo la dottrina prevalente, deve coincidere con una condizione permanente, o comunque prolungata nel tempo, certamente non momentanea. Il riferimento va, ad esempio, al caso in cui il soggetto passivo sia un minore³⁰¹, un’incapace o una persona che si trovi in uno *status* di inferiorità costante.

Delle due l’una: o si condivide questa giurisprudenza dicendo che il consenso all’atto sessuale si presume, per cui, ove non vi è manifestazione di dissenso, l’atto è consensuale, oppure mi sembra di poter dire che una simile qualificazione abbia trovato strada proprio per evitare, riconducendo tali ipotesi alla fattispecie del comma 1 dell’art. 609 bis c.p., che l’interpretazione c.d. ortopedica della nozione di violenza si spingesse troppo oltre (in altre parole, che si conferisse al concetto di violenza una lettura “troppo spiritualizzata”).

Diverso è, invece, il caso in cui la vittima sia ubriaca o sotto effetto di sostanze stupefacenti, ma vigile. Qualora, in una simile circostanza, quest’ultima manifesti il

³⁰¹ L’ipotesi si differenzia dal caso in cui sia integrato il reato di atti sessuali con minorenne. Secondo la giurisprudenza di legittimità “Il delitto di violenza sessuale commessa ai danni di persona infraquattordicenne di cui agli artt. 609-bis, comma secondo, n. 1 e 609-ter, comma primo, n. 1, cod. pen., si distingue dalla fattispecie a forma libera di atti sessuali con minorenne per la presenza di una condotta di induzione, ossia per l’attività di persuasione del minore succube e passivamente tollerante, che manca nel reato disciplinato dall’art. 609-quater cod. pen., nel quale il consenso del minore è viziato dalla condizione di inferiorità dovuta all’età.” (Sez. III, sent. n. 44530 del 17.5.2018).

consenso all'atto sessuale, verbalmente o cooperando nell'atto stesso, e, terminato l'effetto della sostanza stupefacente, si ravveda e riconosca che quello che è successo è un abuso, potrebbe correttamente qualificarsi il comportamento del soggetto attivo ai sensi dell'art. 609 bis comma 2 n. 1 c.p., in quanto il consenso, che è stato prestato dalla vittima, si presume invalido. Invero, è significativamente diversa la situazione che vede la vittima ubriaca, e per tal ragione incapace di esprimere un valido consenso, da quella in cui la stessa sia del tutto addormentata per via dell'abuso di sostanze psicotrope o stupefacenti: non si può, in quest'ultimo caso, parlarsi di consenso non validamente prestato, in quanto non vi è traccia di consenso alcuno.

La necessità, quindi, di prescindere dall'accertamento delle modalità della condotta richieste dall'attuale primo comma dell'art. 609 bis c.p. per considerare integrato il reato pare desumersi da diversi elementi.

Un ruolo importante può avere, a mio parere, in un simile processo di riforma il riferimento all'esperienza californiana, riconducibile alla legge nota come "*Yes means Yes*". La sollecitazione ad introdurre la regola del c.d. consenso affermativo per prevenire le violenze nei campus universitari nasceva proprio dall'allarme sociale generato dalla frequenza di casi in cui venivano compiuti atti sessuali in danno di studenti e studentesse, all'interno dei campus universitari, che si trovavano in stato di assuefazione dovuto all'abuso di alcool e stupefacenti. Il passaggio dall'ottica del "*no means no*" a quella dello "*yes means yes*" sta proprio a valorizzare l'esigenza che, per escludere che vi sia abuso sessuale, il consenso deve essere manifestato. Non si può, in altre parole, trarre dalla mancanza del dissenso un elemento a favore della non configurabilità del reato.

È quindi dalla prassi, nonché dal confronto con altri ordinamenti, che appare necessario conferire centralità al ruolo del consenso della persona offesa in tali reati. Un tale mutamento potrebbe porre fine a molte problematiche interpretative, nonché alle criticità appena analizzate, che si presentano nell'applicazione della norma.

Mi pare di poter escludere che con una modifica di questo tipo si determini un eccessivo ampliamento dei confini delimitanti l'ambito applicativo del reato in questione, in quanto, in verità, non si farebbe altro che conferire maggior coerenza al sistema, oltre che conformare il dato normativo all'interpretazione fatta propria dall'orientamento giurisprudenziale ormai prevalente in materia di violenza sessuale.

