

Amore per forza. Profili penali

Love force. Criminal profiles

Stefano Di Pinto

Docente a contratto di Diritto penale nel Master Interfacoltà di II Livello in Scienze Forensi (*Criminologia – Investigazione – Security - Intelligence*) dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

Sommario: 1. Cenni sulla storia della violenza sessuale: le prime fonti scritte e i miti greci e romani. - 2. L'evoluzione normativa. Lo stupro nell'antica Roma. - 3. La violenza carnale nel Seicento. Il caso clamoroso di Artemisia Gentileschi. - 4. La tolleranza della violenza nel sistema penale dell'*Ancien Régime*. - 5. La giurisprudenza ottocentesca. - 6. La violenza carnale nei codici stranieri e italiani preunitari dell'800, fino al Codice Zanardelli. - 7. La violenza carnale e gli atti di libidine nel Codice Rocco. - 8. Gli sviluppi della normativa in tema di reati sessuali: dal Codice Rocco alla Legge 15 febbraio 1996, n. 66. - 9. Le modifiche dell'oggetto giuridico della tutela. - 10. La riformulazione del delitto di violenza sessuale senza la violenza e la minaccia, sostituendovi l'elemento del consenso.

ABSTRACT

Nel Codice penale vigente la materia già appartenente ai reati contro la libertà sessuale è stata rielaborata dalla l. 15 febbraio 1996, n. 66 e inserita nella sezione dei delitti contro la libertà personale. Lo scritto esamina, sia pure sinteticamente, la lunga storia della violenza sulla donna e le modifiche dell'oggetto giuridico della tutela attraverso il tempo e il diritto.

In the current penal code the matter already belonging to the crimes against sexual freedom was reworked by the law 15 February 1996, n. 66 and included in the section of crimes against personal freedom. The work examines, albeit briefly, the long history of violence against women and the changes in the legal object of protection through time and law.

1. Cenni sulla storia della violenza sessuale: le prime fonti scritte e i miti greci e romani.

L'odierna definizione di "cultura dello stupro" è stata coniata dagli studiosi di genere per spiegare la tendenza a minimizzare la violenza sessuale, o a normalizzarla come se fosse un fatto ineluttabile. Qualcosa che scaturisce

dall'inevitabile convivenza delle donne con gli uomini e dalla ricerca "naturale" dei secondi di avere rapporti sessuali con le prime, anche se queste non sono d'accordo. Come se fosse un diritto, a volte giustificato come necessità fisica che l'uomo deve rispettare per incorrere in problemi di salute.

Attraverso un sommario *excursus* storico, si cercherà di dare contezza dei cambiamenti che la tutela nei confronti dell'abuso sessuale ha subito nel corso del tempo, ripercorrendo l'evoluzione della normativa relativa allo stupro e muovendo dalle prime testimonianze scritte attendibili. Storicamente sono le donne quelle descritte per prime come oggetto di violenza e una menzione scritta di un tale tipo di violenza nel mondo occidentale si trova a partire dal Codice di Hammurabi (1793 - 1750 a.C.). Il rigo 129 dice che, se la vittima dell'aggressione è una donna sposata, vittima e aggressore devono essere puniti allo stesso modo come adulteri con l'annegamento. Il marito può tuttavia perdonare la moglie. Il rigo 130 aggiunge che, se la vittima è una giovane non sposata va giustiziato solo l'aggressore.

Anche nella Sacra Bibbia (Deuteronomio 22:23-29) la violenza sessuale viene esplicitamente condannata e nel versetto (29) è descritto per la prima volta il matrimonio riparatore inteso come forma di risarcimento e di tutela per la donna che, avendo perduto l'onore, è destinata al rifiuto da parte di tutti¹. La donna viene anche tutelata dall'eventualità di un ripudio successivo. Per inciso, come si dirà meglio in seguito, il costume del matrimonio riparatore sopra citato sopravvisse nella cultura occidentale sino a tempi molto recenti. In Italia era in uso fino al 1981.

Nell'Atene di Pericle il rapporto consenziente con la moglie di un amico era considerato più grave della violenza poiché non ci si limitava a violare la moglie con la forza ma si otteneva il suo tradimento, considerato ben più infamante. Lisia nella celebre orazione per l'uccisione di Eratostene descrive

¹ Nella Bibbia, il quinto libro del Pentateuco, contenente le prescrizioni di Mosè relative alla vita religiosa e sociale del popolo ebraico dopo l'insediamento in Palestina. DEUTERONOMIO: «22 «Quando si troverà un uomo coricato con una donna sposata, tutti e due moriranno: l'uomo che si è coricato con la donna, e la donna. Così toglierai via il male di mezzo a Israele. 23 Quando una fanciulla vergine è fidanzata e un uomo, trovandola in città, si corica con lei, 24 condurrete tutti e due alla porta di quella città e li lapiderete a morte: la fanciulla perché, essendo in città, non ha gridato, e l'uomo perché ha disonorato la donna del suo prossimo. Così toglierai via il male di mezzo a te. 25 Ma se l'uomo trova per i campi la fanciulla fidanzata e, facendole violenza, si corica con lei, allora morirà soltanto l'uomo che si sarà coricato con lei; 26 non farai niente alla fanciulla; nella fanciulla non c'è colpa degna di morte; si tratta di un caso come quello di un uomo che aggredisce il suo prossimo e lo uccide, 27 perché egli l'ha trovata per i campi; la fanciulla fidanzata ha gridato, ma non c'era nessuno per salvarla. 28 Quando un uomo trova una fanciulla vergine che non sia fidanzata, e l'afferra e si corica con lei e sono sorpresi, 29 l'uomo che si è coricato con lei darà al padre della fanciulla cinquanta sicli d'argento e lei sarà sua moglie, perché l'ha disonorata; e non potrà mandarla via per tutto il tempo della sua vita.» LA SACRA BIBBIA, Edizione CEI, Nuova Riveduta, 2006.

come subdolo il comportamento della moglie traditrice di Eufileto, sottolinea la perversione del suo amante e scagiona così il marito dall'accusa di omicidio, realizzando il concetto di delitto d'onore².

Astraendoci per un attimo dalle fonti scritte, in numerosi miti greci e romani si parla di rapimenti seguiti da violenza sessuale. In alcuni casi si tratta di matrimonio per rapimento, un costume praticato ancora oggi da alcune culture tradizionali. Ci sono stati tramandati il rapimento di Persefone da parte di Ade, di Dafne e Leucotoe da parte di Apollo, di Cassandra da parte di Aiace Oileo, di Auge da parte di Eracle, di Andromaca da parte di Ettore, di Polissena da parte di Achille, di Climene da parte di Acamante e il grande numero di dee e donne mortali prese con la forza o con l'inganno da Zeus: Antiope, Asteria, Clitennestra, Danae, Egina, Elara, Elettra, Europa, Io, Taigete. Il mondo latino ricorda il ratto delle Sabine del 749 a.C.³, la violenza del dio Marte su Rea Silvia e quella di Tarquinio Sestio su Lucrezia.

Gran parte dei miti greci sembrano concentrarsi sulla discendenza nata dallo stupro (ad esempio alcune città vantavano un'ascendenza divina dovuta alla violenza di un dio su una ninfa che viveva nel luogo) e solo di rado centrano l'attenzione sulla violenza subita dalla donna. Il mito romano è più attento ed ecco i Sabini che combattono i Romani per riprendersi le loro donne e durante la battaglia intervengono le stesse donne a pregare le parti di non versare il sangue dei genitori e dei figli.

Rea Silvia, essendo una vestale e quindi vincolata al voto di castità, venne seppellita viva per ordine dello zio perché aveva violato il voto.

Tito Livio nella sua opera *Ab urbe condita* cita la storia di Lucrezia come esempio di virtù romana: violentata da Tarquinio Sestio, Lucrezia racconta il fatto al marito e al padre e, non volendo vivere nel disonore, si trafigge il cuore davanti a loro, mentre li esorta a dimostrare la loro qualità di uomini nel vendicarla⁴.

² LISIA, *Apologia per l'uccisione di Eratostene*, Antenore, 1985 - ISBN 88-8455-194-3.

³ Il ratto sarebbe avvenuto il quinto anno dopo la fondazione di Roma, ossia nel 749 a.C., il 21 agosto, giorno dedicato al dio Conso, L. POMPILI OLIVIERI, *Annali di Roma*, p. 25.

⁴ TITO LIVIO, *Ab Urbe condita* libri, Libro I, capoverso 58: «Alla vista dei congiunti, scoppia a piangere. Il marito allora le chiede: "Tutto bene?" Lei gli risponde: "Come fa ad andare tutto bene a una donna che ha perduto l'onore? Nel tuo letto, Collatino, ci son le tracce di un altro uomo: solo il mio corpo è stato violato, il mio cuore è puro e te lo proverò con la mia morte. Ma giuratemi che l'adultero non rimarrà impunito. Si tratta di Sesto Tarquinio: è lui che ieri notte è venuto qui e, restituendo ostilità in cambio di ospitalità, armato e con la forza ha abusato di me. Se siete uomini veri, fate sì che quel rapporto non sia fatale solo a me ma anche a lui." Uno dopo l'altro giurano tutti. Cercano quindi di consolarla con questi argomenti: in primo luogo la colpa ricadeva solo sull'autore di quell'azione abominevole e non su di lei che ne era stata la vittima; poi non è il corpo che pecca ma la mente e quindi, se manca l'intenzione, non si può parlare di colpa. Ma lei replica: "Sta a voi stabilire quel che si merita. Quanto a me, anche se mi assolvo dalla colpa, non significa che non avrò una punizione. E da oggi in poi, più nessuna donna,

2. L'evoluzione normativa. Lo stupro nell'antica Roma.

Si consolida, quindi, la negazione di un atto già così palesemente riconosciuto nell'antichità da non avere etimologia: in latino *stuprum* vuol dire "rapporto sessuale illegale".

