

Violenza sessuale: la Corte di cassazione conferma la scelta del modello del consenso “affermativo”.

di **Michela Pellini**

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** Il consenso come requisito implicito della fattispecie: l’ultima conferma della Corte di cassazione. – **3.** Criticità del modello del consenso affermativo ed errore sul consenso. – **4.** Una proposta di riforma del reato di violenza sessuale.

1. Premessa.

Il tema del consenso è oggi centrale nella dinamica della fattispecie di violenza sessuale di cui all’art. 609-*bis* c.p., pur non essendo dalla stessa tipizzato. Ripercorrendo le origini e l’evoluzione della fattispecie, appare evidente come il legislatore si sia da sempre incentrato sul requisito della costrizione violenta come elemento focale attorno cui ruota l’incriminazione. Sotto la vigenza del Codice Rocco e ancor prima del Codice Zanardelli, la violenza era intesa come *vis atrox*¹, cioè come estrinsecazione di un’energia fisica irresistibile sul corpo della vittima, di tale intensità da non poter essere in alcun modo vinta dalla stessa. Dunque, era necessario ricercare la sussistenza di una violenza fisica “irresistibile” e “invincibile”, in quanto la sola in grado di provare il dolo del soggetto agente e d’altro lato l’assenza di un’adesione interna della donna al rapporto sessuale. Tale grado qualificato di forza richiesto fondava il mito che «un rapporto sessuale non può essere realizzato con una donna che realmente non vuole»², generando sostanzialmente un’inversione dell’onere della prova, in quanto era la vittima a dover provare di essere stata «ben determinata a resistere con tutti i mezzi consentiti dalle sue condizioni fisiche e psichiche», e, nonostante ciò, di essere stata «vinta» da una forza insuperabile³: solo così la persona offesa risultava meritevole della tutela penale.

¹ Ripercorre analiticamente la «lunga stagione della “vis atrox”» G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, Bologna University Press, 2023, p. 152 ss.

² Sul punto, M. BERTOLINO, *Libertà sessuale e tutela penale*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 64 ss.

³ Tali riferimenti di dottrina e giurisprudenza a “resistenze simulate” e “finte riluttanze” richiamano la teoria della *vis grata puellae*, un concetto antico, di origine ovidiana, che suggerisce l’idea che un minimo di forza iniziale non sia sgradito alle fanciulle, poiché consentirebbe loro di dissimulare i propri desideri e pulsioni sessuali dietro un fittizio adempimento del dovere di rifiutare il rapporto, onere attribuito alle donne sin dai miti

Tale tradizionale nozione di violenza è stata progressivamente abbandonata, al punto che la storia del concetto di violenza è stata definita come «la storia del suo progressivo ampliamento, attraverso la svalutazione di quelli che in origine furono considerati i suoi fondamentali requisiti: l'estrinsecazione di forza fisica e l'influsso corporeo»⁴. Si è parlato di una graduale «volatilizzazione» del concetto di violenza attraverso l'evolutiva opera ermeneutica della giurisprudenza, la quale ha cominciato a ritenere non più necessaria, ai fini della configurabilità della fattispecie, la sussistenza della *vis atrox*, considerando sufficiente l'uso di una forza fisica «di qualsiasi grado ed intensità» purché «sovrapposta alla resistenza fisica dell'altra parte»⁵. Tuttavia, tale evoluzione non ha significato l'abbandono dello schema basato sulla condotta violenta, in quanto il riferimento ad una forza «di qualsiasi grado» costituisce un affievolimento della precedente interpretazione della nozione di violenza, non un suo totale superamento.

È in tal senso significativo che, anche in seguito alla riforma dei reati sessuali contenuta nella legge 66 del 1996, la norma incriminatrice di cui all'art. 609-*bis* c.p. continui a fondare la fattispecie sulla violenza, minaccia o abuso di autorità, nonostante già la commissione Pagliaro⁶ nel 1991 avesse proposto di introdurre una fattispecie di violenza sessuale consistente nel fatto di chi, contro la volontà di una persona, si congiunge sessualmente con essa o compie atti di identico significato offensivo⁷.

greci e dunque fortemente radicato nella società. Sul punto, G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali*, cit., p. 153 ss.

⁴ G. DE SIMONE, voce *Violenza (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 892 ss.

⁵ Cass. pen., 19 novembre 1965, n. 464: «la violenza fisica, agli effetti del diritto punitivo, consiste nell'impiego di una forza fisica, di qualsiasi grado ed intensità che si sovrapponga alla resistenza fisica dell'altra parte, sì che questa è costretta a subire la volontà dell'agente. Trattandosi di una costrizione che incide sulla libera determinazione del soggetto passivo, essa deve essere percepita nel momento in cui si attua, in guisa da determinare la reazione; il dissenso, cioè, in qualsiasi modo manifestato, deve essere vinto mediante l'impiego della forza fisica soverchiante».

⁶ La commissione Pagliaro curò lo Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo Codice penale, proponendo di superare la concezione per cui la violenza è elemento centrale della fattispecie, ravvisando piuttosto il momento fondante dell'offesa nella mancanza di consenso all'atto sessuale da parte della vittima.

⁷ Rilevante e al contempo assai preoccupante è stata la c.d. "sentenza sui jeans" della Corte di Cassazione del 1999 (Cass. pen. 10 febbraio 1999, n. 1636), in cui si riaffaccia sulla scena interpretativa l'antica concezione di violenza come estrinsecazione di una forza fisica invincibile. Nel caso di specie, la Suprema Corte era giunta ad annullare la sentenza che aveva condannato un istruttore di guida per aver violentato una sua allieva, sulla base di aberranti argomenti, quale quello secondo cui «è un dato di comune esperienza che è quasi impossibile sfilare anche in parte i jeans ad una persona senza la sua fattiva collaborazione, poiché trattasi di una operazione che è già assai difficoltosa per chi li indossa» e quello per cui sarebbe «istintivo, soprattutto per una giovane, opporsi con tutte le sue forze a chi vuole violentarla e [...] è illogico affermare che una ragazza possa

Ciò ha indotto dottrina e giurisprudenza ad occuparsi del tema, denunciando l'assenza esplicita dell'elemento del consenso nell'ambito del delitto, essendo al contrario ciò che dovrebbe caratterizzarlo. Con una formula significativa, può dirsi che «la violenza comincia dove non c'è il consenso, in quanto non è la violenza quella che rivela la mancanza di consenso, bensì è la mancanza di consenso ciò che definisce la relazione sessuale come violenta»⁸: appare dunque evidente come il consenso all'atto sessuale dovrebbe costituire elemento centrale della fattispecie di cui all'art. 609-bis c.p. Secondo la dottrina, la nozione stessa di costrizione esprime la mancata adesione consensuale all'atto sessuale da parte del soggetto passivo, elevandosi a presupposto implicito del reato⁹.

È proprio partendo da tale assunto che la giurisprudenza, nell'applicazione concreta della fattispecie, fa ormai costante riferimento all'assenza di consenso come elemento fondante la violenza. Tale approdo non può dirsi rivoluzionario né imprevedibile, se si guarda all'evoluzione giurisprudenziale sul tema della costrizione violenta: con l'avvento della Costituzione e la sensibilizzazione culturale propugnata dai movimenti femministi, il requisito della violenza viene progressivamente messo in crisi con riguardo a tutte quelle ipotesi in cui la persona offesa non è propriamente costretta mediante violenza a compiere o subire l'atto sessuale e, ciò nonostante, è posta nell'impossibilità di esprimere un dissenso esplicito allo stesso¹⁰. La giurisprudenza ha così gradualmente sfumato i confini della violenza, fino a giungere alla sua dematerializzazione attraverso la teoria della violenza impropria, rispetto alla quale rilevano le casistiche degli atti

subire supinamente uno stupro, che è una grave violenza alla persona, nel timore di patire altre ipotetiche e non certo più gravi offese alla propria incolumità fisica». Tale pronuncia è stata fortemente criticata da molti autori e dall'opinione pubblica tutta. Cfr. M. BERTOLINO, *Libertà sessuale e blue-jeans*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 692 ss.; F.M. IACOVIELLO, *Toghe e jeans. Per una difesa (improbabile) di una sentenza indifendibile*, in *Cass. pen.*, 1999, 2197 ss.; P. PISA, *Tutela della libertà sessuale tra distorsioni giurisprudenziali e carenze legislative*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 5, 535 ss.; M. POGGI, *Violenza sessuale: la rilevanza della resistenza della vittima ai fini della configurabilità del reato*, in *Riv. pen.*, 1999, 259 ss.