In tal senso è opportuno richiamare una recente pronuncia dei giudici di legittimità³⁰², dalla quale già si evince come sia la mancanza del consenso della persona offesa il vero nucleo precettivo della fattispecie.

Ivi, infatti, si legge che: *“integra l'elemento oggettivo del reato di violenza sessuale non soltanto la condotta invasiva della sfera della libertà ed integrità sessuale altrui realizzata in presenza di una manifestazione di dissenso della vittima, ma anche quella posta in essere in assenza del consenso, non espresso neppure in forma tacita, della persona offesa. Conseguente che il consenso deve essere validamente prestato e deve permanere durante tutto l'arco di tempo in cui sono compiuti gli atti sessuali. L'esimente putativa del consenso dell'avente diritto non è configurabile nel delitto di violenza sessuale [...]”*³⁰³.

Nello stesso senso si era già espressa la giurisprudenza di legittimità, poco meno di un anno prima³⁰⁴.

In tale procedimento, conclusosi in primo grado con una sentenza di condanna per violenza sessuale (parzialmente riformata in grado d'appello in relazione al trattamento sanzionatorio)³⁰⁵, la difesa aveva proposto ricorso per Cassazione adducendo, tra i motivi di impugnazione, quello per cui *“per la configurabilità del reato di cui all'art. 609 bis c.p., è necessario un inequivoco e manifesto dissenso della persona offesa ai contatti sessuali posti in essere dall'agente, nonché la consapevolezza di quest'ultimo del dissenso della persona offesa. In assenza di questi essenziali presupposti non si può configurare il dolo del reato di violenza sessuale. Inoltre potrebbe ricorrere una fattispecie di errore sul fatto, non punibile ai sensi dell'art. 47 c.p.”*.

I giudici di legittimità, dichiarando inammissibile il ricorso, hanno affermato che *“non può ritenersi valido (neanche) un consenso putativo, o un errore sul fatto (il consenso)*

³⁰² Cass. pen., sez. III, sent. n. 20780 del 19.03.2019.

³⁰³ Cass. pen., sez. III, sent. n. 20780 del 19.03.2019.

³⁰⁴ Cass. pen., sez. III, sent. n. 43565 del 11.07.2018.

³⁰⁵ Nello specifico, il comportamento criminoso posto in essere dall'imputato era così descritto: *“imponendo materialmente gli atti e comunque abusando delle condizioni di inferiorità fisica e psichica della persona offesa, che dormiva versando in stato di alterazione dipendente dall'assunzione di bevande alcoliche e di sostanze stupefacenti (cannabinoidi), costringeva la predetta a subire atti sessuali, costituiti in una penetrazione digitale vaginale e nella masturbazione dei propri organi genitali ad opera del N., atti posti in essere sul divano posteriore del veicolo dell'uomo dove la F. era salita con la prospettiva di essere riaccompagnata a casa”*.

come pure richiede il ricorrente nel ricorso per cassazione (art. 47 c.p., comma 1): l'esimente putativa del consenso dell'avente diritto non è configurabile nel delitto di violenza sessuale, in quanto la mancanza del consenso costituisce requisito esplicito della fattispecie e l'errore sul dissenso si sostanzia, pertanto, in un errore inescusabile sulla legge penale."³⁰⁶

Tornando ai termini della proposta, va chiarito ciò che sino ad ora si è dato per scontato, ossia che alla eliminazione del requisito della violenza dalla fattispecie dell'art. 609 bis comma 1 c.p. dovrebbe accompagnarsi l'eliminazione delle altre modalità costrittive enunciate dalla norma. La mera mancanza del consenso, infatti, diverrebbe l'unico requisito rilevante ai fini dell'integrazione della fattispecie incriminatrice, idoneo ad assorbire anche i casi di violenza sessuale ad oggi qualificati come commessi "con minaccia" o "mediante abuso di autorità".

Non avrebbe senso, infatti, accostare ad un'ipotesi più ampia, già di per sé sufficiente a realizzare un'effettiva tutela del bene giuridico richiesto, due ipotesi minori, che perderebbero autonoma rilevanza.

Si ritiene, piuttosto, che l'eventuale ricorso, da parte dell'autore del reato, a una violenza fisica che si riveli particolarmente grave, alla minaccia o all'abuso, potrebbe eventualmente integrare una circostanza aggravante, applicabile al reato base.