Nella Roma augustea, dopo il lungo sbandamento dovuto alle tormentate vicende della crisi della Repubblica, la legislazione sulla famiglia tende ad assicurare stabilità all'assetto del ceto di governo che stava emergendo, in virtù di una rigorosa regolamentazione ispirata ad una morale familiare fondata sui valori che l'ideologia corrente assegnava alla famiglia arcaica. Sotto tale profilo, in epoca augustea, rileva soprattutto la *lex Iulia de adulteriis coercendis* (circa 18 a.C.), la quale organizza un'apposita *quaestio de adulteriis* volta alla repressione dei crimini contro la morale sessuale nell'ambito di una rigida organizzazione familiare, e tende in tal modo a restringere i rapporti sessuali delle persone appartenenti alle classi elevate nell'ambito del matrimonio, punendo – oltre all'adulterio in senso stretto – ciò che i Romani facevano rientrare nello *stuprum*, la relazione sessuale con donna – nubile o vedova – *honestas* (e, cioè, di buona condizione sociale). In forza di tale legge l'adulterio fu per la prima volta attratto nell'ambito dei crimini pubblici.

La *lex Iulia*, infatti, puniva l'unione sessuale sia con donna maritata (adulterio in senso stretto) sia con donna non maritata di onesta condizione (*stuprum*), nonché lo sfruttamento e il favoreggiamento di tali crimini (*lenocinium*). Non contemplava invece, a quanto ci è dato sapere, come figura autonoma di reato anche l'unione sessuale tra parenti o affini (*incestum*), che era punita solo nel caso di concorso con l'adulterio o con lo stupro.

L'accusa era esercitabile, in ordine di preferenza, dal marito e dal padre dell'adultera (*accusatio iure mariti vel patris*); ma il marito non poteva, come in passato, perdonare la donna e mettere a tacere il fatto, perché, se dopo essere venuto a conoscenza dell'adulterio non scioglieva il matrimonio, era ritenuto colpevole di lenocinio, e se non intentava l'accusa entro sessanta giorni dal divorzio, questa poteva essere sperimentata da qualsiasi cittadino (*accusatio iure extranei*) per il periodo di quattro mesi utili. I rei erano puniti con la relegazione in isole diverse; oltre a ciò, la donna subiva la confisca della metà della dote e di un terzo dei beni parafernali, l'uomo la confisca della metà del patrimonio.

In epoca di Dominato, l'influenza della morale cristiana sulla legislazione postclassica romana risulta palese anche dall'aggravamento delle pene stabilite per crimini contro il matrimonio e per i reati sessuali, già peraltro repressi in epoca pagana. Fra i primi il più grave è ovviamente l'adulterio: sembra che già

dopo l'esempio di Lucrezia, vivrà nel disonore!" Afferrato il coltello che teneva nascosto sotto la veste, se lo piantò nel cuore e, piegandosi sulla ferita, cadde a terra esanime tra le urla del marito e del padre».

Costantino abbia introdotto la pena di morte per l'adultera, mentre in una costituzione attribuita ai suoi successori si stabilisce addirittura l'alternativa fra il *culleus* e la vivicombustione (con la pena capitale è punito nel tardo impero anche lo stupro della donna ingenua, se commesso con violenza).

La severità con cui il legislatore romano-cristiano intende colpire il *crimen adulterii* è attestata anche dal fatto che contro la sentenza di condanna non è ammesso l'appello. Inoltre, è considerata adulterio – a differenza che in età classica – anche l'infedeltà della fidanzata, per cui lo *sponsus* viene legittimato a esperire conto quest'ultima l'*accusatio adulterii iure mariti*. Va rilevato, infine che, come è dato arguire da una costituzione costantiniana⁵, il marito può esperire l'*accusatio* privilegiata senza dover preventivamente divorziare, come era invece tenuto a fare sin all'età di Diocleziano: il che, come è stato sottolineato, sembra costituire un riflesso del principio cristiano dell'indissolubilità del matrimonio.

Anche nella Bisanzio cristiana, secondo le Istituzioni di Giustiniano, lo stupro veniva considerato una violenza pubblica e non privata e veniva punito con la morte⁶.

3. La violenza carnale nel Seicento. Il caso clamoroso di Artemisia Gentileschi.

Il caso giudiziario relativo ad Artemisia Gentileschi, pittrice vissuta a Roma nel 1600, offre una esemplare lettura del processo basata sul concetto seicentesco di *stuprum* inteso come deflorazione di donna vergine o come rapporto sessuale dietro promessa di matrimonio non mantenuta.

Nata a Roma nel 1593, Artemisia Gentileschi era figlia di Orazio, pittore dell'epoca e amico di Caravaggio. La giovane donna intraprende la carriera del padre, frequenta artisti e dipinge in maniera sublime. Orfana di madre, si avvicina a Tuzia che entra in casa Gentileschi e diviene amica inseparabile di Artemisia. A solo 17 anni realizza il primo dipinto "Susanna e i vecchioni", dove si intravede il realismo di Caravaggio e le forme dei Carracci.

Nel 1611 Artemisia subisce a diciotto anni uno stupro da parte del pittore toscano Agostino Tassi, impegnato in quel tempo, assieme al padre di lei, Orazio Gentileschi, nella decorazione delle volte del Casino della Rose nel Palazzo Pallavicini Rospigliosi di Roma⁷.

⁵ C. Th. 9. 7. 2., a. 326.

⁶ «*Sin autem per vim raptus virginis vel viduae vel sanctimonialis, velatae vel aliae, fuerit perpetratus, tunc et peccatores et ii qui opem flagitio dederunt, capite puniuntur secundam nostrae constitutionis definitionem, ex qua haec apertius possibile est scire*».

⁷ EVA MENZIO (a cura di), *Artemisia Gentileschi. Lettere precedute da atti di un processo di stupro, Abscondita*, Milano, 2004, *passim*.

Il padre denunciò il Tassi che, dopo la violenza, nel processo che ne seguì, non aveva potuto rimediare con un matrimonio riparatore perché già sposato. La vicenda comunque rimane non chiara: Orazio chiede anche il risarcimento per il furto di alcuni suoi quadri. In tutta questa storia, la vittima rimane Artemisia che dopo lo stupro, aveva accondisceso alle richieste di Tassi solo perché convinta che lui l'avrebbe sposata. Del processo è rimasta testimonianza documentale e colpiscono la crudezza del resoconto di Artemisia e i metodi inquisitori usati dal tribunale. Artemisia accettò di deporre sotto tortura, che consisteva nello schiacciamento dei pollici attraverso uno strumento usato ampiamente all'epoca. La sventurata confermò l'accusa e non ritrattò la sua deposizione. Ma il suo onore era perso per sempre: viene accusata di rapporti incestuosi con il padre, di avere numerosi amanti e una condotta non appropriata. A voltargli le spalle è proprio Tuzia che avvalora con la sua testimonianza tutte le maldicenze. Il processo si concluse con una lieve condanna del Tassi, che venne incarcerato per otto mesi, peraltro successivamente accusato di furti, debiti, sodomia, dell'incesto con la cognata e di essere il mandataro dell'omicidio della moglie, poi fuggita miracolosamente.

Dopo il processo, Artemisia viene costretta a lasciare Roma e a sposare un artista fiorentino Pierantonio Stiattesi. Un matrimonio per mettere a tacere le malelingue.

Nonostante queste vicende turbolente, Artemisia mostra tutto il suo talento, si trasferisce a Firenze dopo le nozze ed è la prima donna ammessa all'accademia delle arti del disegno. Ha rapporti con Cosimo II de' Medici, è amica di Galileo Galilei. Nel 1621 lascia il marito e torna a Roma con le due figlie, ma non ha il successo che spera. Si trasferisce a Napoli dove finalmente trova il suo equilibrio seguendo lo stile di Caravaggio. Alcuni suoi quadri sono simbolici: in *Susanna e i Vecchioni*, c'è chi vede il padre e il suo aggressore, Tassi. Nella *Giuditta ed Oloferne*, opera di grande violenza, c'è chi legge il desiderio di vendetta della donna contro il suo stupratore.

Le sue vicissitudini giudiziarie ebbero grande influenza sulla lettura in chiave femminista a partire dalla seconda metà del XX secolo⁸.

4. La tolleranza della violenza nel sistema penale dell'*Ancien Régime*.

Ancora nel corso del Secolo XVIII la nozione di violenza carnale era strettamente ancorata al concetto "antico" di *stupro*, nonché alle qualificazioni che lo stupro in detto contesto riceveva. L'attività sessuale di una persona, lungi ancora dall'essere considerata espressione della sua libertà individuale, veniva finalizzata piuttosto al perseguimento di uno scopo ben preciso: quello procreativo. Per conseguenza, qualsiasi rapporto sessuale che non venisse

⁸ Si veda M. D. , *Artemisia Gentileschi The Image of the Female Hero in Italian Baroque Art*, 1991, ISBN 9780691002859.

indirizzato a quello scopo, rappresentava per l'ordinamento giuridico un illecito. Alla base di una tale concezione dell'attività sessuale si poneva l'idea dello Stato che, nella qualità di portatore di pubblici interessi, avocava a sé il compito di controllare anche l'attività sessuale del cittadino. Di conseguenza, l'immagine femminile, come quella del minore, risente del contrasto tra le diverse realtà epocali e l'indagine storica, volta a ricostruire tale evoluzione, in particolare, dunque, continua a imporsi. Senza guardare alla storia più antica, e limitandoci alla storia europea, l'*ancien régime* rappresenta senza dubbio l'esempio di un'epoca di tolleranza del fenomeno dello stupro.

Benché severamente punito dai testi giuridici del tempo, il reato di violenza sessuale viene poco perseguito dai tribunali e soprattutto i giudici dell'*ancien régime* mostrano un atteggiamento di indulgenza e di comprensione rispetto agli episodi di stupro. La giustizia penale settecentesca, è ben noto, si caratterizza per una crudeltà, un arbitrio ed una ferocia che non hanno pari: l'arte del supplizio, ben descritta da Foucault, costituisce una costante nell'amministrazione quotidiana della giustizia.

