

LA TIPICITA' ALLA PROVA DELLE MIGLIORI INTENZIONI: L'INCERTA NOZIONE DI ATTO SESSUALE¹

di Adriano Martini

(Professore associato di diritto penale presso l'Università di Pisa)

Sommario: 1. In forma chiara e precisa: la natura sessuale dell'atto costretto. - 2. Le libere scelte sessuali: ragioni per una tutela accentuata e dilatata. - 2.1. La tutela dilatata: la creatività giurisprudenziale. - 3. La inclusività del concetto di atto sessuale. - 3.1. La consulta. - 3.2. La giurisprudenza di legittimità. - 3.3. Sul criterio oggettivo: la soluzione apparente delle zone erogene. - 3.4. Un'impostazione sincretica. - 4. Ciò che la legge punisce e ciò che non punisce. - 4.1. Premesse. - 4.2. Lo sforzo interpretativo. - 5. Il tentativo di esprimere una sintesi.

1. Come per Cesira e Rosetta², la violenza sessuale si abbatte sulla vittima come la più deplorabile manifestazione della supremazia della forza sulle ragioni e le libertà. E' la messa in scena, lo spettacolo orribile, di un potere che prevarica l'inerte, si tratti di quello del maschio sulla femmina, di quello del "normale" avverso LGBT, del gruppo sull'individuo isolato³, del forte sul debole⁴, di chi è armato su chi è inerme, del custode

¹ Il presente scritto è la rielaborazione dell'intervento svolto al Convegno *Principi del diritto penale e teoria del reato*, Convegno per Giovannangelo De Francesco, Pisa 6 giugno 2022.

² Il riferimento è alle due protagoniste femminili de *La ciociara* romanzo di Alberto Moravia (e con la sceneggiatura di C. Zavattini, film di Vittorio De Sica) nella storia icone della mite femminilità esposta alla brutalità di chi detiene il potere.

³ Nelle dinamiche di gruppo si afferma, spesso, un pensiero forte, che condiziona le scelte di tutti. La percezione di appartenere ad un gruppo, poi, conferisce all'intraneo una sorta di insana percezione di impunità, di intangibilità, oltre che di supremazia. In tema M.N.Masullo, *Nuove prospettive (e nuovi problemi) nella tutela della libertà sessuale: la violenza di gruppo*, CP 1997, 2917.

⁴ Penso in particolare alle dinamiche del bullismo che utilizza il linguaggio sessuale: cfr. Cass. V, 163/2020 che ha inquadrato nella violenza privata la vicenda di un "minorenne nei confronti del compagno di scuola, costretto a subire il furto di oggetti scolastici, la simulazione sul suo corpo di un rapporto sessuale e altre continue condotte violente e prevaricatrici".

sul custodito, del padrone sul servo, del datore di lavoro sul dipendente. Si tratta, in sostanza, di un modo paradigmatico di concretizzazione di una visione distopica della propria supremazia sugli altri, per sancirla e glorificarla. In questo emerge la dimensione “politica” della violenza sessuale, non a caso collocata, dallo Statuto di Roma della Corte penale internazionale⁵, nel contesto dei crimini contro l’umanità⁶.

Di questo strumentario di prepotenze, la congiunzione carnale è certo il modello plasticamente più spettacolare e perverso. E’ pensando ad un agire di tal fatta, al suo significato di sottomissione della vittima, di usurpazione della potestà sull’interessa del corpo attraverso la penetrazione, che il legislatore è pervenuto a compiere scelte repressive molto severe. Il coito violento ha assolto, quindi, al ruolo di paradigma di disvalore in funzione delle scelte di politica criminale, sia sul piano sostanziale che processuale. Ma è proprio da questa premessa che deriva la perplessità all’origine di questa riflessione. A differenza di quanto si è scelto di fare in altri contesti normativi⁷, nel nostro paese lo stesso strumentario repressivo è posto a presidio anche di condotte assai differenti sul piano di disvalore, tanto da legittimare il dubbio che non siano rispettati i principi del proporzionalismo retributivo. Nel concetto di atto sessuale violento rientrano modi di agire che pur appartenendo alla medesima distopia delle relazioni private⁸, non sono assimilabili al coito violento, appartenendo ad una sfaccettata fenomenologia di accadimenti minori o minimi, espressione di un’analoga microfisica dei rapporti umani alterati nell’ottica dalla preminenza di genere. Ognuno di essi rappresenta la messa in pratica, la visualizzazione dell’idea del proprio essere

⁵ Sul ruolo dei delitti di violenza sessuale come strumenti di prevaricazione nel contesto più disfunzionale delle relazioni umane cfr. F.Franceschelli, *Lo stupro come crimine internazionale: il contributo del Tribunale per il Ruanda alla sua definizione*, CP 2014, 3113.

⁶ Alla violenza sessuale si riferisce l’art. 7 lett. g dello Statuto di Roma: “*Stupro, schiavitù sessuale, prostituzione forzata, gravidanza forzata, sterilizzazione forzata o altre forme di violenza sessuale di analoga gravità*”.

⁷ Ci limitiamo a segnalare alcune fonti. Il Codice penale spagnolo (regola le aggressioni sessuali avverso maggiorenni capaci, agli artt. 178 e ss., distinguendo tra attentato alla libertà sessuale (art. 178, pena “*prisión de uno a cinco años*”) il congiungimento carnale (art. 179 pena da sei a dodici anni), l’abuso senza violenza o intimidazione (art. 181, pena da 1 a tre anni, alternativa a pena pecuniaria). Il Codice penale francese, alla Sezione III del Capitolo II punisce in modo diversificato il congiungimento (art. 222-23) punendolo con quindici anni di reclusione criminale, le altre aggressioni sessuali, punendole con “*cinq ans d’emprisonnement*”, e le molestie (cfr. infra). Il Codice penale tedesco riconduce, come quello italiano, l’intera materia al novero degli atti sessuali “contro l’apparente volontà di una persona”, operando però una scelta editale assai differente e meno condizionante: il delitto, previsto dal § 177 StGB, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni, innalzando il minimo ad un anno (co. 5) se vi è stato ricorso a violenza o minaccia di un pericolo imminente per la vita o l’incolumità fisica o, infine, approfittando di una situazione che pone la vittima alla mercè dell’autore.

⁸ L’espressione delitti contro le relazioni private è tratto da T.Padovani, *I delitti contro le relazioni private*, in AA.VV., *Storia d’Italia, La criminalità, Annali 12*, Torino 1997, 219 e ss.. L’opera, pubblicata a ridosso della riforma del 1996 analizza, in una prospettiva storica, quanto la sessualità, che possiamo convenire rappresenti una libera espressione della personalità individuale, sia stata intesa per secoli come un ruolo all’interno di una struttura sociale.

sessuato e di come debbano conformarsi le relazioni con persone di un altro sesso, fino ad esprimere una pretesa potestà, una sorta di privilegio dominicale al godimento di quanto si possiede. Il poter fare è consustanziale all'essere, tanto che chi se ne sente privato subisce uno spoglio frustrante che lo induce a ricercare in modi ancor più intollerabili la propria primazia sul corpo del posseduto, del sottoposto, del custodito: la violenza di genere, è in tal senso considerabile un fenomeno del quale la violenza sessuale è soltanto una delle possibili forme di manifestazione⁹.

Sono tematiche troppo grandi per un giurista. Non di meno sembra possibile arguire che il legislatore, ricostruendo un sistema repressivo sostanziale e processuale connotato di profili di specialità per combattere la violenza sessuale, si proponesse non soltanto di punire un fatto tipico offensivo, ma anche di cercare di porre rimedio ad un rapporto sperequato, nel quale interagiscono il debole ed il forte. Ne è originato un diritto penale del nemico, severissimo nelle scelte edittali e ostile in quelle processuali¹⁰, comunque una sorta di pallida alternativa alla giustizia relazionale che nelle dinamiche sociali e culturali non riesce, nonostante questo, ad affermarsi. In questa prospettiva, invero, una politica che si esprima preminentemente attraverso l'inasprimento della minaccia di pena, svela l'impotenza, la incapacità di perseguire altrimenti l'effetto cui sarebbe opportuno tendere operando sul piano delle regole della quotidiana convivenza, prevenendo sul piano sociale e culturale le cause persistenti della prevaricazione.

In questo ruolo di retroguardia, il giurista ha comunque il compito di confrontarsi criticamente con le norme predisposte in funzione degli scopi perseguiti, per giudicarne la funzionalità nel rispetto dei principi. Nel nostro caso, come vedremo,

⁹ Il ricorso alla violenza fisica nella definizione delle relazioni interpersonale è espressione, non di rado, di una ritenuta detronizzazione di chi se ne rende autore. Si tratta, in sostanza, della sola modalità ancora disponibile per riconciliare la realtà, caratterizzata dall'affrancazione femminile, con la interpretazione delle prerogative maschili, ormai anacronistica e spesso frutto di una sottocultura destinata, storicamente, a soccombere. In questo conflitto non è disagevole rinvenire le cause di una delle piaghe dei nostri tempi, la c.d. violenza in famiglia.

¹⁰ Per rimanere alla stringente attualità, vale la pena di ricordare il destino di una delle disposizioni che diversifica il processo in *subiecta materia*, anche a costo di incidere sul diritto al contraddittorio in sede di formazione della prova. L'art. 392 co. 1 *bis* Cpp, che ammette ed incoraggia il ricorso immediato all'incidente probatorio per la assunzione della deposizione della persona offesa, tra gli altri, per il delitto di cui all'art. 609 *bis* c.p. è stato posto al vaglio della Corte Costituzionale, sia pure limitatamente alla possibilità che l'incidente probatorio sia esteso all'assunzione della deposizione di un minore non persona offesa. C. cost. sent. n. 14/2021 pur ribadendo come l'incidente probatorio meriti di conservare il proprio carattere di eccezionalità, poiché "*anticipa la formazione della prova rispetto alla naturale sede del dibattimento, in deroga al principio fondamentale d'immediatezza*", ha dichiarato non fondata la questione in forza di una presunzione di vulnerabilità della persona chiamata a deporre. Sulla decisione cfr. N.Pascucci, *La Corte Costituzionale conferma il vigente perimetro applicativo dell'art. 392 comma 1 bis Cpp*, RIDPP 2021, 707.

si imporrà la questione della adeguata precisione del sistema nel definire quanto è proibito e punito dimostrandosi capace di ritrarsi allorché vengano in gioco condotte che, seppur sintomatiche di una perdurante patologia nella percezione del ruolo, sono soltanto il deplorabile retaggio, immeritevole di pena, di una cultura regressiva.

Procedendo in questa direzione, si porrà al centro della riflessione la violenza sessuale; lo sguardo non si allargherà, invece, alla considerazione degli strumenti per la tutela penale della intangibilità della sessualità minorile, ovvero gli artt. 609 *quater*, 609 *quinqüies* e, in una prospettiva estrema di anticipazione, con la repressione del mero adescamento, 609 *undecies* Cp. Per quanto allocati, nella geografia codicistica, nel medesimo territorio delle norme sulla violenza, quelle disposizioni evidenziano una propria autonomia già nella formulazione testuale dell'art. 609 *quater*; il loro baricentro, invero, esprime un contenuto di disvalore in cui l'atto sessuale prescinde che prescinde dall'impiego della forza prevaricatrice. In esse entra in gioco, piuttosto, quella condizione, universalmente riconoscibile, di fragilità della vittima e l'esigenza che la sua maturazione sessuale proceda senza improvvise accelerazioni o accadimenti traumatici¹¹. Si ricerca, quindi, da un lato il benessere del minore, dall'altro la preservazione delle sue potenzialità, del suo futuro, il suo poter essere un adulto sessualmente sereno¹². Nelle interazioni tra adulti o tra soggetti comunque già adusi al linguaggio sessuale, invece, la violenza punita rappresenta l'eccezione alla regola della libertà individuale di perseguire la soddisfazione delle più varie predilezioni sessuali, senza lasciare spazio a pregiudizi culturali o etici che portino a considerare distoniche certe manifestazioni rispetto ad altre¹³.

¹¹Si legge in Cass. III, 38084/2021 come il bene giuridico del delitto di cui all'art. 609 *quater* sia rappresentato da: «il corretto sviluppo della personalità del minore che, essendo fino all'età adolescenziale in via di formazione, è stato ritenuto meritevole di una protezione assoluta sotto il profilo dell'integrità psico-fisica che si concretizza nella tutela non tanto della libertà sessuale del minore quanto della maturazione della sua libertà ancora acerba dalle insidie provenienti da soggetti terzi».

¹²Impossibile perfino tentare di fornire indicazioni minime su un tema tanto studiato. Ci limitiamo a ricordare quanto scritto nelle premesse alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali di Lanzarote del 2007: «Lo sfruttamento sessuale dei minori ...nonché tutte le forme di abuso sessuale di minori ... mettono seriamente a rischio la salute e lo sviluppo psico-sociale dei minori». Sui contenuti della Convenzione G.L.Gatta, *Protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale: ratificata la Convenzione di Lanzarote del 2007 (e attuata una mini-riforma nell'ambito dei delitti contro la persona)*, www.penalecontemporaneo.it 2012.

¹³Si legge nella *Dichiarazione dei diritti sessuali* elaborata dalla *World association for sexual health*, che riunisce i sessuologi di tutto il mondo, come «La sessualità è un aspetto centrale dell'essere umano nell'arco di vita e comprende il sesso, le identità e i ruoli di genere, l'orientamento sessuale, l'erotismo, il piacere, l'intimità e la riproduzione. La sessualità è sperimentata ed espressa attraverso pensieri, fantasie, desideri, credenze, attitudini, valori, comportamenti, pratiche, ruoli e relazioni. Mentre la sessualità può includere tutte queste dimensioni, non tutte vengono sperimentate o espresse. La sessualità è influenzata dall'interazione di fattori biologici, psicologici, sociali, economici, politici, culturali, legali, storici, religiosi e spirituali».

2. Benché, in quanto tale, ogni esternazione sessuale possa considerarsi libera, nel delitto di cui all'art. 609 *bis* (e, conseguentemente, nella sua specifica forma plurisoggettiva necessaria aggravata di cui all'art. 609 *octies* Cp¹⁴) proprio la qualità sessuale dell'atto che la vittima è costretta o indotta a compiere o subire impregna di un contenuto di disvalore preminente un agire che, altrimenti, pur risultando penalmente rilevante, sarebbe ritenuto meritevole di minor pena o, addirittura, penalmente irrilevante¹⁵.

Sotto il primo profilo, si deve considerare come, nella sua articolata fenomenologia, il delitto di violenza sessuale si ascriva al novero dei reati "eventualmente complessi".

Le fattispecie previste dal primo comma dell'art. 609 *bis* (costrizione mediante violenza o minaccia o mediante abuso di autorità) devono annoverarsi tra i delitti a "base violenta", descrivendo condotte vincolate di causazione dell'evento (l'atto sessuale non libero). Queste, ove funzionali ad un differente esito, sarebbero considerate comunque meritevoli di rilevanza penale: l'ipotesi della violenza privata, rispetto alla quale quella sessuale è speciale per specificazione quanto al carattere dell'atto che la vittima è costretta a compiere o subire; l'impiego di una forza fisica vettoriale per attingere alla corporeità della vittima percuotendola o per impedirne i movimenti, privandola della libertà di locomozione¹⁶. Questi modi di agire penalmente illecito, ove strumento di una costrizione che non inerisca un fare o subire sessuale, sono assoggettati a minacce edittali in genere assai meno severe¹⁷: la reclusione sino a quattro anni, prevista per la violenza privata, quella sino a sei mesi alternativa alla multa per le percosse (sempre assorbite nel delitto a base violenta), quella da sei mesi

¹⁴ Le scelte compiute dal legislatore nel punire la violenza sessuale di gruppo, aumentando i limiti edittali e non reiterando la superattenuante del caso di minore gravità, sono state poste al vaglio della Consulta che ha ritenuto ammissibili le scelte compiute, per quanto differenti da quelle che caratterizzano l'ipotesi monosoggettiva, ricorrendo al criterio di giudizio per cui una ingiustificata disegualianza debba risultare arbitraria e radicalmente ingiustificata o irragionevole. Così C. cost. sent. n. 325/2005.