Ciò in quanto l'utilizzo massiccio di forza fisica o il timore indotto dall'agente di gravissimi danni da questi derivanti, quali strumenti di ottenimento del rapporto sessuale non voluto dalla vittima, connoterebbero la condotta di sopraffazione sessuale di un *quid pluris* in termini sia di offensività oggettiva del fatto, sia di portata offensiva del fatto sia di maggiore rimproverabilità dell'autore.

Quest'ultimo, infatti, anziché limitarsi ad approfittare di una situazione di mancata opposizione della persona offesa, derivante da uno stato psichico causato da altri, o da fattori obiettivi, si attiva concretamente in maniera violenta per sottomettere la persona aggredita al proprio volere sessuale. Una tale constatazione giustifica che vi sia da parte dell'ordinamento una risposta sanzionatoria particolarmente severa.

Resta da chiedersi se sia preferibile l'adozione di un modello c.d. consensualistico "puro" (quello fatto proprio dalla regola del "*Yes means Yes*"), incentrato sulla mera

³⁰⁶ Pur condividendosi la ratio sottesa a tale argomentazione si segnala in termini quanto meno dubitativi la configurabilità dell'errore sul dissenso come "errore inescusabile sulla legge penale".

assenza del consenso, oppure “limitato”, che richieda la sussistenza del dissenso del soggetto passivo.

Si ritiene che solo l’adozione di una soluzione del primo tipo si porrebbe in conformità con le nuove esigenze di tutela rafforzata della libertà sessuale.

Da un lato, infatti, rifletterebbe la ormai acclarata distinzione tra le interrelazioni sessuali effettivamente non consensuali e quelle “apparentemente” consensuali.

In queste ultime, invero, anche in assenza di un’opposizione fisica, la vittima subisce un’intrusione nella propria sfera sessuale da parte di un soggetto che non si preoccupa di acquisire il consenso all’atto. Ed infatti è chiaro che la situazione di una persona che si trovi a subire una penetrazione, o un altro contatto sessualmente rilevante, senza compiere alcun atto di opposizione in quanto paralizzata dallo stato fisio - psichico cagionato dal contesto particolarmente coartante sia del tutto equiparabile a quella di una persona la quale subisca una sopraffazione sessuale caratterizzata da schiaffi, pugni o minacce gravi e non a quella di un soggetto che aderisca consensualmente ad un approccio sessuale.

Una modifica legislativa che valorizzi questo aspetto avrebbe la conseguenza di far venir meno la necessità di compiere procedimenti analogici in sede pretoria per estendere la violenza a casi in cui la stessa esiste solo nella mente (pietrificata) della vittima.

Dall’altra, solo con l’accoglimento di un modello consensualistico c.d. “puro” si risolverebbe il problema determinato dal caso in cui la vittima non si renda conto di quello che le sta succedendo, trovandosi in uno stato in cui non può manifestare la propria volontà.

Se, infatti, in presenza del dissenso della vittima, indipendentemente dall’esercizio di violenza, minaccia o altre modalità della condotta espressive di un atteggiamento di sopraffazione, l’attività sessuale realizzata è ritenuta penalmente illecita sia in un ordinamento che accoglie il modello consensualistico “puro” che in uno che propende per quello “limitato”, lo stesso non può dirsi qualora l’atto sessuale sia posto in essere in assenza del consenso della vittima ma senza alcuna manifestazione dissenziente da parte della stessa.

Casi di questo genere integrerebbero senza dubbio la soglia dell'illiceità penale nel modello c.d. puro, ivi mancando del tutto il consenso, mentre nel modello "limitato" dovrebbero essere esclusi dalla tipicità.

Con l'inserimento della locuzione "senza il consenso della vittima" nella fattispecie incriminatrice, l'onere probatorio gravante sulla pubblica accusa si esaurirebbe nel provare la mancata acquisizione del consenso da parte del soggetto agente e non la sussistenza della sua contraria volontà (che, invece, sarebbe richiesta qualora si accogliesse un modello consensualistico per così dire "limitato", nel quale le fattispecie incriminatrici in materia di violenza sessuale debbano essere strutturalmente focalizzate sul requisito del dissenso sessuale del soggetto passivo).

BIBLIOGRAFIA

ALIMENT R., *Saying yes: how California's affirmative consent policy can transform rape culture*, 14 Seattle J. Soc. Just. 187 (2015).