È in questo quadro, caratterizzato dall'affermarsi dell'arte del castigo, che si collocano le azioni giudiziarie per violenza sessuale. Ogni forma di violenza, sia essa fisica o sessuale, veniva trattata con incuria e quasi con indifferenza: la sensibilità verso la brutalità era attenuata. Esempi eloquenti si ritrovano in alcuni casi tratti dalla giurisprudenza francese di quegli anni: processi in cui lo stupro unito ad altre forme di violenza, a dispetto dell'inclusione del primo fra i crimini puniti con la pena capitale, venivano lasciati nell'impunità, concludendosi per lo più con l'assoluzione.

La querela era poco ascoltata, i fatti poco approfonditi, l'accusato poco interrogato, soprattutto quando la vittima era una donna adulta e di estrazione sociale non elevata (lo stupro delle serve comportava solo un risarcimento del danno), e in particolare quando non vi era traccia né di delitto né di ferita fisica grave (noto rimase in Francia il caso di un'eribivendola Marie Anne Hébé, che, pur in presenza dei segni fisici della violenza, non vide punita la violenza sessuale subita).

La rapina da strada occupava dopo la lesa maestà il primo posto nella scala di gravità dei reati: la violenza sessuale veniva assai dopo. La tesi della provocazione femminile avanzata dal reo veniva creduta e la macchia rappresentata dal delitto si riverberava sulla donna implicitamente condannata essa stessa per la violenza cui aveva partecipato, coinvolta così nell'indegnità. La vittima, dunque, temeva di parlare e le denunce, in maniera non dissimile da quanto accade nei tempi odierni, erano rarissime, ancor più rare, lo si è detto, le condanne. La vittima soprattutto era subito sospettata, presumendosi in lei una porzione di responsabilità: il che rappresentava un modo per negare alla donna il ruolo e lo statuto di soggetto. A volte solo le grida durante la violenza (così in

Francia) erano condizione per la punizione del fatto. A nulla rilevava la situazione psicologica della vittima che si presumeva dovesse e potesse opporre resistenza. Si imponeva dunque l'idea che la donna - era questa, purtroppo, anche la visione degli stessi Illuministi, restii a riconoscere la donna quale soggetto di diritto - aveva ceduto volontariamente.

Nel diritto classico dell'*Ancien Régime* lo stupro, non diversamente da quanto è accaduto in molte legislazioni occidentali odierne tra cui la nostra fino a tempi assai recenti, costituiva un crimine contro la moralità, associato ai crimini contro i costumi, alla fornicazione, all'adulterio, alla sodomia, alla bestialità. Non apparteneva dunque alla categoria dei crimini violenti. Esso veniva associato al ratto: lo stupro rilevava solo in quanto furto della proprietà altrui (maritale in particolare), con una evidente negazione di qualsiasi diritto in capo alla vittima femminile. È solo negli ultimi decenni del XVIII secolo che si manifesta un primo mutamento nel quadro giuridico: in opposizione ai processi troppo sbrigativi dell'*ancien régime* e della acquisita consapevolezza di una necessità di tutela della vittima, il Codice di procedura penale francese del 1791 sostituisce la parola *ratto* con la parola *stupro*, ad indicare che si pone in primo piano la lesione della vittima piuttosto che il pregiudizio del proprietario (marito o padre che fosse).

5. La giurisprudenza ottocentesca.

In particolare, è nella giurisprudenza del XIX secolo che si afferma una prima differenziazione delle diverse forme di violenza ed assume rilievo per la prima volta anche la violenza morale. Ci si orienta maggiormente sulla vittima, sul venir meno della sua volontà, sulla sua incapacità di difesa, sull'annientamento del suo libero arbitrio. Progressivamente le figure di violenza sessuale si delineano in maniera più netta, soprattutto con il Codice Napoleonico del 1810, a cui molto deve la nostra codificazione, e con lo sviluppo della medicina legale nella seconda metà del XIX secolo: si distingue fra stupro, oltraggio, attentato, con spostamenti delle soglie di punibilità a seconda dell'età delle vittime.

Il mutamento della cultura si esplica nell'attribuzione di rilevanza penale nel XIX secolo a fatti fino allora non giudicati iscrivibili nel reato di violenza sessuale. Tutto ciò non ha portato però ad un aumento dei procedimenti penali per stupro di donne adulte nell'800.

La giurisprudenza ottocentesca accoglie una nuova visione della violenza sessuale, individuando gradi e diversità fra le varie forme del reato, con una sensibilità nuova verso la violenza e la brutalità, ma senza che ciò porti in realtà a maggiori processi e condanne e nemmeno a maggiori denunce: la nuova visione della violenza non elimina la vergogna della vittima, che è una

costante degli episodi di stupro in tutti i tempi (degli effetti di breve e lungo periodo sulla psiche della donna che esso provoca diremo poi), né la ritrosia degli inquirenti verso la testimonianza del soggetto femminile. Nonostante dunque una crescita dell'intolleranza verso il fenomeno violento e una stigmatizzazione di condotte prima penalmente irrilevanti, la giustizia penale ottocentesca non mostra coerenza con la mutata rappresentazione sociale e giuridica della violenza sessuale: come è stato ipotizzato, ciò sembrerebbe dovuto al mantenimento di un dominio sulla donna, all'esistenza di un giudizio già in partenza non egualitario, alla relativa stabilità delle consuetudini nonostante l'innegabile mutamento della giurisprudenza e della legge.

Manca ancora una attenzione alla coscienza della vittima, alla sua volontà e alla coercizione del volere. Fanno eccezione, tuttavia, i processi per violenza sessuale su minore: essi, infatti, aumentano numericamente e soprattutto lo stupro non viene in tali circostanze in alcun modo tollerato. Tutto ciò grazie ad un clima culturale di attenzione verso l'infanzia e la sua tutela.

Analizziamo ora le diverse tipologie di stupro che venivano incriminate.

La prima figura degna di menzione è quella del c.d. "*stupro semplice*", ereditata dal passato, quale reliquia dei *delicta carnis* e delle relative qualificazioni, consistente nel solo fatto della congiunzione carnale con una donna nubile, di onesti costumi e nell'adulterio con donna coniugata. Detta incriminazione trovava la propria giustificazione nella volontà dello Stato di tutelare il valore pubblico della famiglia che, a causa dei fatti integrativi dello stupro semplice risultava compromesso.

Ad ulteriore conferma di quanto affermato, deve essere sottolineato che, in quella società, non assumeva alcuna rilevanza lo stupro semplice qualora la donna fosse una prostituta, e che al contrario si assisteva ad un inasprimento della pena nell'ipotesi in cui vittima dello stupro risultasse essere una donna consacrata alla vita religiosa.

Altra figura presa in considerazione era lo "*stupro qualificato*", definito tale poiché in detta ipotesi assumeva rilievo la seduzione della donna.

Infine, un'ultima figura di stupro era rappresentata dal cosiddetto "*stupro violento*", che più si avvicinava a quella che qualche secolo dopo sarebbe stata qualificata come violenza carnale, caratterizzata dal ricorso alla coartazione fisica (violenza) o morale (minaccia).

È appena il caso di evidenziare che, già in quell'epoca, la fattispecie dello stupro semplice era oggetto di discussione in sede accademica, in quanto da più parti si riteneva che la donna non potesse essere vista solo come oggetto passivo del reato, bensì come persona in grado di sedurre ed avere la capacità di poter prestare il proprio consenso all'atto sessuale. Vero è che siamo in un'epoca in cui ancora il matrimonio c.d. "*riparatore*" rappresentava un mezzo di riparazione dell'illecito; tuttavia, è altrettanto vero che si avvertiva nella

coscienza sociale l'esigenza di percepire la donna quale vera vittima, sedotta ed abbandonata.

Anche nel corso del XIX secolo la problematica relativa alla rilevanza penale dello stupro semplice si ripropone ed anche se detto periodo risulta segnato, nella gerarchia dei crimini, da una maggiore gravità di forme di violenza diverse dalla violenza sessuale, compare tuttavia la figura dello stupratore: in particolare la letteratura medica e psichiatrica comincia a divulgare per la prima volta l'idea che le persone impegnate in pratiche sessuali abusive siano una distinta categoria di esseri umani.

Particolarmente interessante è sotto tale profilo la previsione contenuta nel Codice penale Toscano del 1853 che puniva lo stupro semplice con una pena pecuniaria, nell'ipotesi in cui il giudice decidesse di non condannare il reo a sposare la donna stuprata.

Giova ribadire che siamo in un secolo in cui il sistema penale repressivo dell'*Ancien Régime*, appunto, si incrina, lasciando il posto alla critica illuministica contro le ingiustizie, originate per lo più dall'aver considerato la società non come un'unione di uomini titolari di diritti egualitari, ma come entità dominata da poche famiglie facoltose in grado di monopolizzare la legge. Emblematico in tal senso è il pensiero di Cesare Beccaria che a proposito della tutela accordata dallo Stato all'ordine delle famiglie osservava: "il sistema penale repressivo si incrina, la preminente tutela accordata all'ordine delle famiglie è costretta a fronteggiare le ingiustizie generate dall'aver considerato la società un'unione di famiglie piuttosto che di uomini".

Ed è proprio nell'800 che sorsero dispute animate in ordine alla rilevanza o non della figura dello stupro semplice. Da un lato, i fautori della depenalizzazione delle qualificazioni dello stupro semplice, diverse dalla violenza, sostenevano che non vi poteva essere principio giuridico che giustificasse la valenza penale di un delitto quando non vi è separazione tra peccato e delitto, muovendo sulla base del disinteresse della scienza penalistica per comportamenti non riconducibili ad una precisa lesione del diritto e nei confronti della distinzione tra il diritto e la morale. Dall'altro lato, ulteriore opzione dottrinale sosteneva, invece, la necessità di riconoscere al mero stupro (semplice) rilevanza giuridica: lo stupro doveva essere punito poiché alterando l'ordine delle famiglie cagionava un danno politico alla società.