¹⁵ Difficile fornire indicazioni bibliografiche sulla tutela penale della libertà sessuale. Siano consentiti dei meri rinvii anche per rinvenire informazioni bibliografiche più complete: C. Piergallini, F. Viganò, M. Vizzardi, A. Verri, *I delitti contro la persona, Libertà personale, sessuale e morale. Domicilio e segreti*, in *trattato di diritto penale, Parte speciale*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, v. X, Padova 2015.

¹⁶ Che la condotta di privare la vittima della libertà di locomozione, come tale integrante il delitto di cui all'art. 610 Cp, sia connotato intrinseco all'agire costringitivo della violenza sessuale è effetto che consegue alla stretta relazione funzionale tra violenza e atto forzato. Si tratta di un indirizzo consolidato della giurisprudenza, di recente confermato in Cass. III, 36327/2021, nella cui motivazione si ribadisce che «il delitto di sequestro di persona concorre con quelli di violenza sessuale...[solo] nel caso in cui la privazione della libertà persona si protrae...nel tempo anteriore o successivo alla costrizione necessaria a compiere gli atti sessuali».

¹⁷ Scrive T. Padovani, *Il confine conteso*, RIDPP 1999, 1311: «il rapporto tra violenza privata e violenza sessuale, espresso in termini di specializzazione della tutela, è tracciato da una prospettiva di progressione teleologica, perché l'interesse alla libertà morale si puntualizza sul nevralgico versante della libertà sessuale».

ad otto anni per il sequestro di persona (in quanto tale a sua volta inglobato nella fattispecie sessuale nei limiti in cui la costrizione sulla libertà perduri per un tempo rigorosamente funzionale all'atto)¹⁸. Questo mero rilievo impone di ricercare il senso della scelta di punire ove la violenza funzionale ad un agire lesivo della libertà sessuale¹⁹ in misura tanto clamorosamente più severa²⁰ (per di più effetto di continue corse al rialzo²¹): pur non considerando l'operatività di una qualsiasi delle circostanze aggravanti speciali e ad effetto speciale di cui all'art. 609 *ter* Cp (che possono perfino raddoppiare la pena: cfr. art. 609 *ter* u.c.), si prevede per gli atti sessuali violenti la reclusione da 6 a 12 anni che, nell'ipotesi necessariamente plurisoggettiva della violenza di gruppo, è elevata ulteriormente da 8 a 14 anni²².

Sotto il secondo profilo, si deve constatare come il legislatore, allorché il valore in gioco sia l'autodeterminazione sessuale, scelga di abbandonare la strada della complessità per attribuire rilevanza anche a forme di ingerenza che, come al comma 2 dell'art. 609 *bis*, non presuppongono una violenza costringitiva e/o fisica come tale penalmente rilevante. Ed invero, se l'assimilazione dell'abuso alla violenza, ove il primo inerisca la strumentalizzazione di una potestà pubblicistica appare conforme all'idea della complessità (in quanto il *metus* indotto dall'abuso dei poteri impliciti al ruolo, può risultare comparabile od equipollente alla *vis*, potendo risultare penalmente rilevante alla stregua del delitto di concussione²³), l'esistenza di una componente di

¹⁸ Si considera assorbito nel delitto di violenza sessuale anche quello di maltrattamenti ma «*soltanto quando vi è piena coincidenza tra le condotte, nel senso che gli atti lesivi siano finalizzati esclusivamente alla realizzazione della violenza sessuale e siano strumentali alla stessa*»: Cass. III, 35700/2020.

¹⁹ La sete di pena indotta dal confronto con il delitto sessuale non pare estinguibile: da più parti si sollecitano ulteriori rilanci sanzionatori. Tra questi, come scrive C. M. Xella, «*La valutazione del rischio recidiva per gli autori di reati sessuali*, RIML 2013, 1885 il c.d. «*suivi socio-judiciaire francese: al termine della pena, è previsto per chi ha compiuto un reato sessuale un periodo, anche molto lungo, di supervisione ed eventualmente di trattamento. La mancata adesione al programma stabilito costituisce un reato a sé stante e determina una nuova carcerazione*». L'A. si lamenta della mancata adozione di strumenti di tal fatta nel nostro ordinamento e di come «*mentre da un lato cresce l'allarme sociale rispetto alle violenze sessuali e agli abusi sui minori, la nostra legislazione non prevede alcun intervento sull'autore di reato sessuale che vada al di là della carcerazione*». Altri sottolineano invece la scarsa utilità, in chiave di prevenzione generale, del ricorso ad una pur severissima pena detentiva: P. Giulini, A. Scotti, *Il campo del trattamento del reso sessuale tra ingiunzione terapeutica e controllo benevolo*, RIML 2013, 1863.

²⁰ Sembra utile ricordare come sia dovuta intervenire la Corte Costituzionale (C. cost. sent. n. 232/2013) per escludere la obbligatorietà della custodia cautelare in carcere per il delitto di violenza sessuale di gruppo: in tema G.Leo, *Illegittima anche per la violenza sessuale di gruppo, la regola di applicazione obbligatoria della custodia in carcere*, www.penalecontemporaneo.it 2013.

²¹ Nel Codice Rocco il quadro edittale, per quanto parimenti severo, era meno gravoso: reclusione da tre a dieci anni per il congiungimento carnale, ridotta di un terzo per gli atti di libidine. La riforma del 1996 innalzò il limite minimo edittale a cinque anni, per prevenire la ineffettività del trattamento punitivo. Gli attuali limiti edittali, largamente condizionati dai bisogni di una "giustizia comunicativa" sono dovuti all'art. 13 co. 1 della l. 69/2019, nota come Codice rosso.

²³ La giurisprudenza, peraltro, non considera che la violenza sessuale per abuso di autorità pubblicistica come

illiceità penale non può rinvenirsi allorché, come suggerisce la giurisprudenza²⁴, si colga il disvalore di condotta anche nell'abuso di un'autorità privatistica²⁵. Procedendo nella verifica, appare poi evidente come il delitto configuri un preminente (se non esclusivo) disvalore di evento, strettamente connesso alla lesione della libertà sessuale, laddove la condotta vincolata assuma i connotati delle induzioni²⁶. Al n. 1 del co. 2, l'art. 609 *bis* contempla un'invasione nella altrui corporeità sessuale che diviene possibile per una condizione di minorazione fisica o psichica della vittima, di cui il soggetto attivo approfitta (pur non avendola necessariamente cagionata). In quella del n. 2, più rara, si immagina un inganno per indurre la vittima in errore sull'identità personale di chi si propone come *partner* sessuale, sostituendosi ad altri (l'ipotesi *d'antan* dell'adesione alla profferta erotica viziata in quanto condizionata dal falso convincimento di interagire con Tizio piuttosto che con Caio²⁷). In entrambi i casi l'agire, per quanto scorretto, non sarebbe penalmente rilevante ove funzionale ad uno scopo differente dalla interazione sessuale. Il soggetto attivo si espone dunque ad una severa minaccia di pena solo allorché determini nella vittima una volontà apparente²⁸ od inefficace²⁹ relazionata all'espressione della sessualità.

delitto complesso, ritenendo piuttosto che sussista un concorso formale eterogeneo tra i delitti di cui agli artt. 317 e 609 *bis* Cp. In tal senso Cass. VI, 15876/2022, nella cui massima si legge: «*Il reato di violenza sessuale commesso mediante abuso della qualità e dei poteri del pubblico ufficiale può concorrere formalmente con il reato di concussione, trattandosi di reati che tutelano beni giuridici diversi, posti a salvaguardia di distinti valori costituzionali, rappresentati dal buon andamento della Pubblica Amministrazione e dalla libertà di autodeterminazione della persona nella sfera sessuale*».

²⁴ Come si legge in Cass. VI, 5453/2020 si tratta di verificare l'esistenza di una qualsiasi posizione di preminenza, di diritto o di fatto, pubblicistica o privatistica, strumentalizzata dal soggetto agente per piegare il volere della vittima.

²⁵ Il tema è analizzato A. Abukar Hayo, *Abuso di autorità e abuso di poteri*, LP 2012, on line, che trae spunto da Cass. SS.UU. 27326/2020 per la quale «*l'abuso d'autorità cui si riferisce 609 bis co. 1 Cp presuppone una posizione di preminenza, anche di fatto e di natura privata, che l'agente strumentalizza per costringere il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali*», commentandola favorevolmente. Commentava il rinvio alle Sezioni Unite S. Finocchiaro, *L'abuso di autorità dell'insegnante privato tra violenza sessuale e atti sessuali con minorenni: la parola alle Sezioni Unite*, sistempapenale.it 2002. In tema A. Ferrato, *Il concetto di abuso: l'arbitraria utilizzazione della qualifica autoritativa nella violenza sessuale*, AP 2021, on line.

²⁶ Si afferma in giurisprudenza che «*il compimento della violenza sessuale per costrizione costituisce, sotto il profilo del diritto penale, un fatto diverso dal compimento della violenza sessuale tramite induzione*» per cui «*le contestazioni di violenza sessuale per costrizione e per induzione posseggono un carattere alternativo ed inconciliabile*»: Cass. III, 43611/2021.

²⁷ La disposizione è stata oggetto di applicazione anche in tempi non remoti: cfr. D. Sibilio, *Finto ginecologo induce le pazienti a compiere atti sessuali via skype: configurabile il delitto di cui all'art. 609 bis co.2 n. 2 Cp*, in www.penalecontemporaneo.it, a commento di una decisione del Tribunale di Milano del 2018.

²⁸ A. M. Dell'Osso, *Gli assensi artificiali: abuso di sostanze psicotrope e capacità di autodeterminazione nel prisma della violenza sessuale*, RIML 2012, 409.

²⁹ Il complesso degli effetti prodotti dalla rilevanza differenziale implicita alla natura sessuale dell'atto oggetto di costrizione si estendono gravosamente sul piano del processo. Deve ricordarsi come per il delitto di cui all'art.

2.1. Se dal diritto positivo si sposta l'attenzione a quello vivente, la rilevanza della natura sessuale dell'atto "carpito" porta ad effetti ancor più drastici, come se si perseguisse non tanto di definire l'ambito di operatività del fatto tipico, quanto piuttosto di perseguire una tutela integrale da ogni forma di interazione che ignori la libertà dell'altro protagonista dell'atto.

Letto, tassativamente, nei ristretti confini della sua tipicità, il delitto presuppone (come si è detto) l'interazione tra coartazione o induzione e natura del gesto. L'intreccio "offensivo" si esprime consentendo perfino una sorta di mutuo soccorso tra i due nuclei d'offesa. La violenza, porta a ritenere l'incidenza sulla sessualità anche di gesti quanto meno ambigui³⁰ (come nel caso della condanna per stupro di chi usando la forza costringa la vittima a subire un bacio sulla guancia³¹), mentre la significatività sessuale dell'atto enfatizza l'impatto del gesto sulla libertà del volere.

Percorrendo la via della integrale tutela penale della libera sessualità, però, la giurisprudenza ha finito per assestarsi su soluzioni applicative che, per la loro creatività, preoccupano: ben oltre i confini dell'interpretazione, per quanto teleologica o evolutiva, si pratica, in sostanza, un vero e proprio esercizio di analogia *in malam partem*³². L'ordinamento penale viene così piegato, nella prospettiva di perseguire in

609 *octies* l'art. 2 del d.l. 11/2009 (convertito con modificazioni in l. 38/2009) imponesse la adozione della misura della custodia in carcere. Sul punto è dovuta intervenire la Consulta: C. cost. sent. 232/2013 dopo aver rilevato come la violenza sessuale di gruppo sia da considerare una fattispecie speciale autonoma, punita più severamente per ragioni ritenute condivisibili, il cui effetto dilatato ambito di operatività non consente presunzioni non sussistendo dati di esperienza generalizzati, un *id quod plerumque accidit* che consenta di affermare che ogni vicenda inquadrabile come violenza di gruppo renda chi ebbe a commetterla presuntivamente pericoloso.

³⁰ Talvolta si pone in ombra la stessa esigenza che gli atti coinvolgano il corpo della vittima mediante un contatto: cfr. M. Vizzardi, *Violenza sessuale senza coinvolgimento del corpo della vittima?*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017; M. Cappai, *La qualificazione delle violenze prive di un contatto corpore corpori alla prova della recente giurisprudenza in tema di atti sessuali*, in www.penalecontemporaneo.it 2017, a commento di Cass. III, 18679/2015.

³¹ Il caso è tratto da Cass. III, 6158/2020, nella cui massima si legge: «*In tema di reati sessuali, il bacio sulla guancia, in quanto atto non direttamente indirizzato a zone chiaramente definibili come erogene, configura violenza sessuale, nella forma consumata e non tentata, allorquando, in base ad una valutazione complessiva della condotta che tenga conto del contesto ambientale e sociale in cui l'azione è stata realizzata, del rapporto intercorrente tra i soggetti coinvolti e di ogni altro dato fattuale qualificante, possa ritenersi che abbia inciso sulla libertà sessuale della vittima*».

³² In realtà preoccupazioni come quelle che si manifestano possono apparire a taluno anacronistiche. In effetti, nel dibattito penalistico contemporaneo non mancano voci che si propongono di sostituire al principio di riserva formale di legge, quello di certezza delle regole garantito attraverso la loro consolidata applicazione giurisprudenziale. In sostanza, la c.d. riserva di fonte, ed i suoi fondamenti illuministici, finisce per essere guardata con il compatimento che si riserva ad un vecchio elefante il cui spazio vitale è conteso da nuove vigorose ed aggressive forme di vita. Emblematico quanto si legge nella rielaborazione di alcuni interventi svolti nel 2022 ora riproposti in G. Canzio, *Legalità penale, processi decisionali e nomofilachia*, in sistemapenale.it. Il chiaro A. si propone, senza infingimenti, di ripensare la legalità penale conferendo in modo scoperto un ruolo alle decisioni giurisdizionali, dato che «*la sentenza non parla soltanto alle parti, ma anche agli altri giudici, alla*

tal modo un sostanziale riequilibrio tra le forze (sperequate) che entrano in campo: la vittima (iscritta, d'ufficio, nella classe dei vulnerabili³³) ed il carnefice, investito di prerogative di genere, di ruolo, di potere. L'art. 609 *bis* assume la funzione di garantire non solo la repressione ove la sessualità sia costretta o indotta, ma piuttosto ogni sua forma se non espressione del pieno consenso di chi vi partecipa³⁴. L'agire violento o abusivo o ingannatorio, al centro della struttura della fattispecie, finisce in tal modo in ombra, con la dilatazione della fattispecie oltre i suoi effettivi limiti positivi, nella prospettiva di punire comportamenti atipici ma egualmente ascrivibili alla più vasta genia delle interazioni sessuali "patologiche" in quanto dissentite.