⁸ T. PITCH, *Violencia sexual*, in T. PITCH, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Trotta, Madrid, 2003.

⁹ G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali*, cit., p. 145.

¹⁰ La sentenza che ha segnato il punto di svolta per la dematerializzazione del concetto di violenza risale al 1986, quando la Corte di Cassazione ha stabilito che «il semplice dissenso inerte non realizza la condizione per la punibilità del fatto, ma tuttavia [...] non occorre neppure che la violenza sia tale da non potere ad essa resistere o comunque sottrarsi, né che [...] venga opposta una viva, costante resistenza [...]. Per violenza deve intendersi anche quella che, a seconda delle circostanze, pone il soggetto passivo in condizione di non poter opporre tutta la resistenza che avrebbe voluto e la costrizione [...] può aversi anche se la vittima non ha invocato aiuto, dato l'allarme, riportato lacerazioni di indumenti e lesioni sul corpo». Così *Cass. pen.*, 20 gennaio 1986, n. 753.

repentini o c.d. a sorpresa, della violenza potenziale e della «costrizione ambientale»¹¹.

Con riferimento agli atti repentini, si tratta di atti commessi dal soggetto attivo del reato a sorpresa o con subdola e insidiosa velocità, così da escludere qualunque possibilità di reazione della persona offesa. L'azione rapida ed insidiosa può considerarsi equivalente *tout court* a quella violenta, dando spazio ad una interpretazione estensiva del concetto di violenza, che, se presenta la criticità di estendere grandemente i confini della norma, d'altro lato ha sicuramente il pregio di tener conto, nel valutare l'oggetto della tutela, della dimensione del rapporto interpersonale dei soggetti coinvolti¹². In suddetti casi, la costrizione risulta essere il risultato non di una violenza propriamente intesa, ma della sorpresa e dell'imprevedibilità con cui è realizzata la condotta¹³: l'assenza di consenso è dovuta alla circostanza che gli atti sessuali sono realizzati senza che il soggetto abbia avuto il tempo materiale di formare la propria volontà e di manifestare dunque un dissenso, proprio perché colto *di sorpresa*¹⁴.

In secondo luogo, assume rilevanza la casistica della «violenza potenziale» dei sanitari, con riferimento alla quale è stata riconosciuta la sussistenza della violenza nelle ipotesi di atti sessuali commessi da operatori medici che, simulando necessità terapeutiche, abusano sessualmente dei loro pazienti. Emblematica la sentenza *Lorè* della Corte di legittimità, in cui si afferma che «l'estensione della visita da parte del medico alla sfera sessuale può concretizzare il delitto di violenza sessuale, essendo sufficiente ad integrare codesto reato anche la violenza meramente potenziale, che si verifica appunto allorché il medico, estendendo abusivamente l'area della sua indagine, operi all'improvviso e

¹¹ Sul punto, G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali*, cit., p. 160 s.

¹² A. CADOPPI, *Art. 609-bis c.p. (Violenza sessuale)* in A. CADOPPI (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, CEDAM, Padova, 2006, p. 501 s.

¹³ G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali*, cit., p. 160 ss.

¹⁴ La stessa Corte di Cassazione ha riconosciuto che «la violenza richiesta in tema di delitti sessuali non consiste necessariamente nell'esplicazione di una *vis* fisica, ma può concretarsi anche nella repentinità e insidiosità dell'azione, che sorprenda e superi la contraria volontà del soggetto», in quanto «la rapidità e la silenziosità dei gesti integrano violenza in quanto non mettono i soggetti passivi in condizioni di esprimere tempestivamente il loro dissenso». Dunque, la repentinità integra gli estremi della «violenza, intesa quale coartazione dell'altrui volontà, non essendo la controparte destinataria delle "attenzioni" in questione messa in condizione di poter tempestivamente esprimere il proprio (più che probabile) dissenso. È proprio l'elemento "sorpresa" che nelle azioni così come descritte [...] attribuisce alle stesse il carattere della violenza, per essere state compiute con modalità tali da vanificare, prevenendola, ogni possibile resistenza della vittima». Sul punto, Cass. pen., 26 febbraio 1980, n. 1347 e Cass. pen., 30 marzo 2000, n. 1405.

all'insaputa del paziente, pur sapendo che il consenso non vi sarebbe stato e che l'opposizione o la resistenza non sarebbero mancati se fossero stati possibili»¹⁵. L'ultimo ambito casistico in cui si è affermata la nozione dematerializzata di violenza è definito con la locuzione «costrizione ambientale»¹⁶ e racchiude quelle fattispecie caratterizzate dalla circostanza per cui sono fattori ambientali, quali il buio, la tarda ora notturna, l'assenza di vie di fuga o il fatto di trovarsi in un luogo isolato, a determinare la vittima a compiere o subire l'atto sessuale¹⁷. Si è parlato, in tal senso, di «intimidazione costringitiva astenica», dipendente dal contesto ambientale in cui agisce e di cui si avvale l'agente¹⁸.

In un'ottica di tutela ulteriore, poi, a partire dalla riforma del 1996 si è diffusa una nuova tendenza interpretativa, caratterizzata dallo spostamento del baricentro della fattispecie da tale violenza impropria al dissenso della vittima. La consacrazione di tale orientamento è contenuta in una sentenza del 2004, in cui la Corte di legittimità afferma che, dovendo il consenso agli atti sessuali perdurare nel corso dell'intero rapporto senza soluzione di continuità, «integra il reato di cui all'art. 609-bis c.p. la prosecuzione di un rapporto nel caso in cui il consenso originariamente prestato venga meno in itinere a seguito di un ripensamento o della non condivisione delle forme o delle modalità di consumazione dell'amplesso»¹⁹. Più recentemente la Corte ha confermato che il consenso deve sussistere all'inizio dell'atto sessuale e protrarsi durante tutto il compimento dello stesso: se interviene nel corso dell'atto una manifestazione di dissenso, anche non esplicita ma «per fatti concludenti chiaramente indicativi della contraria volontà»²⁰, il rapporto sessuale sarà illecito. Ciò permette di attrarre alla

¹⁵ Cass. pen., 25 settembre 1999, n. 1431.

¹⁶ G. AMBROSINI, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, UTET, Torino, 1997, p. 19; A. CADOPPI, *Art. 609-bis c.p. (Violenza sessuale)* in A. CADOPPI (a cura di), cit., p. 510 s.; G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali*, cit., p. 164 ss.; M.T. COLLICA, *La violenza sessuale tra law in the books e law in action: un intervento riformatore non più rinviabile*, in *Archivio penale* 2024, n. 3, p. 23 ss.

¹⁷ In una pronuncia risalente al 1969 la Suprema Corte ha affermato che «la chiusura dall'interno dell'ambulatorio medico ad opera del professionista, che normalmente è atto giustificabile, può assurgere ad atto di costrizione fisica, quando è inizialmente fatta con l'intento palese di compiere sul soggetto passivo atti illeciti, in tal modo creando una situazione ambientale tale da convincere quest'ultimo della inutilità di resistere alle voglie dell'agente, e il cui carattere coercitivo si manifesta inequivoco sin dall'inizio, per il repentino susseguirsi dei successivi atti posti in essere subito dopo senza soluzione di continuo». Cass. pen., 28 marzo 1969.

¹⁸ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, CEDAM, Milano, 2022, p. 439.

¹⁹ Cass. pen., 24 febbraio 2004, n. 25727.