6. La violenza carnale nei codici stranieri e italiani preunitari dell'800, fino al Codice Zanardelli.

La qualificazione autoritario-pubblicistica dei delitti sessuali come delitti contro la moralità pubblica e il buon costume, lungi dal costituire il solitario frutto dell'ideologia ispiratrice del Codice Rocco, è quindi il seguito di una

risalente tradizione legislativa, non solo italiana⁹. Per quanto riguarda i codici stranieri, essa va dai codici più antichi, quali quello imperiale tedesco e quello spagnolo del 1870, che collocavano i reati sessuali fra quelli contro il buon costume. Ai codici più recenti, quali quello norvegese del 1902 e quello danese del 1930, coevo al nostro, persistenti nella collocazione pubblicistica tradizionale. Per quanto riguarda il nostro Paese, nei codici preunitari i reati di violenza sessuale erano inclusi dal Codice Napoletano del 1819 fra i reati che attaccano *“la pace e l'onore delle famiglie”*; dal già citato Codice penale toscano del 1853 fra i *“delitti contro il pudore e contro l'ordine delle famiglie”*, dal Codice penale sardo-italiano del 1859 fra i *“reati contro l'ordine delle famiglie”*, sulla scia del Codice Albertino del 1839. Fino al Codice Zanardelli del 1889, entrato in vigore il 1° gennaio del 1890, che inseriva il Capo dei delitti dedicati alla violenza carnale, alla corruzione dei minorenni e all'oltraggio al pudore nell'ambito del Titolo VIII, la cui rubrica, a somiglianza del Codice penale toscano, recava *“Dei delitti contro il buon costume e l'ordine della famiglia”*; all'interno di tale titolo, che si componeva di sette capi, i reati sessuali venivano inseriti nel Capo I, segnatamente negli artt. da 331 a 339.

La prima significativa innovazione introdotta dal legislatore del 1889 è da individuare nella configurazione di due diverse ipotesi criminose che graduano la pena a seconda della gravità dell'offesa all'inviolabilità carnale. In particolare, la sfera sessuale veniva protetta da due norme: l'art. 331 che puniva la specifica ipotesi di *“violenza carnale”* con la riuscita formula del *“costringimento di una persona con violenza o minaccia alla congiunzione carnale”*, e l'art. 333 che, invece, conformemente all'art. 282 del Codice penale toscano, puniva gli *“atti di libidine violenti”*, che si esercitano senza il consenso della vittima, ma che né per gli effetti, né per gli intendimenti del colpevole corrispondono allo stupro, ossia ad una vera e propria congiunzione carnale od almeno a un tentativo di essa, posti in essere con violenza o minaccia.

La violenza carnale aveva nel Codice penale toscano lo stesso nome (art. 280); e dal Codice sardo era chiamata *stupro violento* (art. 489).

Il passaggio dal concetto *“antico”* di stupro alla violenza carnale fa apparire il silenzio della legge come riconoscimento della libera scelta dei singoli, quale chiara ammissione dell'impossibilità di controllo completo della vita privata attraverso strumenti giuridici.

Quanto all'interesse particolare protetto dalle norme a tutela dei reati attinenti la sfera sessuale, sulla scia dei codici preunitari, era di natura pubblica e andava individuato nel *buon costume e nell'ordine delle famiglie*.

Emblematico in tal senso è il contenuto della Relazione ministeriale del 1887 ove è possibile leggere: il buon costume e l'ordine delle famiglie sono beni

⁹ F. MANTOVANI, *Diritto Penale, I Delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale, Appendice ai Delitti contro la persona*, Cedam, Padova, 1998, p. 3.

giuridici essenziali della civile società, i quali si integrano reciprocamente e perciò si trovano accoppiati anche in relazione alla tutela penale per essi stabilita.

Quanto ai beni giuridici protetti, il *buon costume* veniva individuato come l'ordine etico giuridico costituito dall'osservanza di quei limiti che sono ritenuti necessari per la sicurezza, per la libertà e per la moralità dei rapporti sessuali; per *ordine delle famiglie* si intendeva, invece, l'istituto giuridico familiare regolato dallo Stato nel pubblico interesse, considerato nel complesso di quelle norme che tendono ad assicurare la moralità sessuale nelle famiglie e in rapporto ad esse, e che impongono l'osservanza delle leggi giuridico-naturali della generazione".

Come è evidente, la tutela del singolo passava in secondo piano rispetto alla tutela accordata ai valori della famiglia e della moralità pubblica.

Nell'ottica del Codice Zanardelli permaneva un legame non tenue con un'ideologia ove la sessualità femminile appariva misconosciuta e non trovava spazio quale diritto a libero esercizio, se non in costanza di matrimonio ed al fine della procreazione: l'interesse collettivo alla continenza sessuale conduceva a rinserrare l'attività sessuale entro due incriminazioni fondamentali, l'una consistente nell'adulterio, l'altra nello stupro: la prima (...) a reprimere le deviazioni sessuali delle donne coniugate, la seconda quelle delle donne nubili¹⁰. Da tale ideologia derivava quale necessario corollario il "dogma" della verginità, la cui perdita si riteneva lesiva dell'onore della famiglia e/o della morale pubblica, oggetti giuridici tutelati, unitamente al buon costume, delle disposizioni in materia di reati sessuali.

Sembra opportuno precisare che il Codice Zanardelli prevedeva anche quelle ipotesi in cui tali reati si realizzavano a prescindere dall'uso di violenza e minaccia, ma in considerazione dell'età della vittima o delle sue condizioni psico-fisiche.

Va inoltre rammentato che l'art. 332 disciplinava la violenza carnale commessa mediante abuso d'autorità, di fiducia o di relazioni domestiche.

Altra importante novità va ravvisata nella previsione secondo cui, per la realizzazione delle due ipotesi delittuose, si esige non il semplice dissenso bensì la violenza o la minaccia.

7. La violenza carnale e gli atti di libidine nel Codice Rocco.

Anche nel Codice Rocco, entrato in vigore il 1° luglio del 1931, il legislatore disciplina i delitti concernenti la sfera sessuale e segnatamente le ipotesi di violenza carnale e di atti di libidine; essi trovano la propria

¹⁰ T. PADOVANI, *Violenza carnale e tutela della libertà*, Riv. it. dir. proc. pen., 1989, p. 1304.

collocazione all'interno del Titolo IX del Libro II tra le fattispecie poste a salvaguardia "*Della moralità pubblica e del buon costume*".

La nuova codificazione continuava a recepire dalla tradizione giuridica e culturale del tempo una concezione della sessualità e della corporeità intrisa di note pubblicistiche, con un *quid novi* riguardante la diversità del bene giuridico che le norme in materia di reati sessuali erano chiamate a tutelare, non più rintracciato nel buon costume e nell'ordine delle famiglie, bensì nella *moralità pubblica*, intendendosi per tale la coscienza etica di un popolo in un dato momento storico, limitatamente alle manifestazioni dell'istinto sessuale che si pongono in contrasto con la coscienza etica comune. L'offesa derivante da coercizione fisica nell'atto sessuale non si riteneva, infatti, arrecata alla persona che subiva, ma al bene della pubblica moralità.

Tale qualificazione, lungi dal costituire il solitario frutto dell'ideologia ispiratrice del codice Rocco, era il seguito di una risalente tradizione legislativa, non solo italiana. Per quanto riguardava i codici stranieri, essa andava dai codici più antichi, quali quello imperiale tedesco e quello spagnolo del 1870, che collocavano i reati sessuali fra quelli contro il buon costume, ai codici più recenti, quali quello norvegese del 1902 e quello danese del 1930, coevo al nostro, persistenti nella collocazione pubblicistica tradizionale.

Peraltro, in rottura con la tradizione, il legislatore del 1930, pur continuando a riferire i reati in materia sessuale ad interessi di categoria dalle connotazioni marcatamente pubblicistiche, aveva attribuito, in maniera del tutto innovativa e anticipatrice dei tempi, significativa rilevanza alla "*libertà sessuale*", indicata come oggetto della tutela specifica inerente ai delitti di violenza sessuale.

Di ciò si trova conferma nella stessa relazione ministeriale al progetto del Codice penale ove si legge che la libertà sessuale tutelata consiste nella "*libera disposizione del proprio corpo nei rapporti sessuali*"¹¹. Detta normativa, infatti, pur inserita all'interno del Titolo IX, era collocata sotto il Capo I, intitolato "*Dei delitti contro la libertà sessuale*".

Questa originaria sistemazione era il frutto di una scelta legislativa che, sia pure in termini timidi e compromissori, costituiva un mutamento di rotta rispetto alle normative precedenti, paradossalmente ritenuto all'epoca fin troppo liberale¹².

Invero nella sistematica del codice si annidava, agli occhi della dottrina, una certa dose di contraddittorietà ed ambiguità, stante l'inconciliabilità della tutela degli interessi ultraindividuali del *buon costume* e della *moralità pubblica* con la protezione di un bene individuale, quale quello della *libera disponibilità*

¹¹ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte speciale, vol. II, tomo I, I delitti contro la persona*, 2013, p. 201.

¹² G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, p. 202.

del proprio corpo e della propria sessualità. Non sembrava logico, infatti, considerare la libertà sessuale come una sottospecie della moralità pubblica, dal momento che i due gruppi di reati differiscono profondamente tra loro, non fosse altro perché quelli del primo gruppo aggrediscono, almeno in prevalenza, singoli individui, mentre quelli del secondo offendono quasi soltanto la collettività, cioè il pubblico.

Del resto, la diversità balza evidente quando si rifletta che *l'oggetto giuridico "libertà sessuale"* non è per certo un attributo della società, ma dei soggetti che subiscono l'offesa, tanto che il legislatore ha privilegiato la perseguibilità a querela.

Ciò è riconosciuto nella Relazione del Ministro Guardasigilli al Re, al n. 170, dove si legge, fra l'altro: "I delitti in discorso sono caratterizzati dalla violenza e dalla frode. Ora, tanto l'una quanto l'altra ledono la libertà, e precisamente quella libertà che consiste nella *libera disposizione del proprio corpo ai fini sessuali*, entro i limiti del diritto e del costume sociale. E invero l'esistenza di tale libertà, tra i beni giuridici della persona, non può essere negata".

L'aver richiesto per la punibilità la doglianza della vittima dimostrava senza dubbio, per buona parte della dottrina, che all'interesse di questa l'ordinamento giuridico attribuiva un valore superiore a quello della comunità sociale, cioè la moralità pubblica.