A ben vedere, si tratta dello sforzo di supplire alle manchevolezze della riforma del 1996³⁵: di essa, invero, si è rilevato³⁶ come perpetuasse un'anacronistica visione della interazione sessuale³⁷. Esigendo che l'atto fosse stato reso possibile da una previa violenza costringente o dall'essersi approfittato di uno *status* o di un errore, la norma ha assecondato surrettiziamente l'idea per la quale alla vittima compete un dovere di

dottrina e alla pubblica opinione" risultando funzionale al bisogno della prevedibilità degli effetti del proprio agire. Quasi a formare un dialogo a distanza, la constatazione della irreversibilità di questa invasione di campo della giurisdizione, ha indotto una delle voci più autorevoli della dottrina ad una reazione: questa, però, non ha assunto i contenuti di un'indignata elegia della riserva di fonte, ma piuttosto quelli di un tentativo di regolamentare un potere della cui usurpazione non ci si meraviglia neppure troppo, suggerendo una sorta di verifica della costituzionalità delle sentenze, quantomeno sotto il profilo della loro irretroattività: cfr. R. Bartoli, *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche, giustiziabilità dell'analogia, nomofilachia e mutamento sfavorevole*, in *sistemapenale.it*. Alle due opere citate si rinvia anche per ulteriori indicazioni di lettura.

³³ A. Colli, *La tutela della persona nella recente legge sulla violenza sessuale all'epilogo di un travagliato cammino legislativo*, RIDPP, 1997, 1163 e ss., nel commentare la riforma del 1996 non nascondeva ciò che in essa appariva implicito, ovvero che se ne dovesse valutare la efficienza come strumento che prendesse atto del nuovo modo doveroso di configurarsi dei ruoli maschili e femminili.

³⁴ Cass. III, 3326/2021: «costituendo il dissenso della persona offesa un elemento costitutivo, sia pure implicito, della fattispecie, necessario perché sussista la condotta tipica».

³⁵ Per una articolata esposizione delle presunte manchevolezze della riforma del 1996 si rinvia a M. Romano, *Proposte di riforma nei delitti contro la sfera sessuale della persona*, in www.penalecontemporaneo.it ove sono rinvenibili corpose suggestioni per approfondire il tema.

³⁶ Scriveva A. Colli, *op.cit.*, 1164, «Ancora oggi il complesso intreccio del profilo socio-psicologico e criminologico con quello più strettamente giuridico, impedisce di considerare pacificamente acquisito il concetto di libertà sessuale come diritto di libertà della donna di autodeterminarsi nei propri comportamenti sessuali, pur nella consapevolezza della sua identità, e nonostante si riscontri una maggior reattività collettiva ai fenomeni di abuso e violenza».

³⁷ Scriveva G. Andreazza, *Commento art 609 bis Cp*, in AA.VV., *Codice penale*⁵, a cura di T. Padovani, Milano 2011, II, 4269, come «nei delitti in esame, una prima nota dolente è rappresentata dal persistere del requisito costitutivo della violenza o della minaccia che evoca quell'onere di resistenza che costituiva il perno occulto di raccordo della libertà sessuale con la moralità pubblica». Nella edizione più recente (VII ed., Milano 2019, 3406), la considerazione non è ribadita dal medesimo A., evidentemente influenzato dalle ardite soluzioni giurisprudenziali che piegano la norma a strumento di tutela generalizzata della libertà di autodeterminazione sessuale.

resistenza per tutelare il proprio spazio corporeo sessuale che altri vorrebbe violare. Ed in effetti, l'art. 609 *bis* non punisce qualsiasi interferenza nell'altrui libertà di scelta in merito alla sessualità, ma solo quelle in cui il soggetto attivo consegue il risultato usando la forza o sfruttando uno *status* soggettivo o un errore³⁸, e ciò nel tacito presupposto che solo in tali congerie alla vittima, alla madre, alla moglie, non possa muoversi addebito³⁹.

Piuttosto che accettare le scelte legislative, la giurisprudenza ha intrapreso la via di rinunciare alla previa verifica del disvalore di condotta, punendo atti repentini, improvvisi e subdoli cui il soggetto passivo non ha modo di resistere, non potendoli prevenire, purché, ovviamente, attingano il suo corpo in modo da risultare qualificabili come sessuali (come nell'esempio paradigmatico dell'improvviso tocco dei glutei, al quale la vittima non può manifestare dissenso o apprestare opposizione, non avendolo potuto prevenire). L'operazione, però, pare arbitraria. Ed in effetti, in vicende di tal fatta non solo difetta la condotta vincolata, ma lo stesso dissenso assume i connotati di mera potenzialità: ed invero, proprio la natura improvvisa del gesto ha reso impossibile a chi lo patisce di elaborare una qualsiasi opinione in merito ad esso, acconsentendovi o avversandolo, tanto da potersi sostenere che l'autore non debba neppure confrontarsi con la manifestazione di una volontà antagonista. A ben vedere, al momento del gesto intrusivo, assenso o dissenso rappresentano soltanto una possibilità⁴⁰, dubbio che viene sciolto nei termini di un dissenso presunto, che la vittima potrà convalidare solo *a posteriori*, magari attraverso la proposizione della querela.

³⁸ Sottolineava, prima della riforma, l'esigenza di abbandonare questa soluzione T. Padovani, *Violenza carnale e tutela della libertà*, RIDPP, 1989, 1301. Il tema è ripreso, anno dopo, da A. Colli, *op.cit.*, 1166, che osserva «la composizione dell'inconciliabile binomio di tutela, che nella formulazione originaria del codice Rocco tentava di coniugare l'interesse pubblico e astratto della moralità, con quello individuale e concreto della salvaguardia della persona, è stato superato solo illusoriamente attraverso lo spostamento sistematico del delitto fra i reati contro la persona».

³⁹ Su tali aspetti T. Padovani, *op.cit.*, 200, che ricorda come prima ancora della riforma del 1996 la giurisprudenza si fosse liberata dell'idea che la violenza praticata dall'aggressore dovesse assumere i connotati della *vis absoluta*, tale da lasciare la vittima senza via di scampo.

⁴⁰ E' bene chiarire come la giurisprudenza, ai fini dell'integrazione del dolo di violenza sessuale, non richieda che il soggetto attivo conosca il dissenso ma piuttosto che sia consapevole che non è stato manifestato un assenso, lasciando intravedere uno schema del fatto tipico nel quale tutti gli atti sessuali che non siano stati preceduti da una previa manifestazione di volontà adesiva siano penalmente illeciti. Cfr. App. Lecce, 24/1/2022, n. 1661, nella cui massima si legge: «Ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo del reato di violenza sessuale, è sufficiente che l'agente abbia la consapevolezza del fatto che non sia stato chiaramente manifestato il consenso da parte del soggetto passivo al compimento degli atti sessuali a suo carico; ne consegue che è irrilevante l'eventuale errore sull'espressione del dissenso, anche ove questo non sia stato esplicitato, potendo, semmai, fondarsi il dubbio sulla ricorrenza di un valido elemento soggettivo solamente nel caso in cui l'errore si fondi sul contenuto espressivo, in ipotesi equivoco, di precise e positive manifestazioni di volontà promananti dalla parte offesa».

Sul piano della condotta, l'agire illecito non richiede la manifestazione della violenza fisica o morale, costrittiva, né dell'abuso o dell'inganno, tutti strumenti che si manifestano necessari allo scopo di superare la volontà avversa. Altrettanto da escludere che nell'agire improvviso possano cogliersi elementi assimilabili a quelli della induzione per essersi approfittato di uno stato di minorazione. Benché la vittima non abbia messo in campo le proprie difese, è del tutto irrilevante che essa versi in uno *status*, fisico o mentale, che ne comprometta la possibilità di autotutela. Se la condizione di minorazione (quella di cui al co. 2 n. 2 dell'art. 609 *bis*) è concreta ad essa corrisponde una concreta ed intrinseca debolezza del soggetto passivo, che ne limita o impedisce la "possibilità di difendersi"; nei casi in esame, nessuna di queste caratteristiche entra in gioco: la vittima potenziale del gesto repentino può essere vigile, forte e sana, perfettamente in grado di apprestare una solida difesa, nel caso rimasta silente, per il difetto di un preavviso, di un segnale che annunci la futura aggressione.

In sintesi, anche accettando, su basi ideologiche, l'estremo indirizzo interpretativo focalizzato sul bene giuridico, per il quale la norma punirebbe ogni atto sessuale al quale la vittima ha dissentito, non per questo sarebbe consentito un ulteriore salto nel vuoto, reprimendo interazioni a loro volta differenti⁴¹, nelle quali si riscontra non un dissenso ma soltanto l'elusione della facoltà della persona di aderire od opporsi alla profferta sessuale. L'armamentario repressivo delle condotte contrarie alla libera sessualità si arricchisce così, per opera di una giurisprudenza pretoria ma ad oggi inadeguatamente contrastata, di una nuova fattispecie non preveduta dalla legge, ma originante da una opinabile analogia tra costrizione ed intrusione sessuale con atti repentini ed improvvisi⁴². In comune con l'armamentario di fonte legislativa, la nuova

⁴¹ La giurisprudenza sembra esposta alla tentazione di confondere i confini, che pure non dovrebbero essere opachi, tra interpretazione estensiva ed analogia ogni qual volta è chiamata a dare applicazione ad un complesso di norme del quale il giudice percepisce un invecchiamento o che considera nato vecchio e inadeguato rispetto a quelli che sono i suoi dichiarati intenti. Nel contesto dei delitti contro la libertà sessuale si rimprovera, in sostanza, di aver confermato la necessità di una costrizione mediante violenza o minaccia, come tale ritenuta, implicitamente, connessa alla presunzione di un dovere della vittima di resistenza. Coglie tali aspetti C. Cantisani, *Brevi riflessioni in tema di analogia a margine della recente casistica giurisprudenziale*, LP 2022 on line.

⁴² Il singolare, quanto stabile, orientamento giurisprudenziale è stato oggetto di attenzione da parte di R. Bartoli, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, RIDPP 2015, 1769. Si legge nello scritto come «In tema di violenza sessuale, si pone la questione se per l'integrazione della fattispecie sia sufficiente un atto "sessualmente connotato" realizzato mediante sorpresa: secondo un primo orientamento, l'ipotesi integra gli estremi della violenza sessuale, in quanto la libertà di autodeterminazione sessuale della vittima è nella sostanza compromessa risultando sufficiente il mero dissenso; secondo un altro orientamento, invece, il fatto deve essere considerato atipico in quanto non sono state realizzate le modalità della violenza e della minaccia, le quali assumono rilevanza là dove si ritiene che la fattispecie è posta a tutela dell'onore sessuale». Sciogliendo la implicita riserva, l'A. conclude osservando come: «In tal caso la giurisprudenza si assesta su un tipo difforme da quello legale».

ipotesi ha soltanto un mancato assenso, che prende il posto del concreto dissenso che, invece, difetta *per tabulas*⁴³, dato che la vittima non ha avuto modo di formularlo; in mancanza delle condotte vincolate, la giurisprudenza coglie un disvalore di elusione del diritto individuale di esprimere la propria volontaria adesione o piuttosto il proprio rifiuto⁴⁴ rispetto ad un agire destinato ad invadere la propria dimensione corporea⁴⁵.

L'applicazione analogica vive, nel diritto penale contemporaneo, frutto della

⁴³ Utile ricordare come la strada di punire ogni atto sessuale compiuto trascurando il dissenso del soggetto coinvolto sia stata assunta in Germania con la riforma del 2016 che ha introdotto il § 177/1 StGB per il quale sono punibili tutti gli atti compiuti contro la volontà riconoscibile della vittima e senza necessità di ricorrere a violenza o minaccia. Si rinvia, in merito a V. Macrì, *La riforma dei reati sessuali in Germania*, www.penalecontemporaneo.it 2016.

⁴⁴ Come anticipato nella nota che precede, da molte parti si era richiesto di abbandonare la stessa terminologia di violenza sessuale in favore di un concetto ancor più generico, lo stupro, considerato integrato a fronte di ogni atto sessuale che non sia stato oggetto di una esplicita presa di posizione adesiva da parte di tutti i protagonisti. Come scrive A. Colli, *op.cit.*, n. 13, «Retrospectivamente non è inopportuno notare che un maggiore spessore contenutistico sarebbe derivato dall'accoglimento di quel "filone ricostruttivo" che, in sede di progettazione normativa proponeva una chiave di lettura del bene giuridico più coerente con gli scopi perseguiti dalla riforma rubricando il novellato delitto come "stupro" (in questo senso, art. 71 schema di legge-delega per la riforma del c.p. cit. e relazione introduttiva della parte speciale, in *Documenti Giustizia*, p. 370; art. 609-bis Proposta di legge n. 1434 (Melandri-Amici), cit.). Il tenore letterale del testo proposto era conseguentemente rivolto ad eliminare ogni riferimento alle originarie esteriorizzazioni della condotta attiva, attraverso una formulazione che incriminava "chiunque si congiunge sessualmente o compie atti di identico significato offensivo contro la volontà della persona"; violenza e minaccia venivano dunque tipizzate in veste di circostanze aggravanti, al dichiarato scopo di "evitare la non punibilità di fatti non commessi con tali modalità", ma pur sempre nel mancato rispetto del dissenso opposto dalla vittima. Tale più incisiva scelta terminologica avrebbe fotografato la brutalità di un comportamento immediatamente lesivo della dignità individuale, calpestata nell'inviolabile diritto di esprimere un rifiuto che, al pari dell'omonimo archetipo già incriminato nelle codificazioni dell'ancien régime, non richiede violenza o minaccia come modalità lesive necessarie all'integrazione del fatto tipico. Più precisamente, in quelle codificazioni il sistema delle incriminazioni veniva concepito in termini gradualistici, per cui stupro "semplice" era il mero "concubito con persona libera e di onesta vita", in quanto, secondo la concezione del tempo, il disvalore del fatto s'incentrava già nella consumazione di un rapporto sessuale fuori dai contesti considerati legittimi. A prescindere dalla consensualità della donna, si reprimeva la lesione dell'integrità della futura "destinazione sessuale" di essa, mentre, lo stupro "violento" costituiva un'ipotesi criminosa autonoma, la cui maggior gravità si radicava nell'uso di violenza o minaccia (così T. Padovani, *La libertà*, cit., p. 1306). Ora che il rapporto sessuale in sé deve considerarsi lecito, il termine "stupro" avrebbe potuto recuperarsi ad un significato idoneo a focalizzare il baricentro dell'offesa nella dignità e libertà individuale, anziché nelle modalità della condotta».

⁴⁵ Il concetto, da ultimo, è espresso con chiarezza da Cass. III, 1559/2021, ove si legge che il connotato obiettivo della violenza è riconoscibile a fronte del «compimento di atti di libidine subdoli e repentini, compiuti senza accertarsi del consenso della persona destinataria, o comunque prevenendone la manifestazione di dissenso» (Sez. 3, n. 6945 del 27/01/2004, Rv.228493; Sez. 3, n. 46170 del 18/07/2014, Rv. 260985). Nello stesso senso Cass. III, 19611/2021 nella cui motivazione si legge: «Deve, infatti, rammentarsi, che, 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» (Sez.3, n. 6945 del 27/01/2004, Rv.228493; Sez.3, n. 46170 del 18/07/2014, Rv.260985).

tendenza della giurisprudenza a ripetere i propri errori⁴⁶ : si è coniata una fattispecie transgenica di violenza sessuale, non più a forma vincolata, ma libera, nella quale non si reprime chi agisca nonostante il dissenso semplicemente senza un espresso assenso, un clone nel quale il disvalore del “tutto”, la lesione dell'autodeterminazione sessuale, risulta troppo superiore della somma delle sue parti e sorregge per intero la gravissima pena. Eppure, come osserva Mantovani⁴⁷ “*il disvalore degli atti sessuali sta, rispetto al maggiorenne, non ovviamente nell’atto sessuale in sé, ma nel mezzo (violenza, abuso, frode) e quindi nella non consuetudine libera*”.