²⁰ Cass. pen., 11 dicembre 2018, n. 15010, la quale afferma che «[...] integra il reato di cui all'art. 609-bis c.p. la prosecuzione del rapporto nel caso in cui, successivamente a un consenso originariamente prestato, intervenga "in itinere" una manifestazione di

fattispecie, oltre alle ipotesi in cui il dissenso appunto sopraggiunga nel corso dell'atto sessuale, anche i casi in cui, pur essendo la vittima dissenziente *ab initio*, l'assenza di consenso si renda nota inequivocabilmente all'agente soltanto nel corso del rapporto, mentre precedentemente il soggetto passivo non aveva potuto o non era riuscito a comunicare esplicitamente il proprio dissenso. Con riferimento a quest'ultimo, rilevano in particolare due casistiche: il caso del dissenso sopravvenuto a rapporto sessuale iniziato e il caso dell'atto realizzato mediante modalità diverse da quelle acconsentite.

Con riferimento al caso del c.d. dissenso *in itinere*, questo consiste nella circostanza in cui l'atto sessuale inizia con il consenso di entrambi i soggetti, ma nel corso dello stesso viene meno la volontà di uno dei partner di proseguire e portare a termine il rapporto²¹: tale dissenso sopravvenuto rende penalmente rilevante l'atto sessuale. La seconda fattispecie controversa, che è stata oggetto di un'importante elaborazione giurisprudenziale, riguarda il caso dell'atto sessuale realizzato mediante modalità diverse da quelle acconsentite: il fatto che il partner sia inizialmente disponibile e consenziente al rapporto non vale a garantire la liceità dell'atto sessuale, qualora sopravvengano mutamenti nelle modalità di esecuzione dello stesso, rispetto alle quali la persona offesa non ha manifestato il proprio consenso²².

dissenso, anche non esplicita, ma per fatti concludenti chiaramente indicativi della contraria volontà».

²¹ Così si è espressa sul tema Cass. pen., 11 dicembre 2018, n. 15010: «[...] integra il reato di cui all'art. 609-bis c.p. la prosecuzione del rapporto nel caso in cui, successivamente a un consenso originariamente prestato, intervenga "in itinere" una manifestazione di dissenso, anche non esplicita, ma per fatti concludenti chiaramente indicativi della contraria volontà».

²² Due appaiono le casistiche significative con riguardo all'ipotesi in cui un rapporto sessuale inizialmente lecito in quanto consensuale, si trasformi *in itinere* in violenza, per il manifestarsi del dissenso della persona offesa. La prima casistica riguarda l'ipotesi di un uomo che porti a compimento il rapporto sessuale con un'ejaculazione in vagina non condivisa dalla donna, in riferimento alla quale la Suprema Corte ha affermato che «il comportamento di chi porti a conclusione un rapporto sessuale, inizialmente voluto dal partner, ma proseguito con modalità sgradite o non accettate da quest'ultimo, integra il reato di violenza sessuale» (Cass. pen., 18 marzo 2015, n. 9221). L'altra rilevante questione giunta all'attenzione della giurisprudenza penalistica di molti ordinamenti riguarda la possibile responsabilità del soggetto che, a rapporto sessuale iniziato, si sfilia il preservativo senza che il partner se ne renda conto, dunque contro la sua volontà. La condotta descritta, definita nella scienza penalistica americana "*stealthing*", rende l'atto sessuale diverso da quello per il quale il consenso è stato prestato, fondamentalmente per due ragioni: anzitutto, il profilattico ha fondamentale funzione anticoncezionale e previene la trasmissione delle malattie veneree; in secondo luogo, si ritiene che lo stesso costituisca una "barriera" fisica tra i due soggetti che rende l'atto sessuale meno intimo rispetto a quello realizzato senza l'adozione del contraccettivo.

Infine, negli ultimi anni, compiendo ulteriori passi in avanti, la Suprema Corte, operando una scelta indubbiamente significativa sul piano dei valori ma certamente non semplice dal punto di vista applicativo, si è mossa nella direzione di una definizione di violenza sessuale basata unicamente ed interamente sull'assenza del consenso della persona offesa all'atto sessuale. La violenza necessaria per l'applicazione del reato di cui all'art. 609-*bis* c.p. è ormai reinterpretata come ogni atto o fatto idoneo a coartare la volontà della vittima, fino a costringerla a compiere o a subire atti sessuali. I giudici hanno sempre più spesso ribadito che si è responsabili di violenza sessuale se non si è ottenuto un consenso chiaro ed inequivocabile in forma verbale o desumibile da comportamenti concludenti, che fondino l'espressa volontà del soggetto di intrattenere la relazione sessuale.

Si esprime chiaramente in tal senso una sentenza della Suprema Corte, secondo la quale «integra l'elemento oggettivo del reato di violenza sessuale non soltanto la condotta invasiva della sfera della libertà ed integrità sessuale altrui realizzata in presenza di una manifestazione di dissenso della vittima, ma anche quella posta in essere in *assenza del consenso*, non espresso neppure in forma tacita, della persona offesa, come nel caso in cui la stessa non abbia consapevolezza della materialità degli atti compiuti sulla sua persona». Dunque, «ai fini della consumazione del reato di violenza sessuale, è richiesta la mera mancanza del consenso, non la manifestazione del dissenso, ben potendo il reato essere consumato ai danni di una persona dormiente»²³.

2. Il consenso come requisito implicito della fattispecie: l'ultima conferma della Corte di cassazione.

In tale contesto si inserisce la recente sentenza della terza sezione penale della Corte di cassazione oggetto del presente commento, la quale ribadisce ancora una volta la centralità del consenso nell'accertamento della responsabilità penale per il reato di violenza sessuale²⁴.

La vicenda giunta all'attenzione dei giudici di legittimità appare rilevante e delicata sotto diversi aspetti, che costituiscono i motivi di censura mossi dalla difesa alla sentenza impugnata.

Anzitutto, si deduce che l'imputato ha un grave *handicap* fisico (nello specifico, una gamba recisa fino all'anca), il che escluderebbe che fosse in grado di realizzare i fatti per i quali è stato condannato (rapporto anale, orale e vaginale) all'interno di un bagno chimico, con violenza e senza la cooperazione della donna. A ciò si aggiunge che l'imputato risulta affetto da un disturbo psichiatrico di grado moderato, evidenziando come ciò abbia inciso sul dolo della violenza sessuale: egli non era in grado di rendersi conto delle condizioni psichiche della

²³ Cass. pen., 23 giugno 2016, n. 22127; ripresa da Cass. pen., 19 aprile 2023, n. 19599.

²⁴ Cass. pen., 22 novembre 2024, n. 1688.

persona offesa, anche lei affetta da un lieve ritardo mentale, dunque incapace di prestare un valido consenso al rapporto sessuale. Il consenso è stato erroneamente supposto come esistente dall'imputato proprio a causa del ritardo mentale da cui è affetto e ciò varrebbe, secondo la tesi difensiva, ad escludere l'elemento soggettivo del reato²⁵.

Un secondo aspetto su cui la Corte è chiamata a pronunciarsi riguarda il comportamento tenuto dalla vittima durante e dopo l'atto sessuale: si tratta di un tema delicato, introdotto dalla difesa nel processo al fine di dimostrare che vi sia stata collaborazione della vittima nella consumazione dell'amplesso e dunque che questo possa dirsi consensuale. Rileva, nel caso di specie, una significativa formula, utilizzata già dalla Corte di appello e riportata dai giudici di legittimità, che descrive la persona offesa in uno "stato di tanatosi", con tale intendendosi la condizione in cui la vittima appare totalmente passiva e allo stesso tempo costretta *attivamente* a subire gli atti sessuali. In risposta alla tesi difensiva, che deduce la contraddittorietà della pronuncia di merito che descrive tali due atteggiamenti tra loro antitetici ed inconciliabili, la Corte di Cassazione specifica come lo stato di tanatosi in cui versa la vittima al momento del rapporto sessuale non è incompatibile con la costrizione esercitata dal soggetto attivo, «trattandosi di due atteggiamenti riferiti rispettivamente alla vittima e all'imputato, il primo dei quali, lungi dall'essere manifestazione di un comportamento collaborativo, è esso stesso conseguenza evidente di una condotta violenta subita contro la propria volontà».