ALZADON B. D. - MIZRACHI S. – JENSEN R. L., *Sexual Harassment*, 1 Geo. J. Gender & L. 583 ss. (2000).

AMARELLI G., *Violenza sessuale: presupposti per la riduzione della pena per i fatti di minore gravità*, in *Quotidiano giuridico*, 19 novembre 2015, pagg. 1- 3.

AMBROSINI G., *Le nuove norme sulla violenza sessuale – Legge 15 febbraio 1996, n. 66*, Utet, Torino, 1997.

ANDERSON M. J., *Campus sexual assault adjudication and resistance to reform*, 125 Yale L. J. 1940 (2016).

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte Speciale*, vol. I, XVI ed., Giuffrè, Milano, 2016.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, XIII ed., Giuffrè, Milano, 1999.

APRILE S., *I delitti contro la personalità individuale, schiavitù e sfruttamento sessuale dei minori* in MARINUCCI G. – DOLCINI E. (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Cedam, Padova, 2006.

BALBI G. in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO PENALE (a cura di), *La riforma dei reati contro la persona, Gruppo di lavoro sui reati in materia sessuale*, Torino, 9 – 10 novembre 2018.

BALBI G., *Tutela della libertà e dignità sessuale*, in PULITANÒ D. (a cura di) *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, Torino, Giappichelli, 2011, pag. 255 ss.

BALBI G., voce “*Violenza sessuale*”, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, agg. Vol. VII, Roma, 1999, pagg. 1 – 25.

BALZARINI M., voce “*Violenza (dir. rom.)*”, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XLVI, Roma, 1993, pag. 830 ss.

BASSI S. – RICCI P. – VENDITTO M., *Violenza sessuale e risposta istituzionale. Considerazioni critiche sulla nuova normativa penale in materia*, in *Giust. Pen.* I, 1996, pag. 373 ss.

BASSON A., *Sexual harassment in the workplace: an overview of developments*, 18 Stellenbosch L. Rev. 425 (2007).

BAUMER E. P., *Temporal Variation in the Likelihood of Police Notification by Victims of Rape, 1973-2000* (2004).

BELTRANI S., *La rilevanza penale del mobbing* in *Cass. pen., fasc.3, 2011*, pag. 1286 ss.

BERTOLINO M., *La riforma dei reati di violenza sessuale*, in *Studium iuris*, 1996, pag. 403 ss.

BERTOLINO M., *La tutela sessuale della persona nella disciplina dei reati sessuali*, in FIORAVANTI L. (a cura di) *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Giuffrè, Milano, 2001, pag. 165 ss.

BERTOLINO, M., *Commento agli articoli 609 bis - 609 duodecies c.p.*, in FORTI G.- SEMINARA S. – ZUCCALÀ G., *Commentario breve al codice penale*, VI ed., Wolters Kluwer, Cedam, Milano, 2015.

BLACK M. C. - BASILE K. C. - BREIDING M. J. - SMITH S. G. - WALTERS M. - MERRICK M. T. - CHEN J., STEVENS M. R., *The National Intimate Partner and Sexual Violence Survey, 2010 Summary Report*, Atlanta, Georgia (2011).

BLEICH J. – KLAUS K., *Sexual Harassment*, 58 Or. St. B. Bull. 15 (1998).

BOGAS K. L. – FELLMAN S. B., *Sexual harassment in the workplace*, 63 Mich. B.J. 818 (1984).

BORGOGNO R., *Il delitto di violenza sessuale* in COPPI F. (a cura di), *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Giappichelli, Torino, 2007.

BORGOGNO R., *Il delitto di violenza sessuale*, in COPPI (a cura di) *I reati sessuali*, Utet, Torino, 2000, pag. 94 ss.

BUCHHANDLER-RAPHAEL M., *Sexual abuse of power*, 21 U. Fla. J.L. & Pub. Pol'y 77 (2010).

CADOPPI A. – BALBI A. – BERTOLINO M. in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO PENALE (a cura di), *La riforma dei reati contro la persona, Gruppo di lavoro sui reati in materia sessuale*, Torino, 9 – 10 novembre 2018.

CADOPPI A. - CANESTRARI S. - PAPA M. (diretto da), *I reati contro la persona*, Utet, Torino, 2006.

CADOPPI A. (coordinato da), *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge 66 del 1996. Profili giuridici e criminologici. Atti del convegno (Parma, 24 – 25 marzo 2000)*, Cedam, Padova, 2001.