Per evitare ulteriori derive, fedeli al principio per cui i “*fatti non possono non essere, in primo luogo, diversamente sanzionati, a seconda dell’importanza degli interessi tutelati dalle norme che li riguardano*”⁴⁸, si ripropone come di estrema attualità una domanda ormai classica: in cosa consiste il contenuto oggettivo dell'atto che, rendendolo sessuale, giustifica il ricorso ad un diritto penale di forte antagonismo? Solo rispondendo si potranno le premesse per valutare se il quadro editto determinato dalle scelte di politica legislativa sia proporzionale all’offesa e, quindi, giusta preconditione per garantire la fattibilità del progetto di instaurare un trattamento punitivo rieducativo⁴⁹.

Un’ultima avvertenza: nel procedere alla verifica l’interprete dovrà sottrarsi al fascino di soluzioni, apparentemente comode, che, spostando il baricentro di disvalore da un modo di essere obiettivo dell’atto ad una speculazione sul significato che ad esso è attribuito dai suoi protagonisti⁵⁰, conducano a punire uno stato mentale; ancora, si dovrà porre attenzione ad esorcizzare le spinte ad un utilizzo dello strumentario

⁴⁶ Il riferimento è al comma 1 *bis* dell’art. 618 Cpp, introdotto con l. 103/2017, per il quale una sezione del Supremo Collegio che non condivida un principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite non ha facoltà di pronunciare in difformità, dovendo rimettere la decisione a quest’ultime. In tema M. Pollera, *Le Sezioni Unite penali ed il principio di diritto*, CP 2019, 4546.

⁴⁷ F. Mantovani, *Diritto penale, Parte speciale I, Delitti contro la persona*, VII ed. Padova 2019, 421. Non è certamente questa la sede per fornire indicazioni bibliografiche, sia pure sommarie, in ordine ai moltissimi contributi della dottrina allo studio della materia.

⁴⁸ G. A. De Francesco, *Invito al diritto penale*, Bologna 2019, 43.

⁵⁰ Non sono poche le decisioni giurisprudenziali nelle quali si finisce per chiamare a soccorso una qualche speculazione inerente il punto di vista del soggetto attivo dell'atto e di chi lo ha subito: si veda Cass. III, 38926/2018, ove si legge: «*la Corte ha ritenuto che integra la condotta - e non il tentativo - di violenza sessuale il comportamento da parte dell'imputato che, dopo aver alzato ripetutamente il vestito indossato dalla vittima, le aveva toccato le cosce con l'intenzione di raggiungere parti più intime*». E' invece generalizzata la tendenza a risolvere sul piano delle intenzioni la verifica della natura idonea e non equivoca degli atti nel tentativo di violenza sessuale: in tal senso Cass. III, 23178/2018, che ha confermato la condanna, per il mero fatto di essersi avvicinati, aver proferito apprezzamenti (a sfondo sessuale) ed aver afferrato la vittima per un braccio.

repressivo penale⁵¹ in una prospettiva politica (ben oltre i confini della responsabilità personale) per sostenere la pur nobile causa⁵² del riassetto delle dinamiche di genere⁵³.

3.

3.1. Le difficoltà in naviga l'interprete conseguono, si è detto, alla scelta compiuta dal legislatore di far ricorso, per descrivere la multiforme fenomenologia dell'aggressione sessuale, ad un solo elemento normativo extragiuridico di fattispecie, il concetto di atto sessuale, confidando nella pretesa perspicuità della definizione.

Per conseguire un elevato grado di inclusività, si è pagato un elevato scotto di indeterminatezza.

In realtà è lo stesso testo dell'art. 609 *bis*, ed in particolare il suo terzo comma, che rivelano quanto il riformatore del 1996 fosse consapevole delle difficoltà intrinseche alla scelta di punire, con una medesima severa pena, una casistica di aggressioni sessuali variegata e diversamente offensiva⁵⁴, così lasciandosi alle spalle una lunga tradizione e senza guardare alle suggestioni degli altri ordinamenti

⁵¹ Indubbiamente la riforma del 1996 rappresentò uno strumento per liberarsi dell'idea vischiosa che la sessualità lungi dall'essere una libera espressione della personalità individuale dovesse piuttosto essere intesa come una sorta di potere condizionato ad uno scopo connesso al ruolo della persona nella collettività. Per questo la stessa tutela risultava influenzata dal medesimo ruolo, dallo status politico e sociale dell'individuo in seno all'ordinamento, aggiungendosi così, connotati ulteriori a quelli già offerti dalla morale tipica di quel determinato momento storico. Su tali aspetti T. Padovani, *Violenza carnale e tutela della libertà*, RIDPP 1989, 1304 ss.

⁵² Il rapporto evidente che esiste tra tutela penale della libertà sessuale e condizione femminile è posto in evidenza da L. Goisis, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici. Una storia di genere*, www.penalecontemporaneo.it 2012.

⁵³ Il sospetto, peraltro, non è del tutto infondato, tanto che con questo tipo di esigenza, come tale di pertinenza della politica, si confronta C. cost. sent. n. 1/2021: «Nel nostro ordinamento giuridico, specialmente negli ultimi anni, è stato dato grande spazio a provvedimenti e misure tesi a garantire una risposta più efficace verso i reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale, considerati di crescente allarme sociale, anche alla luce della maggiore sensibilità culturale e giuridica in materia di violenza contro le donne e i minori». Nel caso si chiedeva alla Consulta di considerare la ragionevolezza della scelta di prevedere, per le vittime dei reati sessuali (e non per quelle di altri gravi illeciti) un criterio di automatica ammissione al patrocinio a spese dello stato. La conclusione è stata che «la ratio della disciplina in esame è rinvenibile in una precisa scelta di indirizzo politico-criminale che ha l'obiettivo di offrire un concreto sostegno alla persona offesa, la cui vulnerabilità è accentuata dalla particolare natura dei reati di cui è vittima, e a incoraggiarla a denunciare e a partecipare attivamente al percorso di emersione della verità. Valutazione che appare del tutto ragionevole e frutto di un non arbitrario esercizio della propria discrezionalità da parte del legislatore».

⁵⁴ Come ricorda E. Silingardi, *La nozione di atti sessuali con riferimento alle norme contro la violenza sessuale*, RIML 1999, 1077, dubbi in merito alla determinatezza del concetto emersero già nel corso delle discussioni parlamentari. In tema V. Musacchio, *Le nuove norme contro la violenza sessuale: un'opinione sull'argomento*, GP 1996, 118; criticamente G. Mulliri, *La legge sulla violenza sessuale. Analisi del testo, primi raffronti e considerazioni critiche*, CP 1996, 734.

europei⁵⁵.

La norma sugli atti sessuali violenti, invero, dopo aver esposto il volto arcigno di una minaccia penale quantificata per minimizzare il rischio dell'ineffettività, si apre al reale e, con il conio di una circostanza attenuante speciale ad effetto proporzionale speciale, sostanzialmente indefinita, si affida, in massimo grado, proprio a quella discrezionalità giudiziale che la scelta edittale sembrava voler "neutralizzare". Chiamato, in sede di commisurazione in senso *lato*, a definire la pena giusta per il caso concreto, si è rimesso al giudice/interprete la gestione di una "superattenuante"⁵⁶ indeterminata, che consente scelte punitive incomparabili, sul piano della severità, per una congerie di atti (ovviamente tipici) ma di "minore gravità". Gettare o meno in galera il colpevole, in definitiva, è responsabilità del giudice del singolo caso, chiamato perfino a selezionare quale dei fattori di commisurazione possa assurgere al rango, straordinario, di ridurre la pena in misura "non eccedente i due terzi"⁵⁷. Minacce edittali severe, addirittura parossistiche in caso di contestazione di una delle circostanze

⁵⁵ E' opportuno segnalare, senza alcuna pretesa di assolvere agli oneri di una ricerca di carattere comparatistico, come altri paesi ricorrano a strumenti di penalizzazione diversificati in riferimento alla complessità delle possibili modalità di integrazione del delitto sessuale. In particolare, in Francia, il *Livre II, Titre II, Chapitre II, Section 3* del Codice penale, intitolato *Du viol, de l'inceste e des autres agression sexuelle* definisce, all'art. 222-22 le aggressioni sessuali ("Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise ou, dans les cas prévus par la loi, commise sur un mineur par un majeur"), per poi distinguere tra atti di penetrazione (§ 1, artt. 222-23: puniti con venti anni di reclusione criminale, che divengono trenta se il fatto è seguito da morte o pena perpetua se commesso con tortura), altre violenze, punite con cinque anni (in diversa guisa aggravati: §2) della diversa pena di imprigionamento (*emprisonnement*) e (§4) la *exhibition sexuelle* e l' *harcèlement sexuel* (art. 222-33, l'ultimo ora abrogato) che puniva con la pena, mite, di un anno le mere molestie ("*Le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende*"). Tale ultima previsione è stata dichiarata contraria al principio di legalità, come posto dall'art. 32 della Costituzione francese (e dalle norme sovranazionali correlate) con decisione del *Conseil Constitutionnel* n. 2012-240 del 4 maggio 2012.

⁵⁶ I diritti d'autore della definizione appartengono ad Emilio Dolcini che pure aveva tratto la terminologia dalla dialettica parlamentare, impiegandola per la prima volta (salvo il vero) nel 2004: cfr. E. Dolcini, *Leggi penali ad personam, riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, RIDPP 2004, 51.

⁵⁷ La superattenuante ha suscitato non pochi dubbi e perplessità, sia sotto il profilo degli effetti che essa produce sul piano politico criminale, sia per quanto riguarda la sua tecnica di formulazione. In tema S. Moccia, *Il tema delle circostanze e le fattispecie qualificate del diritto penale sessuale (l. 15 febbraio 1996 n. 66): un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*, RIDPP 1997, 409. Si legge: «Il regime circostanziale introdotto dall'art. 609-bis comma 3, potendo attenuare in misura non eccedente i due terzi la sanzione, finisce per stravolgere sul piano generalpreventivo lo stesso messaggio "culturale" della norma. Ugualmente da censurare è la previsione di una diminuzione così ampia solo per porre al riparo la legge da possibili censure di legittimità costituzionale (ex art. 27 Cost.) per eccessiva severità della pena base». Conclude l'A.: «La predisposizione di una fattispecie di molestie sessuali (secondo l'indirizzo prevalente in Europa e sul tipo di quella contemplata all'art. 71 comma 1 dello Schema di legge delega per la riforma del codice penale) - di cui si lamenta l'assoluta latitanza in questa legge - avrebbe meglio risolto i problemi di "perdita di identità" per quelle ipotesi residuali che risultano, ora, di difficile collocazione in un'attenuante che è comunque indefinita».

aggravanti speciali e ad effetto speciale di cui all'art. 609 *ter* Cp, si espongono ad un drastico ridimensionamento, magari attraverso il varco dell'art. 69 Cp, fino a rendere possibile la non esecuzione della pena, attraverso la sua sospensione condizionale⁵⁸: si apre dunque la strada a quella ineffettività⁵⁹ che propagandisticamente si spacciava per esorcizzata⁶⁰.

La attenuante, invero, è razionale ed anzi necessaria. Lo ha confermato, rispetto alla comprensività del fatto tipico, la Consulta con una sentenza di accoglimento (C. cost., sent. n. 106/2014)⁶¹ che solo incidentalmente si è confrontata con il tema⁶² (nel

⁵⁸ La sospensione della pena, come noto, si esprime effettivamente come una forma di specializzazione della minaccia: il soggetto ritenuto colpevole, anziché subire la esecuzione della pena come commisurata giudizialmente, subisce la sola minaccia della sua esecuzione, ritenuta, all'esito del giudizio prognostico dell'art. 164 Cp, sufficiente a prevenire una possibile recidiva. Su tali aspetti sia consentito rinviare a A. Martini, *La pena sospesa*, Torino 2001, 145 e ss.

⁵⁹ A. Colli, *op.cit.* 1171, osserva come i limiti edittali concepiti dal legislatore del 1996 fossero espressione di una «assorbente volontà legislativa di neutralizzare il meccanismo processuale di cui all'art. 444 Cpp (e la conseguente probabilità di ottenere la sospensione condizionale della pena patteggiata)».

⁶⁰ F. Mantovani, *Criminalità sommergente e cecità politico criminale*, RIDPP 1999, 1219, ritiene «la nostra (inesistente) politica criminale contrassegnata, ormai da decenni, dalla sistematica disgregazione del sistema sanzionatorio e da contropiedi repressivi (contro il terrorismo, la mafia, la droga, i sequestri di persona, l'usura, il riciclaggio, la violenza sessuale). Ossia dalla sostituzione alla "razionalità" della politica criminale della "schizofrenia" delle ideologie clemenzialistiche, delle emotività repressive, delle espedienzialità, dannose sia ai fini di un'adeguata tutela del cittadino contro la criminalità, sia della conservazione delle fondamentali garanzie del cittadino contro i pericoli della politica criminale: alla potenziale vittima e al reo».

⁶¹ La Consulta ha mostrato più volte di ritenere incostituzionali le imposizioni del legislatore volte a limitare il giudizio di comparazione in concreto tra circostanze eterogenee. Oltre alla citata C. cost. sent. n. 106 del 18 aprile 2014, negli anni successivi si segnalano C. cost. sent. n. 73/2020 (quanto all'art. 89 Cp), C. cost. sent. n. 55/2021 (sull'attenuante del 116 Cp, in caso di c.d. concorso anomalo) e C. Cost. sent. n. 143/2021 (sull'attenuante del fatto di lieve entità per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione, come introdotta dalla stessa Consulta con C. Cost. sent. 68/2012). La strada era stata tracciata in anni ormai risalenti: senza ulteriori riferimenti si ricordano C. Cost. sentenze nn. 251/2012, 105/2014, 205/2017. Si tratta di una soluzione fortemente caldeggiata dalla dottrina: per alcune utili indicazioni cfr. E. Dolcini, *La recidiva riformata (legge 5 dicembre 2005 n. 251)*, AA.VV., *Legalità e crisi del diritto oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura di A. Bernardi, B. Pastore, A. Puggiotta, Milano 2008, 31 e ss.; A. Tesaurò, *Corte costituzionale, attenuante del fatto di lieve entità e divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata: un precedente pilota?*, FI 2013, I, 2405 ss.; V. Perchinunno, *La graduale erosione del divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata nei recenti approdi della Giurisprudenza Costituzionale*, RIDPP, 2021, 1577; R. Bartoli, *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva e problemi di razionalità del sistema*, RIDPP 2013, 1695.

⁶² Poco dopo la riforma del 1996 (cui si deve la rinuncia alla distinzione, peraltro disagevole, tra congiungimento carnale ed atto di libidine), la Corte Costituzionale era stata investita di una questione di indeterminatezza dell'art. 609 *bis*: la decisione ha preso però la via, obbligata ma comoda, della manifesta inammissibilità per la mancata motivazione sotto il profilo della rilevanza. Cfr. C. cost. ord. 295/2000, ove si legge «dallo stesso tenore dell'ordinanza di rimessione e, in particolare, dagli esempi richiamati dal giudice a quo a sostegno dell'incertezza che la giurisprudenza avrebbe dimostrato in ordine agli esatti confini della condotta incriminata, emerge che i supposti profili di indeterminatezza della nozione di "atti sessuali" di cui all'art. 609-bis cod. pen. vengono proiettati dal rimettente sulla soglia minima di quei comportamenti che, vigente l'originaria disciplina del codice penale, erano potenzialmente riconducibili al modello legale degli atti di libidine violenti (art. 521); così delimitata

caso si trattava di garantire l'efficacia della circostanza ad effetto speciale di cui all'art. 609 bis u.c., anche nel concorso con la recidiva reiterata, alla luce di quanto stabilito dall'art. 69 co. 4).