Ad avviso della Corte, dunque, non può fondarsi la presunzione di consenso all'atto sessuale sulla considerazione che la vittima sembri aver in qualche modo collaborato al compimento dell'amplesso, poiché l'offesa che la persona subisce può portare a reazioni molto diverse: se c'è chi riesce, dimenandosi, a liberarsi dell'aggressore, d'altro lato è molto frequente che la vittima cada in uno stato di "agghiacciamento" e immobilismo, per lo shock subito o per paura di subire ulteriori violenze o ritorsioni. Ciò, impedendole di reagire attivamente, può condurla a subire o compiere gli atti sessuali senza una concreta ed effettiva possibilità o capacità di opporvisi. In virtù di ciò, la Corte di cassazione, per evitare che atteggiamenti equivoci del soggetto passivo possano fungere da utili difese per l'imputato, afferma che lo stato di passività della vittima non è incompatibile con la violenza esercitata dal soggetto agente e anzi può essere dovuto proprio alla coartazione della volontà da esso causata²⁶. Tale pronuncia si pone in

²⁵ La Corte di legittimità dichiara tale motivo di ricorso inammissibile, in quanto fondato su profili di censura già oggetto di impugnazione in appello, peraltro adeguatamente vagliati e disattesi dal giudice di merito con corretti argomenti giuridici.

²⁶ Rilevante sul punto un caso di cronaca giudiziaria spagnola risalente al 2016, che ha riguardato una giovane ragazza di diciotto anni, la quale una sera, dopo una festa, viene condotta da un gruppo di cinque uomini in un luogo isolato, dove si consuma la violenza sessuale in suo danno. Con riferimento al caso, si rileva in dottrina come la disparità di

continuità con diversi studi, a livello internazionale, della seconda metà del Novecento, che hanno evidenziato che una reazione diffusa tra le donne vittime di costringimento sessuale è proprio una forma di “congelamento”: è infatti comune che quando una persona si trova in una situazione particolarmente coartante improvvisamente si senta immobilizzata, colta da un blocco tanto fisico quanto psicologico ed emotivo. Si è parlato in tal senso di «immobilità tonica»²⁷, dalla quale deriva una perdita totale delle energie, sia fisiche che psichiche, necessarie a opporre una resistenza concretamente apprezzabile all’aggressione sessuale²⁸. A ciò si aggiunga che spesso le vittime di aggressioni sessuali sono portate a non reagire per paura di subire ulteriori e peggiori conseguenze o ritorsioni, “scegliendo” così di consegnarsi inermi al proprio aggressore²⁹. Un’altra causa dell’agghiacciamento di fronte all’aggressione sessuale può essere l’innestarsi di un meccanismo psicologico di autodifesa, che induce la persona a contenere l’intensità del trauma attraverso una “dissociazione” mentale rispetto a ciò che il suo corpo sta subendo³⁰.

In un altro caso giunto alla sua attenzione, la Corte di cassazione aveva precisato che il consenso non può neppure desumersi dai comportamenti della persona offesa immediatamente successivi alla violenza³¹. Tale affermazione è pregnante

forza tra la ragazza e gli aggressori, il luogo isolato dove si è realizzata la violenza, la tarda ora notturna, l’assenza di testimoni, la giovanissima età della vittima e la sua scarsa forza fisica abbiano completamente paralizzato la ragazza, inducendola in uno stato di shock che l’ha immobilizzata e indotta passivamente a subire gli atti sessuali, aspettando disperatamente la fine degli stessi. Sul punto, M. ACALE SÁNCHEZ, P. FARALDO CABANA, *Presentación*, in P. FARALDO CABANA, M. ACALE SÁNCHEZ, *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant, Valencia, 2018, p. 17.

²⁷ Essa consiste nel blocco dei movimenti corporei, nell’incapacità di urlare, in una chiusura degli occhi, in tremori diffusi su tutto il corpo e in una riduzione della frequenza cardiaca con temporaneo incremento della temperatura corporea e della frequenza respiratoria.

²⁸ Cfr. G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali*, cit., p. 111 s.

²⁹ Tale fenomeno è conosciuto con il nome di «*rape trauma syndrome*», termine coniato da A. WOLBERT BURGESS, I. LYTLE HOLMSTROM, *Rape trauma syndrome*, in *American Journal of Psychiatry*, 1974, p. 131 ss., nell’ambito di uno studio condotto su numerose vittime che si erano sottomesse agli atti sessuali non voluti per evitare conseguenze ulteriori. Ciò spiega anche la tardività di molte denunce, poiché chi è vittima di tale sindrome traumatica è restio a denunciare l’episodio violento.

³⁰ Per la letteratura scientifica di riferimento, tra gli altri, S.W. PORGES, *La teoria polivagale. Fondamenti neurofisiologici delle emozioni, dell’attaccamento, della comunicazione e dell’autoregolazione*, Roma, Fioriti Editore, 2014.

³¹ Cass. pen., 12 febbraio 2020, n. 5512. Nel caso di specie, in particolare, si era tentato di affermare la sussistenza del consenso della vittima all’atto sessuale sulla base del fatto che questa si era fatta riaccompagnare a casa in automobile dall’aggressore in seguito appunto alla consumazione dell’atto sessuale. La Suprema Corte ha rigettato tale tesi, considerando tale comportamento della persona offesa piuttosto come una «reazione conseguente alla portata traumatica dell’episodio» e ritenendo dunque «compatibile con

con riferimento al caso in esame, in cui risulta che la persona offesa, dopo aver subito la violenza, abbia preso l'autobus con il soggetto attivo. Non può ritenersi in alcun modo che tale circostanza suggerisca che sussistesse il consenso della persona offesa, essendosi questa, appunto, allontanata insieme all'imputato: i giudici rilevano l'abuso da parte di questo delle condizioni di inferiorità psichica della persona offesa, che, essendo particolarmente vulnerabile e affetta da disturbi mentali, come descritto dal giudice di merito, risulta essere stata sopraffatta dall'irruenza e prepotenza del soggetto attivo, che ne ha coartato la volontà con riferimento tanto all'atto sessuale quanto al successivo prosieguo della vicenda.

La Corte si concentra poi sui requisiti necessari a ritenere integrato il reato, in particolare sotto il profilo dell'elemento soggettivo, facendo applicazione di principi già consacrati in precedenti pronunce, dunque, riproducendo le acquisizioni maturate in tema di consenso all'atto sessuale. Infatti, si ribadisce che, ai fini della sussistenza del dolo, «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»³²: è responsabile di violenza sessuale chiunque compia un atto sessuale con una persona che non ha chiaramente ed inequivocabilmente manifestato il consenso in forma valida. L'elemento del consenso va così a sostituire completamente il requisito della costrizione violenta espressamente tipizzato dall'art. 609-*bis* c.p.: si considera violenta, in quanto imposta contro la volontà della persona, qualsiasi relazione sessuale che non sia sorretta da un'esplicita manifestazione di consenso da parte della stessa. Dunque, sul piano dell'imputazione colpevole, è sufficiente che il reo abbia la consapevolezza che il soggetto passivo non ha espresso un valido consenso attraverso parole o azioni univocamente compatibili con la volontà di realizzare l'atto: ciò basta a far presumere il dissenso all'atto sessuale e quindi a fondare la colpevolezza del soggetto agente.

Sul binomio dissenso/assenso si è pronunciata a più riprese la Corte di Cassazione, in particolare a partire dal 2016, anno a cui risale una significativa pronuncia in tema di violenza sessuale, in cui si consacra il principio per cui è idonea a integrare il reato «non soltanto la condotta invasiva della sfera della libertà ed integrità sessuale altrui realizzata in presenza di una manifestazione di dissenso della vittima, ma anche quella posta in essere in assenza di consenso, non espresso neppure in forma tacita, della persona offesa»³³.

A partire da tale arresto, il dissenso assurge ad elemento implicito della fattispecie e, pertanto, il dubbio sulla sua sussistenza investe la configurabilità stessa del fatto di reato, a nulla rilevando l'eventuale errore sull'espressione del dissenso,

la violenza appena subita il fatto che la vittima si fece riaccompagnare a casa in automobile dall'imputato».

³² Cass. pen., 3 marzo 2016, n. 49597.