Da queste premesse risulta evidenziata una vera e propria antinomia tra le due classi di reati, come in passato rilevò anche la dottrina tedesca. E si poneva, al di là degli intitolati del codice, il problema di stabilire quale fosse veramente l'effettiva oggettività giuridica dei reati sessuali.

La contraddizione, tuttavia, si rivela in realtà apparente, perché nella sublimazione pubblicistica di tutti gli interessi protetti dal legislatore dell'epoca, in quanto compatibili con la tavola di valori espressi dallo Stato etico, anche la libertà sessuale o "disponibilità sessuale" veniva tutelata non come valore intrinseco della persona, ma nei limiti della sua corrispondenza al superiore valore della moralità pubblica.

I diritti di libertà nell'impianto codicistico, com'è noto, erano del tutto asserviti alla funzione inerente allo *status* a ciascuno assegnato; conseguentemente anche la protezione accordata alla libertà sessuale della donna trovava ragione e limite nella tutela della funzione sessuale e dello *status* che ella assumeva nell'ambito della famiglia e della società. Emergeva, quindi, dall'incriminazione del fatto un interesse non già rispetto alla lesione personale, quanto piuttosto alle conseguenze pubbliche del fatto stesso, e cioè alla tutela della procreazione, all'interno della famiglia legittima, nel caso di donne sposate, e della potestà familiare del marito o del padre.

Se dunque la reazione punitiva dello Stato alla commissione di siffatti reati (e ciò sia sotto il Codice Zanardelli che sotto il Codice Rocco, ove, appunto,

i delitti sessuali benché posti fra i “*delitti contro la libertà sessuale*” erano pur sempre parte del Titolo IX dedicato alla tutela della “*morale pubblica*” e del “*buon costume*”), affondava le sue radici e trovava la sua *ratio* in una concezione in cui l'onore della famiglia, e quindi la moralità pubblica, risiedevano sull'irreprensibilità e sull'onorabilità dei costumi di un suo membro, rispondeva alla logica dominante prevedere quale *causa di estinzione del reato* il matrimonio “*riparatore*” che, anche sul piano strettamente giuridico, salvava l'onore del soggetto passivo e della famiglia di appartenenza.

Da notare, al riguardo, che l'abrogazione dell'art. 544 c.p., che prevedeva tale fattispecie, è avvenuta soltanto con la l. 5 agosto 1981, n. 441.

Così come conforme alla concezione un tempo imperante era l'aver previsto per i delitti di ratto *ex artt.* 522-524 c.p. (a fine di matrimonio, a fine di libidine e di persona minore degli anni quattordici o inferma) la cui sanzione, almeno nel massimo edittale, era addirittura inferiore a quella prevista per il sequestro di persona, che dello stesso fatto costituisce ipotesi base) la circostanza attenuante del pentimento operoso di cui all'art. 525 c.p., consistente nella spontanea restituzione della vittima alla “libertà”, *alias* riconducendola alla potestà familiare.

Del pari rispondeva alla logica un tempo imperante ancorare la gravità (ove non la sussistenza) della fattispecie delittuosa al “vincolo di destinazione” della persona offesa (e della donna in particolare), non in quanto titolare di un proprio interesse e diritto alla libertà ed all'intangibilità sessuale, ma in quanto depositaria di un interesse esterno e superiore quale, appunto, l'ordine della famiglia o il buon costume o la pubblica moralità.

Talché, mentre per il delitto *ex art.* 523 c.p. era prevista una circostanza aggravante speciale, consistente nello *status* di donna coniugata della vittima, la cui *ratio* risiedeva evidentemente nell'offesa recata all'autorità del marito, i reati di violenza carnale o di atti di libidine violenta non si ritenevano configurabili all'interno del matrimonio, poiché nessuna costrizione “illegittima” vi si sarebbe potuta consumare.

L'orientamento prevalente era nel senso di escludere la configurabilità del reato, facendo leva su un presunto diritto alla congiunzione sessuale nascente dal matrimonio per effetto di un consenso anticipato o presunto a future prestazioni sessuali. Questa opinione contrasta oggi con lo spirito della Carta costituzionale, che pone il rapporto tra coniugi su un piano di assoluta parità, escludendo qualsiasi coercibilità dell'obbligo di dedizione sessuale.

Dal punto di vista delle fattispecie incriminatrici, il Codice penale del 1930 manteneva intatta la distinzione già presente nel Codice Zanardelli tra il reato di violenza carnale e quello di atti di libidine violenti, ipotesi disciplinate rispettivamente agli articoli 519 c.p. e 521 c.p.

Analogamente a quanto avveniva nella precedente normativa, anche nel Codice Rocco ai fini dell'integrazione delle due fattispecie non si reputava sufficiente il mero dissenso della vittima, essendo necessario, invece, che la condotta fosse accompagnata da violenza o minaccia.

Altra norma che merita di essere menzionata è l'art. 520 c.p. che disciplinava l'ipotesi di reato di "*violenza carnale abusiva*", consistente nella congiunzione carnale con persona arrestata o detenuta, di cui si aveva la custodia per ragione del proprio ufficio, ovvero con persona affidata al reo in esecuzione di un provvedimento dell'autorità competente.

Nessuna novità si registrava rispetto al passato in merito ai casi di punibilità della congiunzione carnale commessa con violenza o minaccia, ma in considerazione dell'età della vittima o delle sue condizioni di salute.

8. Gli sviluppi della normativa in tema di reati sessuali: dal Codice Rocco alla Legge 15 febbraio 1996, n. 66.

Non vi è dubbio che le norme in tema di comportamenti sessuali penalmente illeciti siano particolarmente sensibili ai mutamenti sociali. Ovvio, allora, che con il modificarsi del contesto ideologico e con l'avvento della Carta costituzionale e dei suoi principi liberali (di rispetto della persona umana indipendentemente dallo status sociale e dall'uguaglianza senza discriminazioni per ragioni di sesso), la passata concezione della libertà sessuale fosse destinata a tramontare.

Non desta meraviglia, quindi, che, a partire dalla fine degli anni Settanta, il tema dei reati in materia sessuale sia ritornato ad essere oggetto di numerose proposte di legge, volte a riformulare più o meno integralmente le fattispecie disciplinate dal Codice Rocco. Ciò non solo per porre un freno e per apportare un'adeguata risposta sanzionatoria al crescente aumento dei delitti in materia sessuale, ma in una più ampia prospettiva di "ripensamento" della struttura della società e del ruolo della donna eretta a bandiera dai movimenti femminili.

E da parte sua la giurisprudenza aveva superato la difficoltà di concepire la libertà individuale come specie del genere moralità pubblica, individuando come unico bene giuridico tutelato quello di natura individuale della dignità umana e della libertà di autodeterminazione della donna nella sfera sessuale.

Seguendo queste direttive interpretative la giurisprudenza sulla violenza sessuale degli ultimi vent'anni ha proceduto ad una opera di ortopedia giuridica, ricostruendo il bene giuridico tutelato senza far alcun riferimento alla morale pubblica e al buon costume, facendo così assumere alle norme del codice fascista un significato differente da quello originario: nel diritto vivente

la normativa del codice del 1930 diveniva allora compatibile col “nuovo” contesto sociale in cui si era trovata a vivere¹³.

All’attesa riforma si è pervenuti dopo un lungo e travagliato *iter* parlamentare, quasi ventennale, che, attraverso varie legislature, ha preso le mosse nel 1977 con la presentazione di una proposta di legge a seguito di un grave episodio di cronaca nera, la famosa vicenda del Circeo, che suscitò, all’epoca, grande clamore nell’opinione pubblica e che si è conclusa a livello processuale, dopo quasi vent’anni, nel vigore della legge attuale.

Nonostante il rilevante numero dei disegni di legge succedutisi l’uno all’altro, paradigmatico esempio di inconcludenza parlamentare, nessuno di essi ha tuttavia mai sortito il desiderato effetto riformatore.

Tali proposte vennero anche riunite in un Testo Unico che passò pur con sensibili modifiche alla Camera, fu trasmesso al Senato e quindi approvato, ma mai entrato in vigore¹⁴.

Solo nel 1995 venne approvata dalla Camera la proposta n. 2576 presentata il 23 maggio 1995 che, passata all’esame del Senato, divenne la Legge 15 febbraio 1996 n. 66 “*Norme contro la violenza sessuale*”. L’approvazione di detta normativa, sebbene lungamente preparata ed attesa, subì una accelerazione improvvisa poiché incombeva l’interruzione anticipata della legislatura: sicché si è finito per avere precipitosa fretta (...) dopo circa venti anni di sofferta ponderazione¹⁵.

Dal punto di vista sistematico generale, probabilmente per significare la particolare importanza delle incriminazioni introdotte, è apprezzabile la scelta di collocare le nuove norme nel Codice penale, evidentemente ritenuto ancora strumento centrale di tutela, piuttosto che lasciarle in una apposita legge complementare.

Riforma soprattutto di valore genericamente culturale e simbolico è la riqualificazione dei delitti sessuali come “*delitti contro la persona*”, auspicata da decenni e condivisa da tutti, perché conforme a quella concezione personalistica della tutela, fatta propria anche dalla Costituzione repubblicana e che aveva reso intollerabilmente antinomia e anacronistica la qualificazione autoritario-pubblicistica dei delitti sessuali come delitti contro la moralità pubblica e il buon costume.

Sin da un primo esame risulta di immediata evidenza l’intento del legislatore di dare un taglio netto al passato e di introdurre la nuova disciplina dei reati di violenza sessuale su una sorta di *tabula rasa* di ogni preesistente disposizione.

¹³ G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, p. 203.

¹⁴ I. ALFONSO, *Violenza sessuale, pedofilia e corruzione di minorenni*, Padova, 2004, p. 4.

¹⁵ B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano, 2002, p. 10.

Intento che si appalesa sin dall'esordio, inusuale ed ultroneo, della l. n. 66/1996 il cui art. 1 dispone l'integrale abrogazione espressa del Capo I del Titolo IX del Libro II (artt. da 519 a 526) rubricato "dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume", nonché degli artt. 530, 539, 541, 542 e 543 c.p.; in altre parole della previgente normativa in materia di delitti sessuali, con contestuale introduzione di nuovi articoli, da 609 *bis* a 609 *decies*, tesi a colmare con tutta evidenza gli spazi normativi lasciati liberi in seguito all'intervenuta modifica legislativa.