Il legislatore del 1996, concentrando in un'unica fattispecie congiunzione e atti di libidine⁶³ (ed utilizzando «*quale termine di riferimento dell'attività costrittiva, l'espressione "atti sessuali", che costituisce il fulcro della nuova fattispecie incriminatrice, volta a sintetizzare, mediante una formula particolarmente ampia*») ha scelto di garantire «*una più comprensiva ed estesa tutela contro qualsiasi comportamento che costituisca una ingerenza nella piena autodeterminazione della sfera sessuale*». La enorme latitudine degli atti proibiti, però, esige una comparabile duttilità delle soluzioni punitive, rendendo determinante il ruolo rivestito dalla circostanza attenuante ad effetto speciale della minore gravità, di cui al co. 3 dell'art. 609 bis (peraltro non ribadita nel contesto della fattispecie necessariamente plurisoggettiva)⁶⁴. «*Mediante una consistente diminuzione (in misura non eccedente i due terzi) della pena prevista per il delitto di violenza sessuale [...] risulta così possibile rendere la sanzione proporzionata nei casi in cui la sfera della libertà sessuale subisca una lesione di minima entità (sentenza n. 325 del 2005)*». La attenuante, dunque, sarebbe il «*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*

la censura di illegittimità costituzionale, l'omessa descrizione dei fatti contestati non consente alla Corte di verificare la rilevanza della questione».

⁶³ Possiamo considerare dato acquisito, sia in in dottrina (F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, vol. I, Milano 1992, 451; V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*⁵, vol. 7, Torino 1986, 306; G. Maggiore, *Diritto penale, parte speciale*, vol. 2, V ed. Bologna 1961, 550) che in giurisprudenza (Cass. III, 23 marzo 1988, S., in GP 1989, II, 432; Cass. III, 21 gennaio 1985, Y., CP 1986, 297) che si dovesse intendere per congiunzione carnale ogni fatto per il quale l'organo genitale del soggetto attivo, o del soggetto passivo, venga introdotto totalmente o parzialmente nel corpo dell'altro. Meno lineare la determinazione del concetto di atto di libidine: si è detto che fosse tale ogni atto di manomissione del corpo altrui - non già soltanto delle parti intime - che sia diverso dalla congiunzione carnale e suscettibile di eccitare la concupiscenza sessuale come, ad esempio, toccamenti lascivi anche non sulle carni nude, essendo del tutto irrilevante - ai fini della consumazione - che il soggetto attivo abbia o meno conseguito la soddisfazione erotica (Cass. III, 10 ottobre 1986, B., in CP, 1988, 249; Cass. III, 30 settembre 1986, T., in CP 1988, 250). Si riconducevano quindi alla fattispecie meno grave del 521 ormai abrogato l'abbracciare la vittima senza aver titolo per farlo (Cass. III, 29 settembre 1986, C., CED 174423); infilare la mano sotto le sue vesti per toccarne una coscia (Cass. III, 22 gennaio 1971, G., CP 1972, 462); il denudarsi invitando la vittima a fare altrettanto (Cass., III, 7 febbraio 1986, T., in CP, 1987, 887); il masturbarsi di fronte ad essa la masturbazione del soggetto passivo (Cass. III, 11 aprile 1979, V., GP, 1980, II, 342).

⁶⁴ Scrive A. Colli, *op.cit.*, 1170 che «*la previsione di una diminuzione della pena-base fino a due terzi nei "casi di minore gravità" (art. 609-bis ultimo comma), si riconduce all'esigenza di recuperare l'oggettiva diversità lesiva degli atti di libidine e quindi consentire un'adeguata graduazione delle pene da irrogare, fugando ogni dubbio di costituzionalità*».

giuridica del reato (sentenza n. 325 del 2005)⁶⁵», cui pervenire attraverso «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 cod. pen. (Cassazione, sezione quarta penale, 12 aprile 2013, n. 18662, nonché sezione terza penale, 13 novembre 2007, n. 45604 e 7 novembre 2006, n. 5002)»⁶⁶.

Il sollievo per la disponibilità del “rimedio”, non può far dimenticare come esso rappresenti una terapia sintomatica, che per questo potrebbe mascherare la gravità della patologia che affligge la fattispecie e le norme che ne descrivono gli elementi accidentali.

Gli atti sessuali violenti, letti attraverso la lente delle scelte edittali, si rivelano un caleidoscopio incoerente. Considerando le forme di manifestazione (circostanze aggravanti speciali e ad effetto speciale dell'art. 609 *ter* e fattispecie plurisoggettiva necessaria di cui all'art. 609 *octies*) quell'universo risulta punibile, in virtù delle scelte discrezionali e di commisurazione in senso *lato*, con la reclusione che spazia da un minimo (per la forma monosoggettiva attenuata) di due ad un massimo (per quella a concorso necessario aggravata) di ventotto anni di reclusione⁶⁷. Come dire, per

⁶⁵ Per la consulta, il giudizio per affermare la minor gravità degli atti presuppone «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 cod. pen.» (Cassazione, sezione quarta penale, 12 aprile 2013, n. 18662, nonché sezione terza penale, 13 novembre 2007, n. 45604 e 7 novembre 2006, n. 5002).

⁶⁶ Se ogni valutazione in merito alla dosimetria delle scelte edittali compiute dal legislatore in materia di repressione dei delitti contro la libertà sessuale impone di considerare la scelta di introdurre un'attenuante ad effetto speciale (consentendo di adattare la pena giusta per il caso concreto ai differenti modi di essere dei fatti ricondotti nei lati confini di tipizzazione del delitto), altrettanto ineludibile il confronto con le aggravanti speciali e ad effetto speciale di cui all'art. 609 *ter*, cui il legislatore fa conseguire aumenti proporzionali ma fissi di pena (di un terzo, della metà e del doppio). Esse assumono una rilevanza potenzialmente duplice: invero la verificata esistenza degli elementi oggettivi che compongono una di esse potrebbe essere intesa come argomentazione preclusiva allo stesso giudizio di minore gravità. In questa prospettiva, il legislatore, coniando un'attenuante indefinita ed aggravanti definite lascia aperta la via ad interpretazioni per le quali ciascuno dei fattori aggravatori sia in sostanza incompatibile con un giudizio di minor gravità, per il cui esperimento si impone di considerare sia gli aspetti dell'aggressione che quelli dell'offesa. Parla di “*entità della compressione della libertà sessuale e del danno arrecato alla vittima in termini psichici*” Cass. III, 34120/2007.

⁶⁷ Il dubbio che l'art. 609 *octies*, innalzando i limiti edittali di pena per il reato monosoggettivo e non contemplando l'attenuante speciale ad effetto speciale dei casi di minore gravità fosse costituzionalmente illegittimo “*in riferimento agli artt. 3, primo comma, e 27, terzo comma, della Costituzione*” è stato sottoposto al vaglio della Consulta che ha ritenuto la questione infondata scegliendo la strada, consumata, della non manifesta irragionevolezza della diversità regolamentativa. Si legge in C. cost. sent. 325/2005 che «*l'aggressione commessa da più persone riunite, oltre a comportare una più intensa lesione del bene della libertà sessuale a causa della prevedibile reiterazione degli atti di violenza, vanifica le possibilità di difesa e di resistenza della vittima e la espone a forme di degradazione e di reificazione che rendono più grave e profondo il trauma psichico che comunque consegue a qualsiasi episodio di violenza sessuale*»; questo rende la vicenda incompatibile con un giudizio in concreto di minor gravità funzionale al riconoscimento dell'attenuante; «*l'omessa previsione dell'attenuante dei "casi di minore gravità" non può quindi essere ritenuta espressione di una scelta del legislatore palesemente*

evidenziare l'assurdo, dalla pena minima per la violazione di domicilio aggravata, ad una addirittura superiore a quella per l'omicidio volontario non aggravato. Gran parte della responsabilità di questa rappresentazione edittale grava sul disvalore dell'atto sessuale che pure si manifesta, come troppo noto, in infinite sfumature di quel medesimo colore⁶⁸.

3.2. Anche in un sistema fedele alla legalità formale, il giudice, sottoposto alla legge, è chiamato ad applicarla interpretandola, implementando in tal modo il messaggio politico criminale promanante dalla norma e fornendo ai consociati una indicazione affidabile in merito al significato che deve attribuirsi ad essa⁶⁹. L'insieme delle decisioni assunte⁷⁰, soprattutto laddove la norma giuridica si offra per la sua latitudine e duttilità ad un approfondimento progressivo, dovrebbe lasciar intravedere una trama, un disegno, delle linee costanti di interpretazione alla luce di conoscenze ricavabili da scienze extragiuridiche come la antropologia e la medicina, ma non meno dall'esperienza comune⁷¹.

Forse perché il vuoto da colmare è eccessivo, forse perché l'interpretazione di un concetto di tal fatta non può che risultare condizionata dalle convinzioni di chi vi

irragionevole, arbitraria o ingiustificata, contrastante con l'art. 3 Cost.». La pronuncia è ricordata da A. Merlo, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, RIDPP 2016, 1427.

⁶⁸ Invero, la stessa possibilità di riconoscere nel caso in concreto i crismi della minore gravità viene fatta discendere da un giudizio orientato dal ricorso ai fattori commisurativi del co. 1 dell'art. 133 c.p., come potrebbe dedursi dal rinvio al concetto di "caso", che sembra orientare in modo retrospettivo lo sguardo di chi deve decidere ed in termini di proporzionalismo retributivo in funzione del fatto. In tal senso T. Cavalletto, *Il caso di minore gravità nel delitto di atti sessuali con minorenni: linee evolutive e profili critici di venti anni di giurisprudenza*, CP 2017, 2979. L'autore esclude anche ogni rilevanza di una ponderazione della colpevolezza, attraverso i criteri della intensità del dolo e del grado della colpa. In tal senso si espresse Cass. IV, 22520/2017, per la quale «*l'attenuante non può non essere valutata che con riferimento al "danno" derivatone alla persona offesa e, quindi, con precipua attenzione alle modalità oggettive del fatto incriminato. Mentre la personalità del reo e, più in generale, i profili soggettivi della vicenda possono essere semmai valutati ai fini della concessione delle attenuanti generiche e della dosimetria della pena*».

⁶⁹ In tal senso i sistemi di *civil law* differiscono tuttora da quelli di *common law*, nei quali il giudicante si confronta con il caso e non con la norma da applicare allo stesso. Su tali aspetti, di recente, M. Pollera, *Vincolo del precedente ed esigenze di certezza: i confini del principio di diritto nelle sentenze delle Sezioni Unite*, CP 2022, 360 e ss., cui si rinvia.

⁷⁰ Adotta, in sostanza, il medesimo metodo di confrontarsi con le numerose decisioni del S.C., F. Macrì, *La violenza sessuale (art 609 bis Cp) nella giurisprudenza della Suprema Corte del 2015*, www.penalecontemporaneo.it 2016.

⁷¹ Scrive G. Canzio, *Op.cit.*, come anche attraverso una rete di giurisdizioni nazionali e sovranazionali, è possibile immaginare un ruolo dinamico del c.d. formante giurisprudenziale, nel rispetto delle "effettive garanzie per i diritti e le libertà delle persone". Il "modulo procedurale del precedente...incide sul rafforzamento della prevedibilità della base legale del sistema giuridico" valorizzando la certezza e la stabilità. Colpisce, nell'asserzione, la scelta di selezionare le garanzie tra effettive ed ineffettive, secondo un criterio di selezione che non è del tutto perspicuo.

provvede, il risultato finale è che guardando alle decisioni come ad un insieme si rimane colpiti dalla fantasmagoria di un mosaico multicolore. Poco importa che le decisioni, se considerate in funzione del singolo caso giudicato, risultino, nella maggior parte dei casi, inattaccabili: esse non sembrano il risultato preventivabile di un metodo affidabile e consolidato ma piuttosto l'espressione del pragmatismo tipico della giustizia del caso concreto, del suo particolarismo eclettico. Del resto, proprio perché polarizzate sul singolo caso da giudicare, le motivazioni sono spesso espressione di un'argomentazione giuridica sclerotizzata nella evocazione rituale (e forse *a posteriori*) di formule motivazionali preconfezionate. L'evidenza della violenza sessuale scolora e la sua dimostrazione sfuma in una sorta di gioco letterario, fatto di traslitterazioni evocative: sessuale è l'atto che eccita la "brama"⁷² o "la concupiscenza sessuale"⁷³, il "piacere erotico"⁷⁴ quello che esprime il "desiderio"⁷⁵, gli "istinti sessuali"⁷⁶, la "ebbrezza sensuale"⁷⁷, le "voglie sessuali"⁷⁸ la "libido sessuale"⁷⁹ etc. etc.. Questo sfoggio di "abilità argomentativa" è correlato all'esigenza di giudicare soltanto i casi non evidenti. L'esigenza di un confronto motivazionale con il caso ed i principi non ha alcun motivo di essere, invero, allorché la fenomenologia degli atti da giudicare sia assolutamente perspicua, come accade nelle ipotesi prototipiche di congiungimento carnale o di atti di stimolazione meccanica degli organi genitali o di caratteri sessuali primari⁸⁰. Di una guida all'interpretazione che diventi anche strumento di un'efficace politica preventiva, emerge il bisogno solo se l'atto che la vittima è costretta o indotta a subire o compiere sia suscettibile di letture alternative

⁷² Il patrimonio terminologico della lingua italiana è assai esteso. Non stupisce, per questo, che si cerchi di contrabbandare il ricorso ad un sinonimo o ad una traslitterazione per una enunciazione esplicativa. Il termine brama sessuale è impiegato da Cass. III, 36758/2003.

⁷³ Cfr. Cass. III, 13682/2022.

⁷⁴ Cass. III, 43611/2021.

⁷⁵ Cass. III, 13278/2021; la sentenza si iscrive alla classe di quelle, numerose, che affrontano il tema delle intenzioni del soggetto attivo del delitto non sul piano della tipicità degli atti sessuali, ma piuttosto al momento di verificarne il dolo. In tale contesto, invero, risulta agevole per il Supremo Collegio respingere ogni contestazione e ricorso sancendo come la disposizione sia caratterizzata da un dolo generico, per cui risultano irrilevanti i motivi del reo, i fini che ha perseguito. In particolare si è rigettata la *defence* di aver agito per scherzare o per ragioni che nulla avevano a che spartire con la sessualità, dato che il delitto risulta connotato da un dolo generico, che rende irrilevanti ai fini del giudizio di colpevolezza fini e motivi del reo.

⁷⁶ Cass. III, 3705/2021.

⁷⁷ Cass. II, 1 aprile 1953.

⁷⁸ Cass. III, 37129/2021.

⁷⁹ Cass. III, 44609/2021.

⁸⁰ Una delle poche sentenze nella cui motivazione si affronta con spirito critico la interpretazione del concetto di atto sessuale, nel caso compiuto con abuso di potere, è stata Cass. III, 51582/2017. Nella motivazione, cui si rinvia, si ribadisce il concetto fondante per cui si richiede un differente impegno in funzione dei modi concreti di estrinsecazione dell'agire: dice infatti la Corte come sia "ovviamente" atto sessuale ogni forma di congiungimento.

o ambigue, essendo per sua natura polisemico, suscettibile di assumere o meno valenza sessuale⁸¹.

Nei casi dubbi, la giurisprudenza invoca due differenti chiavi di lettura, valorizzando aspetti che attengono alla natura del gesto (criterio oggettivo) o piuttosto incentrati sulle ragioni o sui punti di vista dei protagonisti degli atti (soggettivo).