³³ Cass. pen., 23 giugno 2016, n. 22127.

argomento avanzato dalla difesa a sostegno della non conoscibilità da parte dell'autore del fatto della contraria volontà del soggetto passivo³⁴. Qualora l'agente sia in dubbio circa l'esistenza o meno del consenso dell'altra parte, è tenuto a non intraprendere o ad interrompere l'atto, poiché solo la certezza che tale volontà sussista è idonea a fondare la liceità del rapporto. Vale ad escludere la colpevolezza dell'autore del fatto unicamente un'espressa ed affermativa manifestazione di consenso da parte del soggetto passivo, «un "sì" in grado di spazzare via ogni dubbio»³⁵. Autorevole dottrina evidenzia il duplice vantaggio derivante dall'adozione di questa prospettiva: anzitutto, il consenso è definito in termini comunicativi e non solo di volontà interiore; in secondo luogo, si attribuisce l'onere della prova dell'avvenuta comunicazione alla persona che propone l'atto sessuale³⁶. D'altro lato, come sarà messo in luce, tale impostazione porta con sé il rischio di un eccessivo irrigidimento delle dinamiche sessuali, favorendo l'accertamento della penale responsabilità dell'imputato ogniqualvolta lo stesso non sia in grado di provare l'espressa manifestazione di consenso dell'altra parte, circostanza non del tutto compatibile con la realtà e naturalità delle relazioni intime.

3. Criticità del modello del consenso affermativo ed errore sul consenso.

Alla luce dell'analisi svolta, può concludersi che la sentenza in esame costituisca l'ennesima conferma che si è definitivamente giunti, per via giurisprudenziale, alla consacrazione del paradigma del consenso affermativo ("*affirmative consent*"), quale assestamento del diritto vivente³⁷: nell'inerzia del legislatore rispetto all'opportunità di riformare la fattispecie di violenza sessuale incentrandola sul consenso, interviene sistematicamente la giurisprudenza a ridisegnare il volto della norma, attraverso un'*interpretatio abrogans* dei requisiti della violenza e della minaccia, ritenendo integrato il delitto ogniqualvolta la persona offesa si trovi concretamente nell'impossibilità materiale o psicologica di opporre un rifiuto espresso al rapporto sessuale.

Ripercorrendo la giurisprudenza in materia, si tratta esattamente di quelle situazioni limite rispetto alle quali la stessa si era evoluta nel senso della spiritualizzazione del requisito della violenza, con riferimento alle quali dunque sembra essersi compiuto un ulteriore passo in avanti, di cui la sentenza in esame costituisce ulteriore conferma: la Suprema Corte, se precedentemente tendeva a dilatare i confini della nozione di violenza, così da ampliare interpretativamente il modello basato sul costringimento, facendovi rientrare anche casi limite in cui la

³⁴ Cass. pen., 19 giugno 2018, n. 52835. Sul tema dell'errore sul consenso, si veda più approfonditamente il successivo §.

³⁵ G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali*, cit., p. 332.

³⁶ *Ibidem*, p. 332 s.

³⁷ G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali*, cit., p. 200.

condotta non poteva definirsi propriamente violenta, ora al contrario fonda quasi *expressis verbis* la responsabilità penale per il delitto di violenza sessuale sulla base della mera assenza di consenso. Un paradigma così strutturato rischia di dar vita ad una definizione eccessivamente lata di violenza sessuale, nella quale rientrano non solo gli atti che coartano la volontà della vittima, ledendone l'autodeterminazione, ma ogni contatto sessuale che, sebbene voluto, risulti sprovvisto di un consenso attivo, espresso e chiaro³⁸.

Portando alle estreme conseguenze il modello del consenso affermativo, si potrebbe arrivare a sostenere che qualora la persona rimanga impassibile e non manifesti espressamente il proprio consenso, sarebbe in ogni caso integrato il fatto tipico, anche in caso di gradimento o di volontà dell'atto da parte della stessa. Il fatto che la persona non esprima chiaramente il consenso ad intrattenere il rapporto sessuale non sempre può ritenersi sintomatico dell'assenza di volontà, rientrando nella naturalità delle dinamiche sessuali che le persone coinvolte nell'atto non si scambiano esplicite parole di assenso. È dunque evidente il rischio di una eccessiva formalizzazione delle modalità comunicative, che non rispecchia la realtà delle relazioni interpersonali e sessuali: si è parlato, emblematicamente, di visione "notarile" delle relazioni sessuali³⁹. Dunque, la maggiore criticità di tale modello consensuale affermativo consiste nell'eccessiva «proceduralizzazione delle dinamiche sessuali»⁴⁰ che va così ad imporsi: il soggetto attivo, per non incorrere in un addebito di responsabilità penale, dovrebbe aggiornarsi continuamente e progressivamente durante il rapporto sessuale circa l'esistenza sempre attuale del consenso del partner, che dunque deve riferirsi ad ogni singolo segmento della dinamica intima. Si tratta di un modello comportamentale estremamente rigido nonché del tutto alieno dalla sostanza delle dinamiche interpersonali, in virtù del quale sarebbe necessario ottenere un esplicito consenso a partire dal "primo bacio" e per ogni successivo tocco o contatto⁴¹.

³⁸ I. MERENDA, *La "ley del solo sí es sí": la controversa riforma dei delitti contro la libertà sessuale nell'ordinamento spagnolo. Spunti per il legislatore italiano?* in *Archivio penale*, fasc. n. 1, 2024, p. 17.

³⁹ Così M. BERTOLINO, *Spigolature a margine del seminario "La riforma dei reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale"*, in *La riforma dei delitti contro la persona*, a cura di AIPDP, Milano, 2023, p. 362.

⁴⁰ M. MATTHEUDAKIS, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili di consenso della vittima*, in *Revista de Dereito Brasileira*, 2020, p. 296.

⁴¹ Sul punto, ampiamente e significativamente, M. MATTHEUDAKIS, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili di consenso della vittima*, cit., p. 295 ss., che afferma che «se l'"iter" implicitamente suggerito dal modello in esame può astrattamente apparire adeguato in termini di *bon ton*, già pensando concretamente ai primi "contatti" tra soggetti che, pur non essendo perfetti sconosciuti, non hanno particolare confidenza reciproca, sembra proporre una

In una situazione così delineata, appare chiaro che non vi è alcuno spazio per la configurazione dell'errore sul consenso da parte del soggetto attivo del reato. Questo si verifica quando l'autore del reato ritiene erroneamente che la persona con cui sta compiendo gli atti sessuali abbia dato il suo consenso, pur in assenza di una vera e propria manifestazione verbale o comportamentale in tal senso. In altre parole, il soggetto potrebbe non rendersi conto che la vittima non ha effettivamente acconsentito all'atto, per motivi che possono derivare da un malinteso o da una percezione distorta della situazione.

La Cassazione è granitica nel ritenere che non sia sufficiente ad escludere il dolo che il soggetto attivo affermi di essere caduto in errore, non avendo la vittima opposto un dissenso per lui facilmente percepibile, in quanto, ai fini del riconoscimento dell'irrelevanza penale della condotta, è richiesto qualcosa di più: l'espressa manifestazione del consenso⁴².

Tali principi erano già stati sanciti dalla Suprema Corte nel 2016, nel caso di un uomo che aveva repentinamente afferrato la vittima, abbracciandola, infine toccandola e baciandola sul seno scoperto e sulla bocca⁴³. La difesa aveva argomentato affermando che «affinché la condotta di intromissione dell'agente nella sfera di intimità sessuale della persona offesa acquisti rilevanza penale, sarebbe necessaria non tanto la mancanza di consenso da parte della persona offesa quanto la esistenza di un dissenso, inequivocamente manifestato dalla medesima e come tale percepito dall'agente, a tale intromissione». La Corte, tuttavia, ha controbattuto che «non è ravvisabile in alcuna fra le disposizioni legislative introdotte a seguito della entrata in vigore della l. 66/1996, con la quale è stata apportata la radicale riforma dei reati connessi alla violenza sessuale [...], un qualche indice normativo che possa imporre, a carico del soggetto passivo del reato, onde ritenere perfezionati gli elementi costitutivi del reato stesso, un onere, neppure implicito, di espressione del dissenso alla intromissione di soggetti terzi nella sua sfera di intimità sessuale. [...] Si deve, piuttosto, ritenere che tale dissenso sia da presumersi e che pertanto sia necessaria, ai fini dell'esclusione dell'offensività della condotta, una manifestazione di consenso del soggetto passivo che quand'anche non espresso, presenti segni chiari ed univoci che

prospettiva un po' forzata e rispetto alla quale potrebbe risultare necessario ottenere un esplicito consenso persino e, anzi, a maggior ragione, per il "primo bacio". Beninteso: non si vuole legittimare a ogni costo il bacio "rubato", ma è anche vero che dover necessariamente chiedere il permesso per scambiarselo, anche se non verbalmente – si lascia al lettore lo sforzo di immaginazione... – potrebbe, in alcuni contesti, rovinare l'atmosfera che altrimenti lo renderebbe più "naturale" oppure rappresentare persino un ostacolo psicologico per persone timide».