CADOPPI A., Art. 3, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale (Legge 15 febbraio 1996, n. 66): con un'appendice sull'iter della riforma*, AA. VV. (coordinati da A. CADOPPI), Cedam, Padova, 1996, pag. 34 ss.

CADOPPI A., *Commento all'art. 609 bis c.p.*, in CADOPPI A. (a cura di) *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, IV ed., Cedam, Padova, 2006, pag. 458 ss.

CADOPPI A., *Riflessioni critiche intorno alla nuova legge sulla violenza sessuale* in *Critica del diritto*, 1996.

CAPPAI M., *La qualificazione delle violenze prive di un contatto corpore corpori alla prova della recente giurisprudenza in tema di atti sessuali, nota a Cass., Sez. III, sent 19 novembre 2015 (dep. 5 maggio 2016), n. 18679, Pres. Amoresano, Rel. Aceto, in www.penalecontemporaneo.it, 10 febbraio 2017.*

CAPPAI M., *Guida alle norme contro la violenza sessuale*, Punto di Fuga editore Cagliari, 1997.

CERQUA L. D., *Considerazioni in tema di violenza carnale, nota a Trib. Bolzano 30 giugno 1982, in Giurisprudenza di merito*, 1984, II, pag. 135 ss.

CERQUA L. D., *La punibilità degli "atti sessuali" nel disegno di legge contenente nuove norme a tutela della libertà sessuale*, in *Giust. Pen.*, 1986, I, p. 349 ss.

DE SIMONE G., voce *Violenza (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, 1993, pag. 839 ss.

DELAMATER C., *What yes means yes means for new york schools: the positive effect of new york's efforts to combat campus sexual assault through affirmative consent*, 79 Alb. L. Rev. 591 (2015).

DOLCINI E., *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in MARINUCCI G. - DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 262 ss.

DOLKART J. L. - MALCHOW E. L., *Sexual harassment in the workplace: expanding remedies*, 23 Tort & Ins. L.J. 181 (1987).

DONINI M., *Commento all'art. 9 l. 15 febbraio 1996, n. 66 [art. 609-octies c.p. (violenza sessuale di gruppo)]*, in AA.VV., *Commentario delle norme sulla violenza sessuale*, a cura di CADOPPI A., Cedam, Padova, 1996, pagg. 311 ss.

DONINI M., *Sulla nozione di atti sessuali ex art. 609 bis c.p.: nuova legge, vecchia giurisprudenza?* in *Ind. Pen.*, 1998, pag. 209 ss.

FARADAY F., *Dealing with Sexual Harrassment in the workplace: the promise and imitations of human rights discourse*, 32 Osgoode Hall L. J. 33 (1994).

FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, III ed., Zanichelli, Bologna, 2002.

FIANDACA G., *La rilevanza penale del bacio tra anatomia e cultura* in *Foro.it*, 1998, II, pag. 507 ss.

FIANDACA G., voce *"Violenza sessuale"*, in *Enciclopedia del diritto*, agg. IV, Milano, Giuffrè, 2000.