In chiave soggettiva, si pongono in evidenza le “ispirazioni” di chi ha agito: l'atto, per quanto fugace ed estemporaneo, deve risultare “finalizzato ed idoneo” a porre in pericolo “la libertà di autodeterminazione...nella sua sfera sessuale, indipendentemente dall'appagamento da parte dell'agente di istinto libidinoso⁸²”.

In un sistema orientato alla punizione di fatti, è comunemente ritenuto preferibile l'approccio oggettivo che valorizza, a sua volta, due connotati: il “contatto” con il corpo del soggetto passivo (che integra l'intrusione nella sfera di altrui libertà e consente di distinguere delitto consumato e tentato⁸³) ed il suo coinvolgere una cosiddetta “corporeità sessuale”, concetto la cui presunta autoevidenza si ritiene esoneri da ulteriori approfondimenti o spiegazioni.

Come vedremo, criteri oggettivi e soggettivi⁸⁴, invero, sembrano oggetto di una contrapposizione dialettica artificiosa.

3.3. I criteri oggettivi di verifica del carattere sessuale godono di un fideistico consenso. Come abbiamo anticipato, il loro fulcro è rappresentato dalla determinazione della natura erogena della zona del corpo attinta. Erogeno, in senso letterale, è ciò che dà origine al desiderio sessuale. Zona erogena diviene quella parte del corpo la cui stimolazione è funzionale a produrre quell'effetto.

La soluzione, a ben vedere, per quanto semplice, è solo apparente, risolvendosi in una sorta di traslazione dell'oggetto di accertamento.

Invero, sul piano scientifico è acquisito il dato che solo alcune parti del corpo siano ontologicamente erogene: in linea di principio si tratta di porzioni anatomiche che, per innervazione ed irrorazione, sono “progettate” allo scopo, come il tegumento,

⁸¹ La prospettiva di questo lavoro privilegia, come anticipato, il punto di vista della giurisprudenza. Per indicazioni anche dottrinali sulla interpretazione del concetto di atto sessuale, si rinvia sinteticamente a G. Andreatza, *op.cit.*, VII ed., 3407 e ss.

⁸² Così in motivazione Cass. III, 11624/2022 cit., che richiama non pochi precedenti: “cfr. sez. 3, n. 33464 del 15.6.2006, Beretta, rv. 234786; conf. sez. 3, n. 41096 del 18.10.2011, M., rv. 251316 che richiama i precedenti costituiti da sez. 3, n. 21336/2010; sez. 3 n. 39718/2009; sez. 3, n. 7772/2000”.

⁸³ Cass. III, 11624/2022.

⁸⁴ Invero, ogni indagine che si proponga di apprezzare connotati oggettivi dell'atto non può accentrarsi che sulla sua “apparenza fenomenologica” (che coinvolga o meno organi genitali, per esempio) ovvero sulla parte del corpo della vittima che attinge. Al contrario, criteri soggettivi, per quanto in potenza riferibili alle intenzioni di entrambi i protagonisti, non possono che vertere prioritariamente su quelle di colui che ha commesso il fatto: le intenzioni, invero, appartengono a chi agisce e non anche a chi subisce, senza volerla, l'azione.

la parte esteriore, dell'organo genitale. Lasciato questo solido approdo, erogene possono però rivelarsi, per ragioni diverse da individuo a individuo, pressoché tutte le altre parti del corpo, tanto che, alla fine, non possiamo ritenere di disporre di una mappatura affidabile del corpo umano che distingua, con diversi colori, le parti erogene e quelle che tali non sono. Ne consegue, che chi affidi la determinazione della natura sessuale dell'atto al mero rilievo che esso attinga ad una di esse⁸⁵, finirà per incorrere in un altrettanto evidente rischio di non univocità⁸⁶. Non di meno è comune, in giurisprudenza, l'affermazione per cui ove sussista «*il coinvolgimento di quelle che, secondo una diffusa cultura ed un condiviso costume sociale, vengono considerate le parti del corpo tali da suscitare il compiacimento erotico*⁸⁷» risulterebbe consequenziale la natura sessuale dell'atto.

Chi però superi la schematizzazione delle massime, si accorge, ben presto, che il contatto con una zona erogena è considerata condizione sufficiente per la identificazione dell'atto sessuale, ma non certamente necessaria. Il Supremo Collegio, infatti, precisa che sessuali possano essere anche atti che attingano parti del corpo dichiaratamente non erogene, «*allorquando, in base ad una valutazione complessiva della condotta che tenga conto del contesto ambientale e sociale in cui l'azione è stata realizzata, del rapporto intercorrente tra i soggetti coinvolti e di ogni altri dato fattuale qualificante, possa ritenersi che abbia inciso sulla libertà sessuale della vittima*⁸⁸».

Se «*tutte le parti del corpo potrebbero in ipotesi essere considerate zone erogene a seconda delle modalità, dell'intenzione e della finalità con cui avviene l'invasione di esse*», ne deriva, sulla base di un modello argomentativo speculare, che nessuna di esse (con la sola eccezione del tegumento degli organi riproduttivi) è necessario che lo sia: «*anche i semplici toccamenti di una mano, o di un piede, o di un braccio, o del collo e così via potrebbero dar luogo ad un atto sessuale ai sensi dell'art. 609-bis Cp*»⁸⁹.

⁸⁵F. Mantovani, *Diritto penale cit.*, 429 e ss., evidenzia cinque ragioni per le quali preferire il ricorso ad un criterio oggettivo, tra le quali la interpretazione della norma secondo il principio di offensività fondata sulla loro obiettiva attitudine offensiva, l'esigenza di tassatività e l'inadeguatezza del criterio soggettivo quanto agli atti di corruzione, tenuti in presenza della vittima minorenne, potenzialmente offesa solo a condizione di un connotato concreto dell'atto.

⁸⁶F. Mantovani, *Diritto penale cit.*, 430: sono univocamente sessuali gli atti «*di contatto fisico, al nudo o meno, con le zone – considerate dalla scienza, costume e comune modo di sentire, e quindi nella normalità dei casi – erogene, dell'altrui corpo*».

⁸⁷Cass. III, 39710/2011.

⁸⁸Ancora dalla motivazione di Cass. III, 44609/2021.

⁸⁹In questa incertezza oggettiva, e per converso, neppure gli organi genitali, per la stessa ragione, nella medesima prospettiva relativista, sono universalmente da considerare come zone erogene, la cui aggressione integra sempre violenza sessuale: appare infatti «*di intuitiva percezione che non per questo qualsiasi tipo di contatto con quelle zone, come un pugno, un calcio, uno schiaffo e così via, potrebbe essere considerato di per sé atto sessuale*» (Cass. III, 44609/2021).

Alla fine, per superare le troppe aporie, in soccorso dell'oggettività inaffidabile si invoca che «*siano prese in esame e valutate ... le modalità e le finalità*⁹⁰» dell'atto⁹¹, ovvero che la soggettività assuma un ruolo complementare a quello della prima, aprendo il campo⁹² all'apprezzamento delle fantasie, debolezze se non parafilie, capaci di spostare "l'oggetto del desiderio" in contesti nei quali non si avventura la persona comune⁹³.

3.4. In realtà, l'esigenza di impegnarsi in speculazioni in ordine al punto di vista del soggetto attivo, per quanto possa preoccupare i cultori di un diritto penale ispirato al principio di materialità offensiva, non deve stupire. In primo luogo, ed uscendo dalla limitata prospettiva del diritto penale, possiamo convenire che il gioco erotico si espliciti come interazione che chiama in causa componenti psichiche non meno che stimolazioni somatiche, rendendo difficoltoso distinguere le une dalle altre. L'eccitazione sessuale è evento multifattoriale, frutto di condizioni e cause che tra di loro interferiscono in una infinità di combinazioni. Tornando negli angusti confini della interpretazione normativa, potrebbe allora convenirsi che ponendo in luce la soggettività di chi ha compiuto costrizione ed induzione non si sposta l'attenzione su un elemento estraneo al fatto tipico. Per quanto, invero, la norma non attribuisca espressa valenza ad elementi soggettivi del fatto tipico, come i motivi o i fini per cui esso è compiuto, è implicito al concetto di atto sessuale il bisogno di dar rilievo anche a profili che non siano ricavabili da un'analisi rigorosa della esteriorità del gesto isolato

⁹⁰ Cass. III, 51582/2017.

⁹¹ Cass. III, 44609/2021, chiamata a decidere su una "doppia conforme" di condanna in sede di merito (per la violazione dell'art. 609 bis) a seguito di querela proposta da una persona cui era stato toccato, di sorpresa, il fianco. La motivazione della sentenza (di annullamento) si articola in una premessa (ovvia e non chiarificatrice) per cui deve ritenersi sessuale ogni atto che comporti il "*coinvolgimento della corporeità sessuale del soggetto passivo*". Il contributo motivazionale, però, è stato ritenuto dal S.C. insufficiente.

⁹² Cass. III, 39710/2011.

⁹³ Valga come esempio Cass. III, 24683/2015. Si legge nella motivazione come il giudice debba valutare se l'atto sia o meno destinato «*a soddisfare la concupiscenza dell'aggressore, o a volontariamente invadere e compromettere la libertà sessuale della vittima*» alla luce di un "*approccio interpretativo di tipo sintetico*" che valorizzi "*l'intero contesto in cui il contatto si è realizzato anche in relazione alla dinamica intersoggettiva in cui esso è inserito*». L'indagine rileva nelle due opposte direzioni: invero, «*la idoneità a stimolare per contatto l'istinto sessuale, stante la complessità dei moventi che sottendono ad esso, non è certo esclusiva prerogativa solo di taluni specifici distretti corporei, quali sono quelli elettivamente deputati alla funzione riproduttiva*», per cui «*tutte le parti del corpo potrebbero in ipotesi essere considerate zone erogene a seconda delle modalità, dell'intenzione e della finalità con cui avviene l'invasione di esse...anche i semplici toccamenti di una mano, o di un piede, o di un braccio, o del collo*». E' però altrettanto certo che «*non per questo qualsiasi tipo di contatto con quelle zone, come un pugno, un calcio, uno schiaffo e così via potrebbe essere considerato di per sé atto sessuale, senza che ne siano prese in esame e valutate appunto le modalità e le finalità*» (nel senso della rilevanza del fine della concupiscenza quale elemento del reato si veda anche: Corte di cassazione, Sezione 3 penale, 25 settembre 2003, n. 36758).

dal suo contesto⁹⁴. In sostanza, che si possa essere costretti ad indagare, ai fini della identificazione del fatto tipico oggettivo, sul significato che l'autore attribuisce al gesto, possiamo considerarla una sorta di conseguenza indesiderata del ricorso ad un elemento normativo extragiuridico che imponendo di far uso di altre conoscenze o scienze, espone al rischio di contaminare delle loro imprecisioni o vaghezze la tipicità. In questo caso, attribuendo il ruolo di protagonista alla natura sessuale dell'atto si accetta di fare entrare in gioco anche il soggetto agente, le sue ossessioni, parafilie, i suoi feticismi⁹⁵ e le abitudini maturate all'esito di esperienze personali consolidate, spesso a loro volta culturalmente condizionate.

Un ultimo rilievo: ritenendo percorribile, ai fini della verifica della tipicità oggettiva, una via che non rifiuti *a priori* la rilevanza del significato dell'atto per i suoi protagonisti non si deve cadere nell'errore di attribuire un peso preminente al punto di vista del querelante (espresso, del resto, con l'inoltro della condizione di procedibilità di cui all'art. 609 *septies*). Questi è chiamato a narrare il fatto nella sua storicità, a descriverne la fenomenologia, non a determinarne la qualificazione giuridica attraverso la valorizzazione delle proprie percezioni, della propria soggettività lesa (pur ammettendone, per ipotesi la totale onestà intellettuale). L'ordinamento, come ovvio che sia, predispone infatti una tutela che deve prescindere dalle peculiarità o

⁹⁴Sono frequenti le decisioni nelle quali la Cassazione è stata chiamata a decidere sulla possibile incompatibilità tra il delitto di violenza sessuale e le ragioni non sessuali che avrebbero ispirato l'atto. A fronte di una *defence* di tal fatta risulta agevole invero contrapporre due argomenti: a) da un lato che il delitto non si pone in alcun modo il problema dell'effettiva soddisfazione sessuale di chi perpetra l'atto (Cass. III, 13728/2021), risultando per questo irrilevante che costui abbia agito per ragioni come la vendetta, l'odio razziale o religioso, il dilleggio; b) dall'altro che si tratta di delitto a dolo generico, che prescinde da qualsiasi rilevanza dei motivi, che potranno al più giustificare la scelta commisurativa o la concessione di attenuanti o aggravanti (Cass. III, 24872/2021, ove si legge: «L'imputato era perfettamente consapevole che il tocco dei glutei di una donna fosse una condotta con una oggettiva connotazione sessuale, il che integrava il dolo richiesto dalla fattispecie in esame, essendo del tutto irrilevante che l'imputato avesse posto in essere la condotta per dilleggio o per scherno»).

⁹⁵Non è raro trovare, in giurisprudenza, la affermazione che modalità eterodosse di manifestazione della propria sessualità siano come tali oggetto di una sorta di mera tolleranza, sulla base della costante verifica del perdurante consenso di chi ha parte al gioco: in tal senso Cass. III, 43611/2021, nella quale si legge che gli atti sessuali non convenzionali possono essere «ritenuti leciti» solo per il consenso. «Ed infatti, il consenso prestato a fini di piacere erotico rende lecita la condotta ivi contestata e, conseguentemente, diviene lecito anche il fine di arrecare, nel contesto della pratica sessuale prescelta, un dolore oggettivamente accettabile. Il rapporto sadomaso nelle relazioni sessuali non può, quindi, in sé definirsi illecito e fonte di responsabilità penale, purché sia caratterizzato da un reciproco scambio di consensi informati, liberi e revocabili ed a condizione che i soggetti interessati non si trovino in situazioni patologiche, la cui presenza finirebbe con il neutralizzare il consenso, rendendolo privo di effetti giuridici per carenza della piena capacità di intendere e volere (Cass. pen., Sez. III, sent. n. 11631/2021). Non è un caso che nella disciplina di queste pratiche le parti seguano determinate regole che garantiscano la libera condivisione degli scopi e delle modalità per raggiungerli e si accordino preventivamente anche su una specifica parola di sicurezza (c.d. *safeguard*) per consentire l'immediata interruzione della condotta, alla semplice richiesta di una delle parti coinvolte».

dalle opinioni di chi percepisce o subisce l'atto, dato che, altrimenti, la norma, trasformata in uno strumento di tutela delle individuali idiosincrasie, risulterebbe inadeguata a garantire un orientamento comportamentale univoco.

4. A questo punto, messe da parte le comode confutazioni, si impone di proporre una soluzione interpretativa.

4.1. E' certo che chi è chiamato a dare esecuzione alla legge, interpretandola, debba preferire le soluzioni che garantiscano la maggior vitalità della disposizione. Da questa premessa origina l'onere che l'interprete si confronti anche con eventuali manchevolezze del tipo, ricordando però come non gli competa inventare rimedi⁹⁶.

Nel caso, si tratta, gioco forza, di convivere con una scelta di politica legislativa, quella di fondare la repressione sul concetto unitario di atto sessuale, destinato a contenere l'intera fenomenologia degli "stupri". La soluzione, del resto, è stata frutto della consapevolezza delle problematiche indotte dal modello previgente, che articolava la regolamentazione su due livelli (congiunzione carnale ed atti di libidine) cui corrispondevano due differenti forbici edittali (comunque meno severe), imponendo un doppio onere interpretativo, con le conseguenti aporie.