Ora, che la abrogazione non coincida necessariamente con la *abolitio criminis* è certamente vero; tanto più se, come nel caso in esame, la medesima legge apporta aggiunzioni. Ma ciò non toglie che la legge contro la violenza sessuale non ha aiutato l'interprete, omettendo, come spesso capita, di prevedere apposite disposizioni transitorie.

Tuttavia, che con la legge in esame si sia operata una vera e propria rivoluzione etico-culturale, come pure si è detto, è affermazione generosa. A tutto concedere, si può, infatti, riconoscere che siano stati recepiti alcuni messaggi significativi, sia della giurisprudenza di legittimità che di merito, ponendo fine ad una situazione giuridica in cui gli spazi per decisioni "aberranti" trovavano spazio in una lettura dei testi normativi avulsa dalla evoluzione del costume sociale¹⁶.

Di vero, nonostante l'apprezzabile proponimento del legislatore di riformare integralmente la materia dei reati di violenza sessuale; nonostante le apparentemente sensibili differenze fra nuova e previgente disciplina; concessa pure l'attenuante del particolare momento politico che ha tenuto a battesimo la legge in esame, nata in una situazione di emergenza per la fine anticipata della legislatura e per un indubbio logoramento del dibattito ideologico, che imponeva comunque di fissare almeno alcuni punti di riferimento sicuri¹⁷, un'analisi più approfondita delle disposizioni introdotte conduce, invece, a smorzare gli entusiasmi e ad ammettere che in realtà si sono apportati alla materia mutamenti essenzialmente simbolici, frutto più di emotività e di precipitazione che di approfondita meditazione.

Così la nuova collocazione sistematica data ai reati di violenza sessuale, l'unificazione nell'unico reato di "violenza sessuale" (art. 609 *bis* c.p.)¹⁸ delle

¹⁶ G. AMBROSINI, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, Legge 15 febbraio 1996, n. 66, Torino, 1996, p. 2.

¹⁷ G. AMBROSINI, *op. cit.*, pp. 7 e 8.

¹⁸ Su tale norma si vedano, in dottrina, senza pretesa di esaustività, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte Speciale*, Milano 2008, p. 181 ss.; A. CADOPPI, *I reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, III vol., Torino 2006, p. 511 ss.; S. DEL CORSO, *sub artt. 3 e 4 della l. 15 febbraio 1996, n. 66 - Norme contro la violenza sessuale*, LP 1996, p. 429 ss.; G. FIANDACA, voce *Violenza sessuale*, in ED 2000, p. 1153; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna 2013, p. 251; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, Padova 2019, p. 411; A. PECORARO ALBANI, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Napoli 1997, p. 22 ss.; B.

due fattispecie di “violenza carnale” (ex art. 519 c.p.) e di “atti di libidine violenti” (ex art. 521 c.p.), l’abbassamento (parziale) della soglia di “intangibilità sessuale assoluta”, l’introduzione della fattispecie della *violenza sessuale di gruppo*, prevista dall’art. 609-*octies* c.p. (anche se è doveroso rammentare che si è parecchio discusso in ordine alla natura giuridica dell’istituto, che secondo taluni è una figura autonoma di reato, secondo altri una circostanza aggravante della figura base di violenza sessuale individuale)¹⁹, l’introduzione di una fattispecie autonoma (art. 609 *quater* c.p.) che incrimina il compimento di atti sessuali, violenti o abusivi, nei confronti dei minori, la previsione della non punibilità dei rapporti sessuali tra minorenni, la modificazione del delitto di corruzione di minorenne, l’aumento di due anni del minimo di pena (reclusione da 5 a 10 anni anziché da 3 a 10 anni per il reato circostanziato di violenza sessuale), onde precludere patteggiamenti e affidamenti in prova al servizio sociale, la procedibilità a querela di parte come regola (sia pur con eccezioni)²⁰, la tutela della riservatezza della persona offesa con la configurazione della nuova contravvenzione di divulgazione delle generalità o dell’immagine della vittima di violenza sessuale (art. 734 *bis* c.p.), lungi dal rappresentare l’auspicata svolta nella disciplina in materia di reati di violenza sessuale, prestano il fianco a critiche e non si sottraggono all’accusa di eccessiva genericità, disordine ed approssimazione, quando non di incostituzionalità.

A corollario dell’intervento normativo troppo frettoloso e carente, è giunta la critica mossa dalla dottrina alla prassi, purtroppo sempre più frequentemente invalsa presso il legislatore, di affidare alla magistratura un compito che istituzionalmente non le competerebbe, quello di colmare le lacune legislative delineando e chiarendo i troppo generici, vaghi ed approssimativi concetti descritti nell’enunciato normativo.

Come infatti esattamente rilevato, è ovviamente auspicabile che le incongruenze segnalate siano sempre superate da una sagace applicazione della

ROMANO, *La violenza sessuale*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da G. MARINUCCI, E. DOLCINI, Padova 2015, p. 137.

¹⁹ Cfr. D. PROVERBIO, M. VIZZARDI, *Commento all’art. 609 octies*, in B. ROMANO, *La tutela penale della sfera sessuale. Indagine alla luce delle recenti norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia. La tutela penale*, Milano, 2000, p. 4220.

²⁰ Sulla riforma, in generale, *ex plurimis*, si vedano A. COSTANZO, *I reati contro la libertà sessuale*, Torino, 2008; M. BERTOLINO, *Commento agli artt. 609 bis – 609 decies. Dei delitti contro la persona. Dei delitti contro la libertà individuale. Dei delitti contro la libertà personale*, in A. CRESPI, F. STELLA, G. ZUCALÀ, *Commentario breve al Codice penale. Dei delitti contro la libertà individuale*, IV ed., Cedam, Padova, 2003; Id., *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, in *Studium iuris*, 1996, p. 142; Id., *Garantismo e scopi di tutela nella nuova disciplina dei reati di violenza sessuale*, in *Jus*, Milano, 1997, p. 51; C. COLOMBO, *Violenza sessuale e vittime del reato. Breve excursus giuridico-scientifico*, *Riv. Pen.*, 2005; G. FIANDACA, *Violenza sessuale*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, IV, Milano, 2000; G. MULLIRI, *Commento agli artt. 519 – 526 – 530. Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume. Dei delitti contro la libertà sessuale. Delle offese al pudore e all’onore sessuale. Commento agli artt. 609 bis – 609 decies. Dei delitti contro la libertà personale*, in PADOVANI T. (a cura di), *Codice penale*, II ed., Milano, 2000; A. COLLI, *La tutela della persona nella recente legge sulla violenza sessuale all’epilogo di un travagliato cammino legislativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1163.

norma in sede giudiziale; resta però indiscutibile che alle complesse problematiche, cui la riforma dei reati sessuali lo poneva di fronte, il legislatore ha risposto con una comoda abdicazione dal proprio ruolo²¹.

Con buona pace della tipicità e della certezza del diritto: a ben guardare, il vero senso dell'operazione di *lifting* cui la delicata materia è stata sottoposta è una preoccupante rinuncia alla tipizzazione, con contestuale attribuzione al giudice di una sfera di discrezionalità enormemente dilatata, che ne fa, anche grazie ai paradossi sanzionatori, il vero *dominus* della situazione²².

Pertanto, nella prospettiva di analizzare le condotte lesive della libertà di autodeterminazione e maturazione sessuale penalmente sanzionate, ampio spazio deve essere dato al delitto di violenza sessuale ed alla locuzione "*atti sessuali*" introdotti dalla l. 15 febbraio 1966, n. 66, intitolata "*Norme contro la violenza sessuale*" in quanto fattispecie cardine intorno a cui ruotano tutte le altre condotte delittuose e, segnatamente, quelle poste a protezione dei soggetti minori di età.

Il reato di violenza sessuale, infatti, al di là delle modalità tipiche (coercitive od abusive) di aggressione al bene oggetto di tutela, è stato posto dal legislatore al centro delle disposizioni incriminatrici di condotte lesive della sfera sessuale dell'individuo che ad esse si ricollegano, ora per richiamo, ora per esclusione, ora per conformità dei concetti disciplinati, così come è stata posta al centro della normativa in materia la locuzione "*atti sessuali*" sulla quale tutte le fattispecie introdotte dalla novella del 1996 sono incentrate.

Oggi sotto il termine "*atti sessuali*" sono ricompresi sia il congiungimento carnale che le diverse ipotesi di coito anale, orale od omosessuale, nonché tutte le altre forme di comportamenti libidinosi (c.d. *petting*, toccate, "*limonate*", baci, ecc.)²³.

9. Le modifiche dell'oggetto giuridico della tutela.

Si analizzerà in questo paragrafo il fenomeno delle modifiche nel tempo dell'oggetto giuridico della tutela delle norme penali relative alla violenza sessuale, passato da "*il buon costume e l'ordine delle famiglie*" alla "*libertà personale*" nei "*delitti contro la persona*", attraverso la "*libertà sessuale*" e "*la moralità pubblica ed il buon costume*". Le diverse *sedes materiae* non sono sintomi di

²¹ R. BORGOGNO, *Il delitto di violenza sessuale*, in F. COPPI (a cura di), *I reati sessuali*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 89.

²² R. BORGOGNO, *op. loc. cit.*

²³ Cfr. A. M. STILE, *Anche la "pacca" sul sedere costituisce violenza sessuale. L'interpretazione della Cassazione sulla nozione di atto sessuale*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 1182; B. ROMANO, *Appunti sui sospetti di illegittimità costituzionale degli "atti sessuali" alla luce del principio di determinatezza*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1999, p. 62; M. VENDITTO, *La regolamentazione degli atti sessuali alla luce della legge 15 febbraio 1996, n. 66*, in *Rass. it. crim.*, 1997, p. 327.

mere rettifiche verbali, ma vanno viste quali sbocchi di precise finalità prefissate dal legislatore aventi indubbio valore etico-giuridico²⁴.