- FROST E., *Sexual harassment in the workplace*, 71 Women Law. J. 19 (1985).
- GAMBARDELLA M., *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in PREZIOSI S. (a cura di), *Trattato di Diritto penale parte speciale. Delitti contro la famiglia*, Edizioni scientifiche italiane, Roma, 2011, pag. 522 ss.
- GATTA G. L., *La minaccia*, Aracne editrice S.r.l., Roma, 2013.
- GOISIS L., *La violenza sessuale: profili storici e criminologici. Una storia di genere* in www.penalecontemporaneo.it.
- GOURLEY E. C., *Getting to yes-means-yes: re-thinking responses to rape and rape culture on college campuses*, 52 Wash. U. J. L. & Pol'y 195 (2016).
- IANNIELLO R., *Proposta di una nuova disciplina delle molestie sessuali: un'espressione nuova per un problema antico*, in *Crit. Dir.*, 1994, pag. 50 ss.
- KANIN E. J., *False Rape Allegations*, 23(1) Archives of Sexual Behavior (1994).
- KELLYJ. M. – KADUE D. D. – MIGNIN R. J., *Sexual harassment in the workplace: a United States perspective*, 7 Int'l J. Discrimination & L. 29 (2005).
- KHAREL R., *Judicial responses to sexual harassment at workplace*, 1 NJA L.J. 187 (2007).
- KREBS C. P. - LINDQUIST C. H. - WARNER T. D. - FISHER B. S. - MARTIN S. L., *The Campus Sexual Assault (CSA) Study*, (2007).
- LAFAVE W. R., *Substantive Criminal Law*, 3rd ed., 2017.
- LANGTON L. ET AL., *Victimizations not reported to the police, 2006-2010*, 2012.
- LARIZZA S., *Violenza sessuale: il ridimensionamento della gravità del fatto in una singolare decisione della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, pag. 859 e ss.
- LISAK D. - GARDINIER L. - NICKSA S. C. - COTE A. M., *False allegations of sexual assault: an analysis of ten years of reported cases*, 2010.
- LITTLE N. J., *From No Means No to Only Yes Means Yes: The Rational Results of an Affirmative Consent Standard in Rape Law*, 58 Vand. L. Rev. 1321 (2005).
- LUKENS R., *Workplace sexual harassment and individual liability*, 69 Temp. L. Rev. 303 (1996).
- MACKINNON C. A., *Sexual Harrassment of working women: a case of sex discrimination*, New Haven: Yale University Press, 1979.
- MACRÌ F., *Verso un nuovo diritto penale sessuale: diritto vivente, diritto comparato e prospettive di riforma della disciplina dei reati sessuali in Italia*, Firenze University Press, 2010.

MANNA A. (a cura di), *Reati contro la persona. Vol. I. Reati contro la vita, l'incolumità individuale e l'onore*, Giappichelli, 2007.

MANTOVANI F., *Diritto penale. I delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale. Appendice ai delitti contro la persona*, Cedam, Padova, 1998.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, Cedam, Padova, 1995.

MANZINI V., *Diritto penale italiano*, Utet, Torino, 1951.

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Utet, Torino, 1984.

MARANI S. - FRANCESCHETTI P., *I reati in materia sessuale*, Giuffrè, Milano, 2006.

MARANI S., *I delitti contro la persona*, Cedam, Padova, 2007.

MARINI G., *I delitti contro la persona*, II ed., Giappichelli, Torino, 1996.

MARUOTTI S., *Delitti contro la libertà sessuale*, in MANNA A. (a cura di), *Reati contro la persona. I- Reati contro la vita, l'incolumità individuale; II – Reati contro le diverse specie di libertà, inviolabilità del domicilio e dei segreti*, Giappichelli, Torino, 2007, pag. 648 ss.

MAZZA O., *La libertà personale quale elemento centrale delle nuove norme sulla violenza sessuale: prime osservazioni*, in *Riv. Pen.*, 1996, pag. 129 ss.

MAZZACUVA N., *Violenza sessuale* in AA. V.V. (a cura di), *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale* Monduzzi Editoriali, Milano, 1998, pag. 377 ss.

MONTAGNA A., *La difficile definizione del caso di minor gravità nei reati sessuali (nota a Cass. pen., sez III, sent. 15.6.2010, n. 27272)* in *Cass. pen.*, 2011, pag. 1429 ss.

MULLIRI G., *Commento agli artt. 609 bis – 609 duodecies c.p.* in LATTANZI G. - LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. VIII, Giuffrè, Milano, 2016.

MULLIRI G., *Commento all'art. 609 ter c.p.* in PADOVANI T. (a cura di), *Codice penale*, Giuffrè, Milano 2007.

MURPHY E., *No means no: a critical examination of the effectiveness of the yes means yes law*, 39 T. Jefferson L. Rev. 93 (2017).

MURPHY W., *Title IX Protects Women. Affirmative Consent Doesn't.*, 15 ottobre 2015.

MUSACCHIO V., *Il delitto di violenza sessuale: art. 609 bis c.p.*, Cedam, Padova, 1999.

MUSACCHIO V., *La nuova legge sulla violenza sessuale* in *Riv. Pen.*, 1997.

NAPPI A., *Commento alle nuove norme contro la violenza sessuale* in *Giust. Pen.*, 1996, fasc. 8, pag. 2 ss.

PADOVANI T., Art. 2 in AA.VV. (coordinati da CADOPPI A.), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale (Legge 15 febbraio n. 66): con un'appendice sull'iter della riforma*, Cedam, Padova, 1996, pag. 18 ss.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, X ed., Giuffrè, Milano, 2008.