⁴² Cfr. Cass. pen., 20 novembre 2019, n. 10372; Cass. pen., 17 gennaio 2022, n. 1559.

⁴³ Cass. pen., 9 marzo 2016, n. 49597.

consentano di ritenerlo esplicitato in forma tacita». «In sostanza, nei reati contro la libertà sessuale, il dissenso è sempre presunto, salva prova contraria»⁴⁴.

Non è possibile addurre a propria scusa la circostanza che la persona non ha opposto un dissenso evidente all'atto sessuale, poiché il consenso esplicito assume un ruolo fondamentale nel definire la tipicità del fatto, riflettendo il significato del precetto. Pertanto, un errore sulla sua necessità si traduce in un errore sulla conformazione del reato e dunque sulla legge penale, risultando perciò inescusabile, in base al principio, consacrato nell'art. 5 c.p., per cui *ignorantia legis non excusat*⁴⁵.

L'orientamento, ormai pacifico, della giurisprudenza di legittimità è nel senso che l'assenza di consenso non attiene semplicemente ad un'errata rappresentazione soggettiva della situazione di fatto prospettata dal soggetto agente, bensì costituisce un elemento caratterizzante e fondante la tipicità stessa della fattispecie. La Corte di cassazione, nelle ultime pronunce sul tema, richiede, per la liceità dell'atto, un'espressione non equivoca di assenso da parte della persona e ciò ha importanti ripercussioni sul dolo del soggetto agente: l'elemento soggettivo del reato ha ad oggetto non solo l'assenza di consenso, ma più specificamente la mancanza di un consenso espresso in modo chiaro. Dunque, nel caso in cui il soggetto attivo ritenga per errore che sussista il consenso dell'altra parte al rapporto sessuale, sta mal interpretando il dettato implicito dell'art. 609-*bis* c.p., che richiede, ai fini dell'esclusione della tipicità del fatto, che sia manifestato un esplicito consenso all'atto sessuale. Non può, dunque, ritenersi integrato un errore sul fatto, idoneo, ai sensi dell'art. 47 c.p., ad escludere il dolo e dunque la punibilità del soggetto tutte le volte in cui l'adesione all'atto sessuale da parte della persona offesa sia supposta in assenza di una esteriorizzazione della sua volontà, ad esempio sulla base di un comportamento passivo ed inerte

⁴⁴ Cass. pen., 19 aprile 2023, n. 19599, in *Giur. pen.* Sotto questo profilo, la Corte ha censurato la decisione dei giudici di secondo grado che, nel valutare complessivamente inattendibile la deposizione della vittima, non avevano spiegato in alcun modo come i due imputati si fossero accertati del consenso della persona offesa o come non ne avessero percepito il dissenso, posto che entrambi gli imputati avevano avuto rapporti sessuali con la vittima la stessa sera. I giudici di legittimità ritengono che la sentenza impugnata, «affermando che la stessa persona offesa ha riferito di avere bevuto qualche bicchiere di vino insieme agli imputati, ma non tanti da ubriacarsi e non ragionare, sembrerebbe lasciare intendere, sia pure in modo larvato una sorta di "consenso implicito", soluzione ermeneutica che sembrerebbe ravvisare la non punibilità degli atti sessuali compiuti in mancanza di un esplicito dissenso della vittima, finendo così per porre in capo ad essa l'onere di resistenza all'atto sessuale che le viene imposto, quasi gravasse sulla vittima una "presunzione di consenso" agli atti sessuali da dover di volta in volta smentire, ciò che si risolverebbe in una supina accettazione di stereotipi culturali ampiamente superati».

⁴⁵ Così, Cass. pen., 5 ottobre 2017, n. 2400. Più recentemente, tra le altre, Cass. pen., 19 gennaio 2022, n. 7873.

della stessa. *A fortiori*, il semplice dubbio sulla reale volontà del partner non è idoneo a scusare la condotta del soggetto agente, il quale sarebbe tenuto ad assicurarsi con certezza circa la sussistenza del consenso all'atto sessuale.

Reinterpretando in senso consensualistico il requisito della violenza di cui all'art. 609-*bis* c.p., la giurisprudenza introduce nella fattispecie un criterio di natura oggettiva, sulla base del quale verificare se l'altrui volontà sia stata effettivamente espressa in modo chiaro: solo in tal caso è esclusa la punibilità del soggetto agente. Nella stessa ottica, la giurisprudenza esclude che il reo possa appellarsi alla scriminante putativa del consenso dell'avente diritto di cui all'art. 50 c.p., perché, essendo l'assenza di consenso elemento implicitamente tipizzato dalla fattispecie, non può in nessun caso essere oggetto di erronea presunzione da parte del soggetto agente⁴⁶.

In siffatto quadro, residua la possibilità di configurare un errore sul fatto, idoneo ad escludere il dolo dell'agente, unicamente nel caso in cui il consenso sia manifestato in modo ambiguo e a causa di tale ambiguità il soggetto cada in errore sul «contenuto espressivo equivoco di precise e positive manifestazioni di volontà promananti dalla parte offesa»⁴⁷. Tale circostanza è idonea ad escludere la responsabilità penale dell'imputato, ove nel processo questo riesca a provare che il suo errore derivi da un atteggiamento dell'altra persona equivoco o particolarmente ambiguo e dunque comprensibilmente mal interpretato. L'errore ricade, in questo caso, sul fatto, inteso come espressioni verbali o comportamentali ambigue e non univoche provenienti dalla persona offesa, che fondano la convinzione del soggetto attivo di agire in presenza del suo consenso. In conclusione, la scelta effettuata dalla giurisprudenza a favore del modello del consenso affermativo è sicuramente significativa sotto il profilo della tutela del bene giuridico "libertà ed autodeterminazione sessuale", ma, come si è provato a dimostrare, non semplice dal punto di vista applicativo e foriera di dubbi e critiche avanzati dalla dottrina con riferimento al rispetto dei principi fondamentali del diritto penale. Una scelta siffatta è sicuramente giustificata dalla volontà di garantire tutela adeguata a quelle situazioni in cui il silenzio o l'inerzia della persona offesa non siano espressione di un'adesione al rapporto sessuale, bensì una conseguenza del comportamento "predatorio" del soggetto attivo, idoneo a coartare la volontà della persona, immobilizzandola tanto fisicamente quanto psicologicamente⁴⁸.

D'altro lato, tale modello sfuma grandemente i contorni della fattispecie di cui all'art. 609-*bis* c.p.: il concetto di violenza ha perso i suoi originari ed intrinseci connotati, fino ad essere sostituito dall'elemento dell'assenza di consenso della persona offesa, attraverso un'operazione ermeneutica fortemente estensiva,

⁴⁶ Sul punto, cfr. G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali*, cit., p. 194 ss.

⁴⁷ Cass. pen., 9 marzo 2016, n. 49597; ripresa da Cass. pen., 14 ottobre 2020, n. 6520.

⁴⁸ Cfr. I. MERENDA, La "*ley del solo sí es sí*", cit., p. 18 ss.

dunque in tensione con il principio di legalità in materia penale⁴⁹. Al fine di risolvere tali criticità a livello interpretativo ed applicativo, fornendo ai consociati indicazioni meno equivoche circa la liceità o illiceità di certi comportamenti, appare evidente l'opportunità di una riforma dei reati sessuali⁵⁰.