Fra le innovazioni introdotte dalla l. n. 66 del 1996 emerge, anzitutto, come detto in precedenza, la diversa classificazione sistematica dei reati in materia sessuale collocati ora nell'ambito del preesistente Titolo XII del libro secondo del Codice penale, dedicato ai "delitti contro la persona", nel Capo II, Sezione II, fra i "delitti contro la libertà personale", species del più ampio genus libertà individuale.

Al riguardo, per meglio poter valutare la portata ed i limiti della riforma del 1996, che ha avuto comunque l'innegabile pregio di abbandonare la concezione essenzialmente pubblicistico-collettiva dell'oggetto giuridico dei reati sessuali per approdare ad una visione individuale-personale del bene cui apprestare tutela, è necessario tornare a ripercorrere brevemente alcune tappe di un percorso certo non lineare.

Un primo dato che emerge è rappresentato dall'intento del legislatore di operare un taglio netto con il passato per superarne anacronismi ed incongruenze derivanti (anche) dall'ambigua collocazione riservata dal Codice Rocco ai reati in esame, ricompresi nel Titolo IX fra i delitti contro la moralità pubblica ed il buon costume, al Capo I inerente i delitti contro la libertà sessuale.

Con la l. n. 66/1996, grazie anche alle esigenze, messe in luce con forza a partire dagli anni Sessanta, di conferire alla società una struttura nuova e diversa attraverso l'abolizione di tutte le situazioni di inferiorità e di disuguaglianza contrastanti con quanto già garantito dagli artt. 3 e 27 Cost., si è tentato di dare un "colpo di spugna" al passato per maggiormente attagliare agli attuali valori una normativa in materia di reati sessuali che, frutto di una ormai obsoleta ideologia, non rispecchiava più né più si adattava alla mutata concezione, *in primis*, dei beni cui accordare tutela giuridica.

Sulla spinta dei vari movimenti femministi che elaborarono una teoria del corpo e della sessualità femminili come luoghi ineludibili del percorso di liberazione della donna, divenne inevitabile svolgere una riflessione sul ruolo e sull'immagine della donna nella società: l'immagine di una donna che non può essere considerata solo come passiva o potenziale vittima dell'aggressione maschile, ma persona in grado di portare nel rapporto con l'uomo la completezza di una sessualità non più negata, ma anzi riaffermata come del tutto paritaria.

Fu il movimento femminista che riuscì a raccogliere ben trecentomila firme per affermare con quel disegno di legge la dignità della donna e il rispetto

²⁴ C. PUZZO, *I reati sessuali*, Maggioli, Rimini, 2010, p. 30.

della sua integrità di persona attraverso il diritto all'autodeterminazione sul proprio corpo e sulla propria sessualità²⁵.

È evidente allora che, alla luce di tali orientamenti, il quadro delineato dal Codice penale in materia di delitti sessuali fosse da considerarsi anacronistico, alla pari del substrato ideologico e culturale ad esso sotteso. Anche la disciplina del 1930, infatti, sulla scia dell'arcaica impostazione dettata dal Codice penale del 1889, rispondeva ad una concezione dei reati in materia sessuale che poco o nulla aveva a che vedere con la tutela dell'individuo e della sua libertà in ogni diversa e possibile sua manifestazione ed espressione.

La *ratio* di sublimazione pubblicistica dell'oggetto privato della tutela informava anche il Codice Rocco, nonostante la collocazione sistematica dei delitti sessuali li vedesse posti fra i reati "contro la libertà sessuale".

Come si evince, infatti, dalla collocazione sistematica ad essi riservata dal Codice Zanardelli prima, e dal Codice penale del 1930, poi, che a tali reati dedicavano rispettivamente il Titolo VIII "Dei delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie" ed il Titolo IX "Dei delitti contro la moralità pubblica ed il buon costume", l'oggettività giuridica dei beni tutelati era di natura essenzialmente super-individuale e collettiva; di natura sovraordinata all'interesse del singolo pur tutelato anche nella sua libertà sessuale, ma riconosciuta e protetta tuttavia dall'ordinamento solo nella misura in cui la sua offesa costituiva del pari offesa al buon costume ed alla moralità pubblica.

In una concezione di reato "quasi peccato", lo stupro tale non era in sé, ma in virtù della rispettabilità, della onorabilità dei costumi, in altre parole del "vincolo di destinazione" cui era sottoposta la donna, tanto che, mentre la violenza carnale dei confronti, ad esempio, di una religiosa veniva giudicata aggravata, sempre vivace si prospetta, sino alle soglie del nostro secolo, il dibattito circa la violenza carnale nei confronti della prostituta, proprio perché, trattandosi di una persona a destinazione "non vincolata", riesce difficile cogliere l'illiceità del fatto²⁶.

Tuttavia, al di là della pur condivisibile di massima nuova collocazione, almeno tendenzialmente unitaria a livello di bene di categoria, le opzioni legislative non convincono appieno.

Si consideri, infatti, che nel ventennio precedente la riforma, per effetto dell'opera interpretativa di dottrina e giurisprudenza, la lettura dei reati contro la violenza sessuale era stata correttamente ed evolutivamente adeguata ai mutati valori sociali e al nuovo contesto ideologico della società contemporanea, ridefinendo il bene giuridico della libertà sessuale, non più come libertà funzionale alla società, ma come diritto che inerisce all'individuo

²⁵ S. BELTRANI – R. MARINO, *Le nuove norme sulla violenza sessuale. Commento sistematico alla L. 15 febbraio 1996, n. 66*, Napoli, 1996, p. 8.

²⁶ T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 1307.

ed esclusivamente ad esso, come interesse individuale dotato di propria autonomia e di rango esclusivo rispetto a quello categoriale.

Allora, se tutto ciò è vero, sembra lecito affermare che la portata innovativa della l. n. 66 del 1996, sul punto dell'individuazione del bene giuridico tutelato, ha un valore semplicemente dichiarativo e non sostanziale, dal momento che pacificamente esso veniva individuato nella libertà sessuale, e cioè nella libera autodeterminazione della donna nella sfera sessuale.

L'obbiettivo principale della nuova legge, tipica legge-manifesto, è destinato così a subire da questo punto di vista un radicale ridimensionamento. Anzi e paradossalmente si potrebbe anche sostenere che la nuova intitolazione costituisce un regresso rispetto alla situazione precedente, così come codificata dal c.d. diritto vivente: al di là delle migliori intenzioni, la riforma, riconducendo e facendo assorbire la libertà sessuale all'interno di una indistinta libertà individuale, ha finito per negare spazi di autonomia al diritto all'autodeterminazione sessuale, che invece precedentemente, sia pure per effetto dell'interpretazione evolutiva, il codice riconosceva. Nulla di sorprendente comunque: la storia della legislazione degli ultimi tempi è zeppa di simili *boomerang*²⁷.

Al cambio di etichetta non ha fatto riscontro una congrua opera di personalizzazione dei delitti sessuali, che è rimasta incompiuta sotto diversi profili.

Invero, a differenza di quanto originariamente previsto dal codice, il cui Capo I del Titolo IX era intitolato dei delitti contro la libertà sessuale, la novella del 1996 ha incluso i reati sessuali, senza distinzione di sorta, nella generica e residuale categoria dei "*delitti contro la libertà personale*", a cui appartengono fattispecie minori quali il sequestro di persona e l'arresto illegale, con il risultato che detta sistemazione appare quanto mai infelice e disarmonica. Essi, infatti, sono collocati dopo il delitto di perquisizioni e ispezioni personali arbitrarie, delitto decisamente secondario, e del tutto estraneo alle fattispecie sessuali che lo seguono.

Una volta riquilibrati i delitti sessuali come delitti contro la persona, i medesimi avrebbero dovuto essere più correttamente collocati nell'attuale Sezione III, dedicata ai "*delitti contro la libertà morale*", e precisamente dopo l'art. 610 c.p. (violenza privata), anche se tale alternativa avrebbe forse dato il segno di un minor valore attribuito ai delitti di violenza sessuale.

O, ancor più significativamente, sotto le autonome e distinte categorie dei "*delitti contro la libertà sessuale*" dei maggiorenni e dei "*delitti contro l'intangibilità sessuale*" dei minorenni.

²⁷ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Op. cit.*, p. 203.

Invero, mentre la “libertà personale” è libertà negativa, “libertà da” ogni coercizione, la “libertà sessuale” è “libertà di”, libertà interna di autodeterminazione in funzione della libertà stessa di agire nel campo della sessualità.

Pertanto, i delitti sessuali si presentano, così, più omogenei con i “delitti contro la libertà morale”, avendo la “libertà morale” un contenuto spiccatamente positivo ed essendo la violenza sessuale una specifica ipotesi di violenza privata, qualificata dalla particolare natura dell’atto che la vittima è costretta a compiere o a subire²⁸.

Ed è altresì incontestabile che solo un’autonoma categoria di “delitti contro la libertà sessuale” può compiutamente esprimere il peculiare disvalore della violenza sessuale rispetto ad ogni altro tipo di violenza, fisica o morale, poiché essa non solo incide sulla libertà fisica o di autodeterminazione, ma comporta così profondi coinvolgimenti emotivi (perfino possibili disturbi psichici e della sessualità), che possono segnare la vittima per tutta la vita ed estranei agli altri tipi di violenza, e che ne giustificano il più severo trattamento²⁹.

L’aver abrogato il contenitore “dei delitti contro la libertà sessuale” (Capo I, Titolo IX), disciplinante incriminazioni in gran parte riconducibili a quelle poi introdotte, e l’aver inserito gli artt. da 609 *bis* a 609 *decies* al termine della sezione II del Capo III del Titolo XII non sembra pertanto una soluzione felicissima. Tanto più che i nuovi articoli perdono quell’immediato connotato di stampo sessuale che forse meritava di essere mantenuto, ed anzi sottolineato, proprio con la riserva di un settore autonomo ed indipendente.