PALUMBIERI S. R., *Introduzione in Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, in CADOPPI A. – CANESTRARI A. – PAPA A. (diretto da), *I reati contro la persona*, Utet, Torino, 2006, pag. 13 ss.

PALUMBIERI S. R., *Rassegna di giurisprudenza, edita e inedita, in materia di reati sessuali*, in CADOPPI A. (a cura di) *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, Padova, 2001, pag. 81 ss.

PALUMBIERI S. R., *Violenza sessuale*, in CADOPPI A. – CANESTRARI S. – PAPA S. (a cura di), *I reati contro la persona, Vol.III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, Utet, Torino, 2017.

PAVONCELLO SABATINI L., voce “*Violenza carnale*” in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1994, pagg. 9 ss.

PECORARO ALBANI A. voce “*Atti di libidine*”, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1959.

PECORARO ALBANI A., *Il concetto di violenza nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1962.

PISA P., *Le nuove norme contro la violenza sessuale. Il commento in Dir. pen. proc.*, 1996, pag. 287 ss.

PROVERBIO D. - GAIO C. (agg. III ed.), *Commento all'art. 609 bis c.p.* in MARINUCCI G., DOLCINI E., *Codice penale commentato*, III ed., Wolters Kluwer, Milano, 2011.

RENNISON C. M., *Rape and Sexual Assault: Reporting to Police and Medical Attention, 1992-2000*, Agosto 2002.

RHODE D. L., *Sexual harassment*, 65 S. Cal. L. Rev. 1459 (1992).

ROMANO B. in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO PENALE (a cura di), *La riforma dei reati contro la persona, Gruppo di lavoro sui reati in materia sessuale*, Torino, 9 – 10 novembre 2018.

ROMANO B., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Padova, Cedam, 2009.

ROMANO M. in ROMANO M. - GRASSO G. - PADOVANI T., *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, Milano, 2011.

SCHULHOFER S. J., *Unwanted sex: the culture of intimidation and the failure of law* (1998).

SMITH D. - WILLIAMS R. T., *Sexual harassment*, 4 Geo. J. Gender & L. 639 (2002).

STONEBRAKER D. A., *Sexual harassment in the workplace*, 4 S.F. L. Rev. 167 (1994).

TABAK N. – LIVNEH A., *Sexual harassment: abuse of flirtation*, 24 Med. & L. 479 (2005).

TABARELLI DE FATIS T., *Molestie sessuali e l. n. 66 del 1996: un'occasione mancata, ma forse non ancora perduta*, in CADOPPI A. (a cura di), *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/1006. Profili giuridici e criminologici*, Cedam, Padova, 2001, pag. 133 ss.

TRUMAN J. L., RAND M. R., *Criminal Victimization - The annual estimates of rates and levels of violent crime (rape or sexual assault, robbery, aggravated assault, and simple assault), property crime (burglary, motor vehicle theft, and property theft), and personal theft (pocket picking and purse snatching)*, 2009, 13 ottobre 2010.

TUERKHEIMER D., *Affirmative consent*, 13 Ohio St. J. Crim. L. 441 (2016).

VIGANÒ F., *La tutela penale della libertà individuale*, vol. I, *L'offesa mediante violenza*, Giuffrè, Milano, 2002.

VIRGILIO M., *Una vicenda dentro e fuori il Parlamento dalla VII alla XII legislatura*, in CADOPPI A. (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, Cedam, Padova, 1996, pag. 82.

VITELLI S., *Atti sessuali e minore gravità nel delitto di violenza sessuale* in *Archivio Penale*, n.1, 2016.

VIZZARDI M. *Violenza sessuale senza coinvolgimento del corpo della vittima? Brevissime considerazioni critiche a tesi che...a volte ritornano*, in *Rivista elettronica penalecontemporaneo.it*, 20 febbraio 2017.

VIZZARDI M., *Commento all'art. 609 bis c.p.* in MARINUCCI G.–DOLCINI E., *Codice penale commentato*, IV ed., Wolters Kluwer, Milano, 2015, pag. 333 ss.

WITKIN B. E. - EPSTEIN J. N. L., *California Criminal Law*, 4th edition, 2012.

YOUNGBERG E., *California's yes means yes standard: a starting point for college sexual assault policy reform*, 47 Golden Gate U. L. Rev. 205 (2017).