4. Una proposta di riforma del reato di violenza sessuale

Attraverso l'analisi svolta, si è voluto evidenziare come da sempre il reato di violenza sessuale sia fortemente influenzato dalla necessità di trasmettere messaggi politici se non addirittura simbolico-pedagogici. L'ambito penalistico della legislazione è senza dubbio il maggiormente esposto al dibattito sociale e dunque incline a risvegliare l'opinione pubblica e la sua coscienza comune, spesso nel senso di un forte allarmismo collettivo che implora risposte sanzionatorie ferme ed esemplari, come accade nell'ambito dei delitti sessuali⁵¹.

Tali preoccupazioni collettive sono emerse ancora una volta, in tempi recenti, in seno al dibattito dottrinale impegnato a sostenere la necessità di una riforma dei reati sessuali, attraverso la quale risolvere le disomogeneità applicative e offrire agli interpreti criteri precisi con cui orientarsi nell'applicazione della fattispecie e, ancor prima, fornire ai consociati indicazioni utili per meglio orientare i loro comportamenti.

Inoltre, l'opportunità di una riforma emerge chiaramente volgendo lo sguardo alle esperienze penalistiche di altri paesi europei, nonché al diritto internazionale, in cui rileva l'art. 36 della Convenzione di Istanbul⁵², che impone alle Parti

⁴⁹ Sulle «tensioni immanenti» con la riserva di legge e il divieto di analogia, analiticamente G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., p. 242 ss.

⁵⁰ Sul punto, G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., p. 280, che sottolinea come una riforma legislativa «potrebbe fare chiarezza sulla reale estensione dell'area dell'illiceità e sgombrare il campo da quegli equivoci diffusi nella percezione sociale che, ancora oggi, sono tra le principali cause dell'imponente cifra oscura che caratterizza i reati sessuali».

⁵¹ Tale inclinazione rischia di sfociare nel c.d. "populismo penale", espressione con cui si esprime l'idea di un «diritto penale finalizzato al (o comunque condizionato dal) perseguimento di obiettivi politici a carattere populistico». Così G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 97, che specifica come «l'ispirazione populistica si è notoriamente tradotta in una accentuata strumentalizzazione politica del diritto penale, e delle sue valenze simboliche, in chiave di rassicurazione collettiva rispetto a paure e allarmi a loro volta indotti, o comunque enfatizzati da campagne politico-mediatiche propense a drammatizzare il rischio-criminalità».

⁵² «1. Le Parti adottano misure legislative o di altro tipo necessarie per perseguire penalmente i responsabili dei seguenti comportamenti intenzionali: a) atto sessuale non consensuale con penetrazione vaginale, anale o orale compiuto su un'altra persona con qualsiasi parte del corpo o con un oggetto; b) altri atti sessuali compiuti su una persona senza il suo consenso; c) il fatto di costringere un'altra persona a compiere atti sessuali non consensuali con un terzo. 2. Il consenso deve essere dato volontariamente, quale libera manifestazione della volontà della persona, e deve essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto. [...]».

contraenti di tipizzare una fattispecie di violenza sessuale fondata sull'assenza di consenso della persona offesa. A fronte dell'inadempimento di suddetta obbligazione pattizia da parte dell'Italia, si è espresso severamente il *Gruppo di esperti sulla lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (GREVIO)*, che, in un rapporto di valutazione, ha esortato vivamente le autorità italiane «a considerare di modificare la propria legislazione affinché il reato di violenza sessuale si basi sulla nozione di consenso prestato liberamente, come richiesto dall'articolo 36, comma 1, della Convenzione».

In tale contesto si inserisce la proposta di riforma elaborata in seno all'Associazione italiana dei professori di diritto penale, che fundamentalmente ruota intorno a due principali aspetti: per un verso la tipizzazione (dell'assenza) del consenso come elemento centrale della fattispecie incriminatrice, per altro verso lo spaccettamento dell'unitario delitto di violenza sessuale in due distinte fattispecie. Si propone l'introduzione di un articolo, rubricato «violenza sessuale»⁵³, che punisca «chiunque compie atti sessuali penetrativi nei confronti di taluno, senza il suo valido consenso», prevedendo poi al comma successivo un aumento di pena nel caso in cui l'agente impieghi «violenza o minaccia», abusi di «un potere giuridicamente fondato», o determini «nella persona offesa uno stato di incapacità». Ugualmente, la seconda fattispecie proposta, di «aggressione sessuale»⁵⁴, si fonda sull'assenza di un valido consenso, rilevando le eventuali modalità costrittive come circostanze aggravanti, e punisce gli «atti oggettivamente sessuali non penetrativi» o i casi di induzione a compierli sulla stessa persona della vittima.

Dunque, nel nuovo assetto così proposto, la violenza, la minaccia e l'abuso di autorità cesserebbero di costituire modalità di estrinsecazione della condotta, per assurgere a circostanze aggravanti di una fattispecie il cui contenuto offensivo dipenderà dal solo fatto che l'autore compia l'atto sessuale senza il consenso della vittima. Il cambio di paradigma sarebbe evidente, nonostante la giurisprudenza, come si è analizzato, ritenga già implicitamente tipizzato dalla norma l'elemento del consenso: se l'autore del fatto deve utilizzare modalità costrittive per vincere la resistenza della vittima è perché *ab origine* manca la volontà della stessa di intrattenere il rapporto sessuale. Nonostante tale ragionamento sia pressoché

⁵³ Art. (1) Violenza sessuale: «1. Chiunque compie atti sessuali penetrativi nei confronti di taluno, senza il suo valido consenso, è punito con la reclusione [X]. 2. La pena è aumentata se il fatto è commesso: 1) con violenza o minaccia; 2) con abuso di un potere giuridicamente fondato; 3) determinando nella persona offesa uno stato di incapacità. 3. La pena è diminuita nel caso di errore evitabile sul consenso».

⁵⁴ Art. (2) Aggressione sessuale: «1. Chiunque, senza un valido consenso, compie atti oggettivamente sessuali non penetrativi mediante contatto fisico ovvero induce taluno, senza il suo valido consenso, a compiere i medesimi su se stesso, è punito con la reclusione [X]. 2. Si applicano le circostanze previste dall'articolo (1) secondo e terzo comma».

unanimemente condiviso in giurisprudenza, il riferimento espresso al consenso appare ormai, agli occhi della dottrina e dell'opinione pubblica tutta, strettamente indispensabile, al fine di limitare la discrezionalità dei giudici in sede applicativa, nonché per assicurare un'effettiva tutela alla vittima della violenza al di là delle modalità coercitive utilizzate⁵⁵.

Sul punto rileva l'esperienza spagnola, in cui nel 2022 si è riformato il titolo dedicato ai delitti contro la libertà sessuale, incentrando la fattispecie di *agresión sexual* ex art. 178 c.p.⁵⁶ sull'assenza del consenso della persona offesa, declassando contemporaneamente l'impiego di «violencia o intimidación» a circostanze aggravanti del reato⁵⁷. La dottrina, tuttavia, non ha mancato di mettere in luce la criticità della locuzione utilizzata, in quanto si richiede, per ritenere valido il consenso e dunque lecito il rapporto sessuale, che la vittima si esprima mediante atti espliciti, chiari ed inequivoci: ciò fa riemergere, ancora una volta, il rischio di una proceduralizzazione delle dinamiche sessuali, contraria alla realtà e naturalità delle stesse.

Rispetto a tale assetto, la proposta avanzata dalla dottrina italiana appare maggiormente cauta, in quanto, richiedendo più generalmente che l'atto sessuale sia compiuto «senza il valido consenso» della vittima, evita la tipizzazione del modello del "consenso affermativo", in cui l'iniziale presunto dissenso della vittima può essere superato unicamente qualora sussista una sua chiara manifestazione della volontà di intrattenere il rapporto sessuale. D'altro lato, non sono del tutto infondate le considerazioni per cui anche la soluzione proposta dall'Associazione dei professori di diritto penale presenta delle criticità: tipizzando in modo estremamente generico l'elemento del consenso, lascia un ampio margine di discrezionalità al giudice, al momento di valutare la sua sussistenza

⁵⁵ Si è rilevato come, con riferimento al consenso, sia abissale lo scollamento ormai raggiunto tra il dato normativo, in cui non si fa menzione dello stesso, e il diritto vivente, in cui i giudici fondano sempre più le sentenze di condanna proprio sull'assenza di consenso della vittima, comportando ciò seri dubbi di illegittimità con riferimento al rispetto del principio di legalità in materia penale, il quale è già messo a dura prova dall'utilizzo della locuzione «atti sessuali», che, come si è analizzato, è oggetto di interpretazioni giurisprudenziali estremamente late. Sul punto cfr. I. MERENDA, *La "ley del solo sí es sí"*, cit., p. 25.