In definitiva, sarebbe stato preferibile riscrivere il contenuto dell’intero Titolo IX, inserendolo *ex novo* in uno o più capi appositi all’interno del Titolo XII, con un mantenimento della nota di sessualità che, indubbiamente, caratterizza anche i reati introdotti, o riscritti, dalla l. n. 66/1996, classificandoli, tutti, come “delitti contro la libertà sessuale” (ora sono solo delitti contro la libertà personale).

10. La riformulazione del delitto di violenza sessuale senza la violenza e la minaccia, sostituendovi l’elemento del consenso.

Inoltre, dal punto di vista della definizione delle modalità di offesa, la nuova legge, nell’intento dichiarato di definire un assetto di tutela imperniato sul rispetto della volontà/autodeterminazione da parte della donna, anche e soprattutto in ambito sessuale, avrebbe dovuto definitivamente superare il vecchio modo di configurare la violenza sessuale penalmente rilevante.

²⁸ F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 3.

²⁹ F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 4.

Così, invece, non è stato: anche il nuovo art. 609 *bis* c.p. ha mantenuto la scelta propria della normativa precedente di imperniare la condotta incriminata sugli elementi della violenza e minaccia quali mezzi tipici di coercizione al rapporto sessuale, ovvero sull'abuso d'autorità che sfoci nell'una o nell'altra³⁰: avrebbe dovuto, invece, elevare ad oggetto della tutela la libertà in sé, indipendentemente da coartazioni che si traducano nell'uso di violenza o di minacce, sulla scia dell'ordinamento anglosassone laddove basta l'assenza del consenso della donna perché sussista il reato in questione³¹, e ciò pur in presenza delle difficoltà probatorie in ordine all'accertamento del dissenso.

Il legislatore italiano, invece, ha in un certo senso seguito il modello tedesco ove è espressamente prevista la necessità di entrambi i citati requisiti perché si integrino, rispettivamente, il reato di violenza carnale e quello della coercizione sessuale³².

Persistere nell'incentrare il delitto sessuale sulla "violenza" o sulla "minaccia" anziché sul "dissenso" (come prevedeva anche l'ignorato Progetto di riforma del Codice penale presentato dalla Commissione "Pagliaro", che a tal fine abbandonava la vecchia denominazione per quella di "stupro" e prevedeva la violenza come aggravante), significa dimenticare che la libertà sessuale è offesa per il solo fatto di essere la persona dissenziente³³.

Ai fini della realizzazione della condotta costringitiva sono ancora necessarie la violenza o la minaccia e, quindi, una previa opposizione attiva, coi relativi rischi che la violenza reattiva agisca da moltiplicatore della violenza aggressiva, *ben potendo essere dissenziente anche la persona non resistente* (magari perché impaurita o per evitare ulteriori mali)³⁴. La violenza o la minaccia

³⁰ Cfr. A. ABUKAR HAYO, *L'abuso di autorità e l'abuso di poteri nei delitti di violenza sessuale*, *La legislazione penale*, 28 gennaio 2021, p. 12, e, sempre in tema di abuso d'autorità, Y. PARZIALE, *Abuso di autorità dell'insegnante privato nei confronti del minore: per le Sezioni Unite sussiste la violenza sessuale. Commento alla sentenza delle Sezioni Unite 16 luglio 2020 (dep. 1° ottobre 2020)*, n. 27326, in *Penale Diritto e Procedura*, n.4/2020, pp. 801 – 814.

³¹ PUZZO, *I reati sessuali*, cit., p. 45; C. PAVARANI, *Il mero dissenso della vittima nella violenza sessuale: profili di diritto italiano e anglosassone*, in *Indice Pen.*, 2002, p. 777.

³² PUZZO, *op. loc. cit.*

³³ In dottrina, fra gli altri, si veda A. CADOPPI, *Commento art. 7 – L. Violenza sessuale*, in AA. VV., *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, in A. CADOPPI (cura di), III, ed., Padova, 2002, p. 499 ss., in particolare sull'opportunità della eliminazione fra i requisiti di fattispecie della violenza e della minaccia quali requisiti di tipizzazione della condotta costringitiva; ID., MARTA BERTOLINO, *Libertà sessuale e blue-jeans*, nota a Cass. pen., Sez. III, 6 novembre 1998, n. 1636, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 692 ss..

³⁴ Sulla prospettiva di riformulare il delitto di violenza sessuale senza la violenza e sostituendovi l'elemento del consenso, cfr. B. ROMANO, *Proposte di riforma nei delitti contro la sfera sessuale della persona*, in *Dir. pen. cont.*, 29 novembre 2018; M. BERTOLINO (a cura di), *Verso la riforma dei reati sessuali. Parte I: i reati stricto sensu sessuali*, in www.aipdp.it, 2018; G. BALBI, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, in *Sistema penale*, 3 marzo 2020. Sulle criticità connesse a tale prospettiva, si veda G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti*

dovrebbero, al più, costituire prova, anche se non la sola, bensì nel quadro più ampio e completo sistema di rilevazione, del dissenso.

L'onere di resistenza attiva, disancorato dal contesto normativo originario, sopravvive come un'autentica assurdità, costituendo, ancora, retaggio storico della concezione del delitto sessuale come offesa non alla libertà individuale, ma ai superiori interessi dell'ordine familiare, pudore, moralità pubblica, *et coetera*. Interessi offesi dall'intrinseca illiceità del rapporto sessuale in sé e della tutela dei quali la donna era ritenuta la prima artefice, facendosi su di essa gravare un onere di resistenza ed esonerandola, pertanto, da pena solo nel caso di conseguente violenza, con la differenza che il consenso della donna o la mancanza di una coazione sufficiente ad integrare lo "stupro violento", mentre nel diritto penale dell'*Ancien Régime* lasciava, coerentemente, aperta la possibilità di incriminazione della stessa, quale concorrente necessaria, per "stupro semplice" (congiunzione carnale con donna nubile di onesti costumi) o per "adulterio" (congiunzione con donna coniugata), oggi il semplice dissenso rende il fatto penalmente irrilevante per lo stesso stupratore³⁵.

Una siffatta concezione della violenza sessuale quale ipotesi speciale della violenza privata è posta in crisi dal raffronto sistematico con altri reati, quali il sequestro di persona e la violazione di domicilio, nei quali la libertà personale e l'inviolabilità domiciliare sono protetti, solo sulla base del dissenso, *contro ogni lesione non consensuale anche non violenta*: il che dà la misura di quanto arretrata sia la tutela della libertà di autodeterminazione sessuale realizzata con la legge-simbolo n. 66 del 1996.

Autorevole dottrina, al riguardo, sottolinea il dato "curioso" per cui il padrone di casa può con un solo gesto di rifiuto precipitare l'intruso nell'illecito della violazione domiciliare, mentre la vittima di un'iniziativa sessuale deve reagirvi, e in forma "convincente"³⁶.

I paventati rischi per essere la norma imperniata sulla mera contraria volontà, stante la complessa dinamica intersoggettiva nella concreta esperienza del rapporto sessuale, le forme non sempre chiare di comunicazione e interazione dei sessi, l'inevitabile ambiguità dei rituali e messaggi della seduzione sessuale e le dissimulazioni di dissensi a parole quale remissiva difesa apparente, dettata dalle convenzioni o slealmente preordinata alla denuncia penale, con tutti i possibili fraintendimenti da parte del *partner*, sono da considerare non al livello di formulazione della fattispecie, bensì sul terreno probatorio dell'effettiva sussistenza di un "dissenso reale" o anche di un

sessuali. *Profili storici, comparati e di diritto vivente*, Seminario Giuridico della Università di Bologna, CCCXXII, Bologna, University Press, 2023, p. 17 ss.

³⁵ F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 4.

³⁶ T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 1301.

consenso putativo, attraverso l'attenta analisi della sequenza interpersonale nel suo complesso³⁷.

A tal fine univoci elementi probatori possono essere offerti, oltre che dall'accoppiamento in gruppo o dalla violenza monosoggettivi anche da ogni altro indice rilevante. In mancanza o nell'insufficienza dei quali, valgono i comuni principi dell'*in dubio pro reo* e dell'art. 59, 4° co., c.p.³⁸

Nonostante l'abrogazione della vecchia disciplina, l'alternativa che ancor oggi si pone al giudice è quella o di non punire, in assenza di una "convincente" prova da parte della vittima di una vera e propria violenza, o di stravolgere, dematerializzandolo, il concetto di violenza per dissimulare un'occulta analogia *in malam partem*.

Da questo punto di vista la riforma non può che considerarsi fallimentare, a dispetto dei tanti trionfalismi che ne hanno accompagnato la nascita, sebbene non ci si possa nascondere che il diritto penale svolga anche una funzione di orientamento culturale, in linea con i - peraltro discutibili - meccanismi tipici della prevenzione generale.

NC

³⁷ Anche la più recente giurisprudenza, seppur scevra da stereotipi e pregiudizi di vecchia memoria, continua a muoversi sempre nel medesimo, sterile, solco tradizionale: si veda, ad esempio, Cass. pen., Sez. III, 16 febbraio 2024 (dep. 2 aprile 2024), n. 1322, in *dirittoegiustizia.it*, con nota di A. PANETTA, F. PANETTA, *Vis grata puellae e violenza sessuale*, che ha annullato una sentenza della Corte di appello di Palermo limitatamente agli effetti civili, con rinvio per un nuovo giudizio al giudice civile competente, chiarendo, ancora una volta, che l'assenza di una reazione fisica della persona offesa nonché l'assenza di segni esteriori indicativi di una violenza, non sono indici della c.d. *vis grata puellis*. In tema di mancato dissenso, ma sempre in senso conforme all'interpretazione tradizionale, cfr., altresì, Cass. pen., Sez. III, 15 settembre 2023, n. 37828: «il mancato dissenso ai rapporti sessuali con il proprio coniuge, in costanza di convivenza, non ha valore scriminante quando sia provato che la parte offesa abbia subito tali rapporti per le violenze e le minacce ripetutamente poste in essere nei suoi confronti, con conseguente compressione della sua capacità di reazione per timore di conseguenze ancor più pregiudizievoli, dovendo, in tal caso, essere ritenuta sussistente la piena consapevolezza dell'autore delle violenze del rifiuto, seppur implicito, ai congiungimenti carnali».

³⁸ F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 5.