Altrettanto condivisibile, in termini generali, la scelta di reprimere il reato complesso di violenza sessuale più severamente di quanto non sarebbero stati puniti i suoi componenti. Essa si vale di solidi argomenti. La complessità, invero, non è eguale alla somma degli addendi. In effetti, per quanto il sistema reprima la condotta indipendentemente dalla identità di genere dei suoi protagonisti, un approssimativo confronto con il dato criminologico e le statistiche conferma quanto ancor oggi il delitto sia, nella sua frequenza, il sintomo più preoccupante di una sperequazione, della prevaricazione di un sesso sull'altro. Se la violenza sessuale diffusa era guardata in una società costruita sulla primazia maschile, con sostanziale tolleranza, di essa si percepisce ora, appieno, l'inaccettabile significatività di revanscismo, di tentativo di riaffermare antichi squilibri ed ingiustizie, tanto da far apparire ineludibile che l'ordinamento giuridico assuma un ruolo nel contrastarla.

Del resto, proprio la condizione svantaggiata della donna come vittima per antonomasia della violenza sessuale offre un serio contributo sul piano della connotazione offensiva degli atti di prevaricazione sessuale: la vittima, invero, subisce oltre al danno alla propria libertà, un effetto complementare, una vittimizzazione accessoria (diverso da quella processuale e secondaria) connessa alla menomazione dell'immagine che di sé e del ruolo che le è proprio nelle strutture sociali di appartenenza che ne consegue.

⁹⁶ Sul distinguo tra analogia e interpretazione nell'attualità giurisprudenziale si rinvia, anche per ulteriori indicazioni a C. Cantisani, *op.cit.*, 10 e ss.

Infine, appare comprensibile che la coartazione ad una manifestazione di sessualità risulti più odiosa di altre, dato che si tratta di incidere in modelli espressivi estremamente intimi, segreti, perfino, collocati in una sorta di tabernacolo che custodisce un'immagine di sé che nessuno deve vedere, se non chi è stato scelto per questo.

Per quanto ognuno di questi argomenti abbia una propria validità, però, ciascuno di essi presuppone che si proceda alla determinazione di un confine tra ciò che, essendo sessuale, legittima la maggior pena e ciò che, invece, non lo è.

4.2. Arrivati al punto, si tratta di provare a fornire un'indicazione, quasi una metodologia, per affrontare un problema la cui soluzione, disagiata, non ha alternative quanto meno nella prospettiva della prevedibilità degli esiti del giudizio⁹⁷.

Nel farlo sarà utile rammentare come l'ordinamento persegua la tutela della libertà sessuale a fronte di aggressioni che provengano da qualsiasi altro individuo, risultando quindi irrilevante ogni considerazione che ponga in evidenza l'ipotetica identità o diversità di genere dei protagonisti o le loro stesse preferenze sessuali. Del resto, risulta estraneo alla struttura del fatto tipico che l'atto sessuale violento procuri ad uno o all'altro dei suoi attori una qualche stimolazione o soddisfazione erotica o che esso sia espressione delle preferenze sessuali di chi lo perpetra⁹⁸.

⁹⁷ L'esigenza di perseguire un elevato grado di prevedibilità degli esiti del giudizio interpretativo rappresenta, in sostanza, l'altra faccia del principio di legalità e, come tale, è intimamente connesso con l'intera rete dei principi in materia penale. Invero, solo garantendo al cittadino la possibilità di prevenire le conseguenze delle proprie azioni sarà lecito attendersi un effetto preventivo ed un orientamento culturale alle scelte comportamentali che si appresta a compiere, potendolo rimproverare per non averle compiute. Si tratta di un profilo emerso con particolare evidenza allorché il giudizio penale è condizionato dagli esiti di una prova scientifica: cfr. C. Conti, *Il diritto delle prove scientifiche: percorsi metodologici della giurisprudenza nell'era post Franzese*, CP 2022, 1644. Commentando Cass. IV, 9 aprile 2013, GP II, 2013, 695 l'autrice scrive: «la Cassazione afferma che le coordinate di riferimento dovranno essere quelle afferenti al principio del contraddittorio ed al controllo del giudice sul processo di formazione della prova, che deve essere rispettoso di preordinate garanzie, alla cui osservanza deve essere, rigorosamente, parametrato il giudizio di affidabilità dei relativi esiti: un risultato di prova scientifica può essere ritenuto attendibile solo ove sia controllato dall'organo giurisdizionale, quantomeno con riferimento all'attendibilità soggettiva di chi lo sostenga, alla scientificità del metodo adoperato, al margine di errore più o meno accettabile ed all'obiettiva valenza ed attendibilità del risultato conseguito».

⁹⁸ Non sembra assumere alcun rilievo il fatto che lo stupratore abbia agito contro il proprio desiderio o le proprie inclinazioni al solo scopo di mortificare o punire la vittima, aggredendola nella sua intimità sessuale. La giurisprudenza di legittimità affronta il tema allorché si tratti di verificare sufficienza e congruenza della motivazione sul dolo, a fronte di doglianze che chiamano in causa lo scopo libidinoso dell'agire. Numerose le decisioni che ricorrono ad una formula consolidata per cui «l'elemento soggettivo del reato di violenza sessuale è integrato dal dolo generico, consistente nella coscienza e volontà di compiere un atto invasivo e lesivo della libertà sessuale della persona offesa non consenziente, sicché non è necessario che detto atto sia diretto al soddisfacimento dei desideri dell'agente nè rilevano possibili fini ulteriori - di concupiscenza, di gioco, di mera violenza fisica o di umiliazione morale - dal medesimo perseguiti» (Cass. III, 38646/2017).

Per provare a definire i connotati dell'atto che lo qualificano come sessuale, inducendo ad una superiore attenzione rispetto all'esigenza che esso sia sempre libera manifestazione della personalità individuale, è necessaria poi una seconda presa d'atto. Nella complessità delle interazioni umane, gran parte dei gesti, dei comportamenti, degli atteggiamenti attraverso i quali si instaurano le relazioni sono espressione (anche, quantomeno) delle preferenze di genere di chi ne è protagonista. Il sesso, in parole povere, contribuisce in modo determinante ad *an et modus* dei comportamenti quotidiani. La constatazione non implica, però, che sia altrettanto vero che ogni interazione umana, se frutto di costrizione o induzione, sia qualificabile come violenza sessuale.

Nel fuoco della fattispecie incriminatrice entrano tre distinte tipologie di contatti che condividono o possono condividere, in tutto o in parte, una comune "fonte di ispirazione".

Nella prima si collocano quelli che potremmo definire atti univocamente e intrinsecamente sessuali, nella seconda atti il cui carattere sessuale, per quanto prioritario, non è ineludibile, nella terza atti polisemici, che possono non di meno talora rivelarsi sessuali.

Sono del primo tipo tutte le ipotesi di coito, di congiungimento o penetrazione carnale, ma anche gli atti di stimolazione meccanica e di manipolazione dei caratteri o degli organi sessuali. Si tratta di comportamenti che assumono una significatività sessuale a prescindere dagli effetti che essi producono su chi li pratica o su chi li subisce; esemplificativamente, infliggere una penetrazione, sia pure attraverso strumenti meccanici, senza che il carnefice ne tragga altra soddisfazione se non l'affermazione del suo predominio o l'umiliante mortificazione della vittima (penso in particolare ad atti sostenuti da motivi - estranei al fatto tipico - d'altra natura, come l'odio razziale, religioso, di genere) non incide certo sulla rilevanza sessuale intrinseca dell'atto. La lingua parlata, per ottenere il risultato, è quella della sessualità. Si tratta di modelli di interazione che la generalità dei consociati, in un determinato momento storico, comunque adotta per perseguire la soddisfazione o lo stimolo del desiderio nella interazione sessuale. Secondo criteri giuridici, la interpretazione dell'elemento normativo di fattispecie secondo la fisiologia e l'antropologia, scienze di riferimento, conduce univocamente a questa conclusione.

Nella seconda classe si riconducono atti che attingono parti del corpo che sono di regola sollecitati in una interazione funzionale all'eccitazione sessuale, rappresentando caratteri identificativi del genere (in sostanza, oltre agli organi genitali, per l'uomo e la donna i glutei, per la seconda il seno e le cosce) ma non attuando né quella che si è detta stimolazione meccanica né il coito; questi atti, in una relazione tra regola ed eccezione, possono anche risultare spogli di ogni espressività e

significatività sessuale, concretamente inefficienti alla stimolazione di quel tipo di istinto. Per fare degli esempi, possiamo pensare alla mano che si infila furtiva nelle tasche dei pantaloni della vittima per rubare il portafoglio o alla percossa che attinga un organo genitale o un carattere sessuale primario o secondario.

Nella terza classe rientrano atti che nelle relazioni intersoggettive appartengono al linguaggio corporeo quotidiano, ma che, in particolari condizioni, possono essere da un lato segno delle preferenze sessuali di uno o più dei protagonisti coinvolti, dall'altro innestati in un linguaggio volto al coinvolgimento in una interazione sessuale progressiva. Si pensi a taluni contatti corporei con la schiena o la spalla, coi piedi, coi capelli di una persona. Di essi, dunque, emerge saliente il dato della polisemicità, dato che il medesimo gesto, per chi ne voglia cogliere l'obiettivo significato, è suscettibile di esiti interpretativi assai differenti.

La soluzione adottata dal riformatore del 1996 di legare il contenuto di disvalore delle condotte di costrizione o induzione ad un elemento normativo extragiuridico, l'atto sessuale, si manifesta, in riferimento ad alcuni degli atti del secondo tipo ed alla generalità di quelli del terzo, non risolutiva.

Ancor più inutile, e metodologicamente discutibile, ricercare una soluzione sostituendo l'oggetto della dimostrazione: dalla natura sessuale dell'atto, alla natura erogena della zona del corpo che attinge. Nell'esempio della percossa che attinga parti del corpo generalmente evocate nelle dinamiche delle interazioni sessuali, la scelta del sito da attingere con violenza può risultare significativa sia per conseguire un effetto particolarmente doloroso dell'atto, che per affermare un "odio o disprezzo" di genere, la mortificazione della vittima per le sue preferenze sessuali, o ancora manifestarsi come espressione di sadomasochismo. Se nel primo caso si tratta "soltanto" di una percossa particolarmente odiosa, nel secondo l'oggetto della costrizione o induzione attinge ad una distopia dei rapporti di genere, mentre nel terzo si tratta senz'altro di un atto sessuale. Sul piano degli effetti pratici, potremmo concludere che in tal caso il carattere sessuale sia oggetto di una sorta di presunzione semplice, suscettibile di contraria dimostrazione.

Quanto all'ultima categoria, quella certo più problematica, essa contempla gesti che appartengono alla comunicazione interpersonale quotidiana e che pur potendo essere condizionati dalle preferenze di genere di chi li esegue, non sono per questo espressione di una progettualità sessuale o di un istinto a soddisfarsi in quei termini. Attingendo con una parte del proprio corpo il corpo di un'altra persona, invero, si possono comunicare emozioni, sentimenti o inviare messaggi, avvertimenti, manifestare intenti: in sostanza di trasferiscono informazioni. Sempre in chiave esemplificativa si pensi a gesti minimi, come quello, magari irritante, di trattenere per qualche secondo la mano nella propria al momento del saluto, di salutare baciando

sulla guancia ⁹⁹, di appoggiare, camminando, la mano sulla spalla dell'accompagnatore/trice¹⁰⁰.

Si tratta, sia chiaro, di un approccio tanto semplicistico quanto complesse sono le intersezioni tra sessualità, corporeità, predominio e violenza; pur non garantendo il risultato, alla stregua di una sorta di cartina di Tornasole, esso evidenzia un bisogno, quello di allargare l'oggetto dell'indagine oltre i rigorosi confini del contatto¹⁰¹.

In sostanza, ai fini della delicata valutazione non possono risultare decisivi né

⁹⁹ Il tema della rilevanza penale del bacio imposto o rubato è divenuto una sorta di classico. La giurisprudenza, estraendo il disvalore dai modi della condotta, non ha mai tentennato nel ritenerlo un atto sessuale. Sul punto cfr. A. Di Martino, *Sul bacio involato a lei che dissente*, RIDPP 1999, 1596; M. Vizzardi, *Bacio sulle labbra e diritto penale: ancora sulla nozione di atto sessuale*, CP 2008, 755. In particolare sulla possibile rilevanza come atto sessuale violento del bacio sulla guancia A. Guidi, *Sulla configurabilità del delitto di violenza sessuale in caso di bacio sulla guancia*, www.penalecontemporaneo.it a commento di Cass. III, 44480/2012.

¹⁰⁰ E' a fronte di fenomeni come questi che Cass. III, 24683/2015 attribuisce rilevanza al «*finalismo della condotta*» ritenuto tale «*da far escludere, ad onta della materialità di essa, che la stessa fosse diretta a violare la, pur attinta, zona erogena della persona offesa, di tal che sarebbe illogico, oltre che palesemente inaccettabile, qualificare la condotta dell'agente*» come violenza sessuale.

¹⁰¹ La possibilità di considerare, in via di eccezione, il connotato non sessuale di atti che attingano le aree genitali o i caratteri sessuali primari e secondari della vittima è tutt'altro che teorica. Invero, si possono fornire, come meri esempi, non pochi casi nei quali ad una "obiettiva invasione" della corporeità sessuale che, secondo una sorta di convenzione non scritta, non consegue la integrazione e/o contestazione dell'art. 609 bis : A.- la condotta di chi, nel cagionare contro il volere della vittima mutilazioni genitali rituali ne "manipola" l'apparato riproduttivo: esclusa dal quadro la rilevanza dell'età del soggetto passivo (l'atto è una sorta di rito in iniziazione alla vita adulta di fanciulla giovanissima), il fatto potrebbe considerarsi tipico oltre che alla stregua dell'art. 583 bis anche della norma sulla violenza sessuale, in quanto presuppone una invasione nella corporeità (sessuale, appunto) della vittima, per quanto strumentale ad eseguire la mutilazione, eseguita abusando di autorità o sfruttando una minorazione (su tali aspetti C. De Maglie, *Culture e diritto penale. Premesse metodologiche*, RIDPP 2008, 1088); B.- il caso analogo della condotta di manipolare i caratteri sessuali della vittima per perpetrare illegittimamente un aborto meccanico su una persona in condizioni di minorazione; C.- la percossa diretta agli organi riproduttivi della vittima, per conseguire un effetto particolarmente doloroso o neutralizzante, che integra un contatto invasivo e violento con zone erogene; D.- il furto la cui esecuzione implica invadere zone intime del corpo, come nel caso in cui essa abbia nascosto i suoi averi tra i voluminosi seni; affronta il tema del possibile concorso tra delitto contro il patrimonio e delitto contro la libertà sessuale, risolvendolo sul piano della verifica dell'ambigua valenza finalistica dell'atto Cass. II, 41985/2021, nella cui motivazione si legge: «*Ma nel rispetto del principio di specialità, quando la costrizione ha per oggetto la sfera sessuale e non attiene, neppure in via mediata, alla sfera patrimoniale deve applicarsi l'art. 609 bis Cp.*». La conclusione, evidentemente, si fonda su una sorta di proiezione dell'atto nella sua funzionalità oggettiva, verso l'offesa/evento. In tutti gli esempi proposti, rispetto alla qualificazione giuridica dell'atto, assume un ruolo decisivo la ricostruzione del "contesto" nel quale esso si colloca, esteso ai ruoli delle parti coinvolte. Nel loro "essere" in primo luogo mutilazioni genitali (orientate dalla credenza culturale di rendere un servizio nella prospettiva della miglior vita futura della vittima), percosse (per quanto si avvalgono del coinvolgimento dei caratteri sessuali, sono funzionali ad arrecare un mortificante dolore) o atti caratteristici del c.d. "furto con destrezza" (guidati dall'esigenza prioritaria che la vittima non ne percepisca l'esecuzione) i gesti divengono testimoni della propria natura. Essi, del resto, non appartengono neppure al contesto degli atti sessuati non risultando condizionati dalle preferenze di genere. Altrettanto potrebbe dirsi nel caso dell'aborto meccanico, che pure presuppone come modalità di aggressione, un'invasione del corpo della vittima.

approcci che pongano attenzione alla soggettività, quella di chi compie l'atto e quella di chi lo subisce, né quelli che confidano sulla evidenza obiettiva del contatto. Pur convenendo che la verifica di un effettivo coinvolgimento sessuale dell'autore del gesto, possa ritenersi elemento estraneo al fatto tipico descritto dall'art. 609 bis¹⁰², non può escludersi che atti altrimenti equivoci siano da considerare sessuali per la concretezza degli effetti che producono, per le sue particolari predilezioni sessuali, sul loro autore. Questo tipo di approccio, invero, opera surrettiziamente come strumento selettivo a monte, evitando l'azione penale per i molti comportamenti quotidiani che, per quanto sgraditi, non integrano uno "stupro", e così distinguendo bacio da bacio, carezza da carezza, pacca da pacca¹⁰³. Esso, in una dinamica inversa, consente invece di cogliere la rilevanza sessuale di contatti che usualmente sono estranei a tale dinamica, come quelli sintomatici di un atteggiamento maniacale.