⁵⁶ L'art. 178.1 del codice penale spagnolo stabilisce che «sarà punito con una pena detentiva da uno a quattro anni come reo di aggressione sessuale chi compie atti che violano la libertà sessuale di un'altra persona senza il suo consenso. Si considera che non vi sia consenso quando la vittima non abbia manifestato liberamente, mediante atti esterni, conclusivi e inequivocabili, la volontà espressa di partecipare all'atto». Il legislatore spagnolo ha così incentrato l'intero disvalore del reato nell'assenza di consenso espresso della vittima.

⁵⁷ Approfonditamente sulla riforma dei reati sessuali in Spagna, J.R. AGUSTINA, *Comentarios a la ley del «solo sí es sí». Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/22, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023.

nel caso concreto, mettendo ancora una volta a repentaglio il principio di legalità in materia penale. Dunque, se da un lato la formulazione proposta ha il pregio di evitare l'eccessiva proceduralizzazione delle dinamiche intime, dall'altro lascerebbe irrisolti alcuni dei problemi interpretativi attualmente esistenti: la giurisprudenza sarebbe chiamata, attraverso la sua opera ermeneutica, a colmare la locuzione «senza il valido consenso» e ciò innegabilmente le riconoscerebbe un ampio potere discrezionale.

Un'alternativa, utile a ovviare a tale criticità, potrebbe essere rappresentata dal modello del "dissenso temperato", accolto ad esempio nell'ordinamento tedesco, in cui l'elemento focale della fattispecie risiederebbe appunto nel dissenso della persona offesa⁵⁸: rispetto alla mera assenza di consenso, la manifestazione di un dissenso espresso o tacito, purché riconoscibile alla luce delle circostanze del caso concreto, garantirebbe un migliore bilanciamento tra l'esigenza di tutela delle vittime di violenza sessuale da un lato e il rispetto dei principi fondamentali in materia penale, nonché delle garanzie a favore dell'imputato, dall'altro⁵⁹. Il legislatore tedesco, accogliendo tale modello, non ha però mancato di prevedere alcune autonome e speciali fattispecie in cui, pur in assenza di una manifestazione di dissenso, si riconosce la rilevanza penale dell'atto sessuale, in quanto la vittima si trova in particolari condizioni che non le consentono di adempiere suddetto onere comunicativo. Ne sono alcuni esempi i casi di costrizione ambientale o le ipotesi di atti commessi su soggetti incapaci⁶⁰: si ritiene che in tali circostanze non possa pretendersi dalla persona offesa un onere di manifestazione del dissenso, neppure in forma tacita o per fatti concludenti; dunque, si considera integrato il

⁵⁸ Cfr. I. MERENDA, *La "ley del solo sí es sí"*, cit., p. 30 s.

⁵⁹ Si osserva che la formulazione "in violazione del dissenso" sia meglio in grado di rendere edotto il soggetto attivo del carattere non consensuale degli atti, «il che è cruciale in reati come questi, dove non di rado capita – anche della realtà processuale – di imbattersi in situazioni ibride, in cui non è chiaro se il soggetto attivo fosse in grado di percepire correttamente il rifiuto dell'atto sessuale da parte del supposto partner». Così A. CADOPPI, *Il "reato penale". Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, 2022, p. 304.

⁶⁰ Tra questi casi vi rientra anche il caso degli atti repentini "a sorpresa", che nel nostro ordinamento vengono ricondotti dalla giurisprudenza nel concetto di violenza sessuale "impropria", attraverso un'interpretazione estensiva del concetto di violenza comprensiva di una forma insidiosa dell'azione. Nel sistema tedesco, invece, caratterizzato da un significato semantico molto restrittivo di violenza, per cui si richiede l'estrinsecazione di un'energia fisica, una tale interpretazione estensiva lederebbe il principio di determinatezza, ritenendosi dunque più appropriato introdurre un'espressa previsione con riguardo ai casi speciali in cui la vittima si trovi impossibilitata ad esprimere il suo dissenso, senza allargare le maglie del concetto di violenza. Cfr. M.T. COLLICA, *La violenza sessuale tra law in the books e law in action*, cit., p. 39 ss.; I. MERENDA, *La "ley del solo sí es sí"*, cit., p. 30 s.

reato di violenza sessuale pur in assenza di una chiara dimostrazione del dissenso al compimento dell'atto sessuale.

A tutto ciò si aggiunga che, a prescindere dallo specifico modello che si sceglie di adottare, si tratterà anche, ed in modo significativo, di un tema di prova in sede processuale: non essendo il consenso un elemento facilmente tipizzabile, resta nella fattispecie di violenza sessuale un connaturato grado di indeterminatezza e, di conseguenza, un ineliminabile margine di discrezionalità in capo ai giudici chiamati a valutare, sulla base delle risultanze probatorie, la penale responsabilità del soggetto imputato per violenza sessuale.

Nell'ambito del materiale probatorio che viene generalmente in rilievo nei procedimenti per violenza sessuale, indubbia è la centralità che riveste la testimonianza della vittima, che si può dire assurga a prova privilegiata. La stessa Corte di legittimità ha affermato che «le dichiarazioni della persona offesa costituita parte civile possono essere poste, anche da sole, a fondamento dell'affermazione di responsabilità penale dell'imputato, previa verifica, più penetrante e rigorosa rispetto a quella richiesta per la valutazione delle dichiarazioni di altri testimoni, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto e che, qualora risulti opportuna l'acquisizione di riscontri estrinseci, questi possono consistere in qualsiasi elemento idoneo a escludere l'intento calunniatorio del dichiarante, non dovendo risolversi in autonome prove del fatto, né assistere ogni segmento della narrazione»⁶¹. Se quindi, da un lato, si specifica la necessità che il giudice valuti l'attendibilità della vittima e dunque la coerenza e logicità del suo racconto, dall'altro rimane che, qualora la sua testimonianza superi tale vaglio di credibilità, il giudice può giungere ad emanare una sentenza di condanna anche in assenza di ulteriori prove, quindi sulla sola base della testimonianza della persona offesa. Evidente è, dunque, il ruolo cruciale che riveste tale prova nei casi di reati sessuali e la delicatezza del contesto in cui si inserisce.

In conclusione, le criticità relative al consenso e alla prova dello stesso dimostrano come si tratti di un tema particolarmente complesso e delicato, con riferimento al quale non è agevole trovare la soluzione di compromesso migliore, idonea a contemperare adeguatamente i contrapposti interessi in gioco. Si tratta di un particolare ambito del diritto penale, in cui tutto si gioca su un labile equilibrio tra le esigenze di tutela della vittima da un lato e il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento penale, nonché dei diritti dell'imputato, dall'altro. Non vi è dubbio che la violenza sessuale costituisca un delitto estremamente grave, percepito dalla coscienza sociale comune come uno dei maggiormente lesivi della persona, in quanto incidente sulla sua sfera più intima e delicata, e che porta con sé conseguenze spesso indelebili a livello personale e psicologico: è

⁶¹ Cass. pen., 26 marzo 2019, n. 21135, ripresa da Cass. pen. 17 gennaio 2022, n. 1559. Queste pronunce ribadiscono i principi già espressi in precedenza da Cass. pen., Sez. U., 19 luglio 2012, n. 41461.



dunque un settore in cui si auspicano maggiore attenzione e cura da parte del legislatore. D'altro lato, è certo che la configurazione del reato di violenza sessuale è per sua natura tema complesso, poiché nella fattispecie è insito un certo grado di indeterminatezza che appare difficile colmare interamente per via legislativa, eliminando ogni margine di discrezionalità in capo ai giudici.