Partendo da quest'ultima considerazione possiamo porre allora in evidenza almeno un carattere essenziale dell'atto costretto: esso, invero, si esplicita come una interazione o relazione della quale la norma definisce i connotati patologici (la vittima è costretta o indotta a compiere o subire). La giurisprudenza pone in evidenza questo connotato stabilendo che debbano ritenersi estranei alla nozione di atto sessuale quei *"comportamenti che non si risolvano in un contatto corporeo col soggetto passivo o che, pur coinvolgendo il corpo altrui, non denotino alcuna valenza in termini di estrinsecazione della libido"*¹⁰⁴. Si intende dire che la violenza sessuale implica la partecipazione di almeno due protagonisti i cui corpi sono entrati in contatto.

Il secondo aspetto da considerare è che il contatto deve essere mediato da

¹⁰² Non sembra assumere alcun rilievo il fatto che lo stupratore abbia agito contro il proprio desiderio o le proprie inclinazioni al solo scopo di mortificare o punire la vittima, aggredendola nella sua intimità sessuale. La giurisprudenza di legittimità affronta il tema allorché si tratti di verificare sufficienza e congruenza della motivazione sul dolo, a fronte di doglianze che chiamano in causa lo scopo libidinoso dell'agire. Numerose le decisioni che ricorrono ad una formula consolidata per cui *«l'elemento soggettivo del reato di violenza sessuale è integrato dal dolo generico, consistente nella coscienza e volontà di compiere un atto invasivo e lesivo della libertà sessuale della persona offesa non consenziente, sicché non è necessario che detto atto sia diretto al soddisfacimento dei desideri dell'agente né rilevano possibili fini ulteriori - di concupiscenza, di gioco, di mera violenza fisica o di umiliazione morale - dal medesimo perseguiti»* (Cass.III, 38646/2017).

¹⁰³ Si pensi a quanto potrebbe risultare inutile l'apertura di un fascicolo di indagini preliminari a carico della notta che costringe il nepote a ricevere un fastidioso bacio di commiato o al caso dell'impiego diffuso del contatto fisico, a prescindere da un preventivo consenso, nelle relazioni interpersonali giovanili. In entrambe le fenomenologie, ipotizzare che si tratti di atti tipici offensivi, non punibili perché scriminati o incolpevoli sembra invero eccessivo.

¹⁰⁴ Si tratta di un'impostazione largamente maggioritaria: da ultimo Cass. III, 44609/2021. Spesso l'esistenza del contatto definisce il confine tra violenza sessuale consumata e tentata: Cass. III, 11624/2022. Gli atti che coinvolgano soltanto il corpo del soggetto attivo, per quanto evidentemente espressione della sua sessualità, sono considerati invece rilevanti ad altri fini; così costringere taluno ad assistere ad atti di autoerotismo che non conferiscano alcun ruolo alla vittima, integra il delitto di violenza privata: Cass. V, 5211/2020.

violenza, minaccia, abuso od errore. E' ovvio ed evidente che la rilevanza penale di un atto alla stregua delle (troppo) severe disposizioni di cui agli artt. 609 *bis et octies* Cp, sia condizionata dalla constatazione dell'esistenza di un'intrusione con violenza o minaccia nello spazio corporeo del soggetto che patisce il gesto. Quello che si intende valorizzare è come proprio la violenza perpetrata può spingere a considerare sessuale anche un atto che non esprima con piena evidenza questo connotato. Il coniuge che imponga alla moglie un bacio per quanto casto, tenendole con forza fermo il viso, per superarne la resistenza, non può che aver attribuito a quel gesto un significato che va ben oltre il suo contenuto obiettivo, considerandolo piuttosto strumento di affermazione di un'autorità e di un potere sull'altrui corpo che legittima la conclusione¹⁰⁵.

Se il delitto implica la verifica di un contatto violento e sessuale, questo implica non solo il bisogno che esso si esteriorizzi uscendo, per così dire, dal novero delle elaborazioni di una mente poco lucida, ma anche che se ne verifichi la risonanza nella sensibilità di chi lo perpetra e di chi lo subisce. Non si tratta di considerare le intenzioni, ma piuttosto le interazioni, gli effetti. Se ogni stupro è invasione della corporeità sessuale della vittima attraverso il corpo del carnefice, si deve poter cogliere, nel fatto, la dimostrazione di questa violazione. Torniamo ad un esempio. Supponiamo che taluno eserciti minaccia o addirittura ricorra a percosse per costringere altri a farsi toccare un piede o la calzatura (tecnicamente, si definisce questa anomalia sessuale come retifismo, una forma di feticismo). Il gesto, per chi lo compie, può risultare pregno di significati sessuali, mentre chi subisce la violenza costringitiva, avverte soltanto la limitazione della propria libertà e non la intrusione nella propria sessualità. Per usare le parole di Freud¹⁰⁶, siamo di fronte ad una vittoria del pensiero sulla realtà, in quanto sussiste un'evidente divergenza tra la natura obiettiva del gesto ed il significato che ad esso almeno uno dei protagonisti attribuisce. Se è certo che nessuno possa essere costretto a subire la strumentalizzazione di una qualsiasi parte del proprio corpo in un impiego funzionale ed idoneo a soddisfare il desiderio sessuale di chi lo costringe, non di meno, ove questa significatività del gesto risulti preclusa allo sguardo, alla stessa percezione della vittima, essa ne percepirà esclusivamente il significato di coazione, non avvertendo invece che il suo corpo è divenuto oggetto, strumento, di una manovra che nega la sua libertà e dignità sul piano sessuale. In tale seconda ipotesi, si potrebbe concludere che la costrizione rilevi penalmente ma solo secondo il

¹⁰⁵Ha riconosciuto gli elementi costitutivi del delitto di violenza sessuale in un caso come quello ricostruito Cass. V, 37460/2021.

¹⁰⁶ Scriveva S. Freud, *Fetischismus*, *Almanach der Psychoanalyse* 1928 (Vienna 1927), 17-24, ora *on line*, con traduzione in italiano di R. Colorni: «il feticcio è il sostituto del fallo della donna (della madre) a cui il piccolo ha creduto e a cui, per i motivi che sappiamo, non vuole rinunciare».

più mite parametro della violenza privata. Ad opposte conclusioni sarebbe doveroso pervenire laddove il feticista exteriorizzi quella che altrimenti sarebbe una sua intima valorizzazione sessuale dell'atto, rendendola oggettiva, per esempio manifestando o scoprendo la propria soddisfazione, consentendo alla vittima di comprendere di aver perduto la qualifica di soggetto per assumere quella di strumento al servizio del desiderio altrui. Posta in evidenza la funzione servente del corpo della vittima, il gesto si rivelerebbe lesivo della libertà sessuale e, quindi, tipico.

Gli esempi, invero, sono tutti egualmente bugiardi.

Non di meno, si tratta di cogliere i profili di una metodologia. Il contatto costretto deve chiamare in causa, sul piano oggettivo, la libera soggettività sessuale di tutti i protagonisti¹⁰⁷. Per chi agisce, questo può avvenire sul piano delle mere intenzioni, potendosi considerare accertato che non sia rilevante l'effettiva soddisfazione. Per chi subisce, si tratta di cogliere l'evidenza di significato del gesto. La vittima deve infatti poter percepire, dalla fenomenologia dell'accadimento, che il suo corpo, oggetto del contatto, è impiegato contro o comunque in modo che prescinde dalla sua libertà, in una interazione sessuale, perché causa di effetti oggettivi nella corporeità di chi agisce.

5. Proviamo, a questo punto, a tirare le fila del discorso.

Nel nostro ordinamento si è compiuta la scelta di punire in modo assai più severo quelle costrizioni violente o induzioni mediante inganno lesive della libertà del soggetto passivo, chiamato a compiere o subire un atto sessuale. Questa scelta deriva dalla ponderazione del significativo valore addizionale rappresentato dal connubio tra modello di condotta e natura dell'atto.

Costruendo la fattispecie delittuosa dell'art. 609 *bis* (e, per la stessa ragione, *octies*) si è deciso di non perseguire un tentativo di determinazione normativa dei modi possibili d'essere dell'atto che ne evidenziano il carattere sessuale. Neppure si sono astrattamente considerati gradienti di disvalore tra atti obiettivamente differenti sul piano della loro significatività sessuale come i congiungimenti carnali o le stimolazioni meccaniche degli organi genitali ed altri, polisemici e potenzialmente neutri, che possono assumere molteplici obiettivi significati comunicativi.

Anche per questa assimilazione, si può convenire che la contesa per definire i confini della tipicità del delitto di violenza sessuale si decida sul terreno dei secondi.

Per affermare il carattere sessuale dell'atto ai fini del delitto di cui all'art. 609 *bis*

¹⁰⁷ Anche i soggetti che versano in una condizione di minorazione (psichica o fisica), in particolare se di causa patologica, devono considerarsi egualmente titolari di un diritto alla sessualità libera. Sul punto M. Vizzardi, *Sul diritto dell'incapace di esprimere la propria sessualità e la violenza sessuale per induzione mediante abuso alle condizioni di inferiorità psichica*, www.penalecontemporaneo.it 2011.

si deve contrastare la tentazione di ricorrere a modelli presuntivi (come, ad esempio, quello che porta a concludere che sia sessuale ogni atto che attinge una zona erogena) invocando l'evidenza solo per gli atti del primo tipo, sessuali in sé. Si deve inoltre evitare di attribuire un peso discriminante alle intenzioni di chi agisce o alla percezione sensibile di chi subisce. In una ricerca semeiotica si impone di apprezzare egualmente elementi tradizionalmente considerati oggettivi ed altri soggettivi, non disgiunti gli uni dagli altri.

Nella sua materialità l'elemento di fattispecie richiede l'esistenza di un contatto tra i corpi. Il concetto implica che si instauri una relazione, per cui l'atto sia percepibile dai sensi di chi lo compie e di chi lo subisce¹⁰⁸.

Gli atti neutrali possono considerarsi sessuali se, ricostruite le condizioni concrete del loro esplicarsi appaiano inseriti in un processo che è concepito per evolversi dal piano della polisemicità a quello dell'evidenza, caratteristica degli atti di coito o che coinvolgano la genitalità.

Posto che ogni verifica quanto alla loro rilevanza penale implica che non si sia verificata un'evoluzione del contatto sino ad assumere i connotati dell'atto in sé sessuale, ne deriva che di tali atti sia consentito apprezzare il significato in chiave prognostica, secondo un parametro di idoneità funzionale.

Benché se ne debba considerare la rilevanza come delitti consumati di violenza sessuale e non come tentativi (in quanto tali apprezzabili solo laddove non sussista il contatto tra i corpi), solo collocandoli nel complesso dei caratteri qualificanti la loro obiettività, come tempo, luogo, perone, contesto, essi si propongono come contatti preliminari ad una possibile evoluzione del discorso sessuale. In altri termini, atti polisemici possono considerarsi atti sessuali se essi siano concretamente impiegati in un processo funzionale a sollecitare l'istinto sessuale della vittima o piuttosto a sfruttarne il corpo per la ricerca di una soddisfazione del solo autore. Altrettanto può sostenersi allorché la sessualità, le preferenze di genere dei due protagonisti entrino in gioco come fattori distorti, come laddove l'atto assolva ad un'esigenza di mortificazione della sessualità altrui o di esorcizzazione di quella propria.

Per quanto improvvisi e repentini, contatti che non siano in sé sessuali, seppure funzionali a sondare il consenso della vittima alla instaurazione di un rapporto sessuale¹⁰⁹ non possono considerarsi violenza sessuale, posto che in merito ad essi un

¹⁰⁸ Sottolinea la dimensione relazione del concetto di atto sessuale E. Silingardi, *op.cit.*, 1086. Scrive l'A.: «Posto il problema in tale più ampio contesto, a mio avviso conformemente allo spirito ed ai fini della legge 66/96, ove gli interpreti si orientassero nella direzione sopra indicata, ovvero con riferimento ai contenuti propri della nozione di sessualità, che fanno riferimento non solo all'atto di per se stesso considerato, ma anche agli aspetti relazionali nei quali l'atto è venuto ad inserirsi, ciò renderebbe a mio avviso oltrepassato ogni residuo dubbio in ordine alla legittimità costituzionale della nuova disciplina».

effettivo dissenso, come nucleo fondante la lesione della libertà sessuale, è possibile coglierlo solo a posteriori, analizzando la reazione di chi li subisce¹¹⁰.

Sia chiaro, la metodologia per quanto complicata non può pretendere di prevenire conclusioni discutibili. Essa si propone soltanto di ridurne, per quanto possibile il numero. Laddove evitasse anche soltanto un'ingiusta condanna, di essa si dovrebbero tessere le lodi.



¹⁰⁹ Sull'esigenza di prendere in considerazione la costruzione di un sistema repressivo che concentri il baricentro sull'esistenza o inesistenza del consenso all'atto sessuale G. Cazzetta, *Colpevole col consentire. Dallo stupro alla violenza sessuale nella penalistica dell'ottocento*, RIDPP 1997, 424.

¹¹⁰ Non mancano voci che si dolgono delle rare sentenze (di merito) che non ritengono integrato il delitto in casi come quelli di un atto improvviso e repentino. Di recente PINNA, *Violenza sessuale e ricerca del dissenso della vittima: la difficoltà dei giudici di merito a recepire gli insegnamenti della Corte di Cassazione*, sistemapenale.it 2022. L'A. critica le conclusioni cui è pervenuto il T. Busto Arsizio, sent. 26/1/2022, ove si attribuiva rilevanza al fatto che la "vittima" (invero per il momento presunta) non avesse manifestato "istantaneamente il proprio dissenso". Singolare che il commentatore ritenga utile valorizzare il dato che il Tribunale fosse composto di tre donne, finendo per conferire a questo aspetto un qualche significato. Ancor più stupisce, infine, che l'A., chiudendo il proprio elaborato, affermi la assoluta necessità, sulla spinta della Convenzione di Istanbul e considerando il Rapporto speciale delle NU sulla violenza contro le donne del 2021, di addivenire ad una riforma legislativa per consentire di punire ogni atto sessuale caratterizzato dalla mancanza di un previo consenso della vittima. Un argomentare di tal fatta, invero, presuppone che di tali strumenti non esista ancor oggi traccia nel nostro ordinamento.